



COLECCIÓN CONOCIMIENTO CONTEMPORÁNEO

Empresa, economía y derecho. Oportunidades ante un entorno global y disruptivo

Coordinador
Ricardo Pérez Calle

Dykinson, S.L.

EMPRESA, ECONOMÍA Y DERECHO.
OPORTUNIDADES ANTE UN ENTORNO GLOBAL Y DISRUPTIVO

EMPRESA, ECONOMÍA Y DERECHO.
OPORTUNIDADES ANTE UN ENTORNO
GLOBAL Y DISRUPTIVO

Coordinador

Ricardo Pérez Calle

Dykinson, S.L.

2022

EMPRESA, ECONOMÍA Y DERECHO.
OPORTUNIDADES ANTE UN ENTORNO GLOBAL Y DISRUPTIVO

Diseño de cubierta y maquetación: Francisco Anaya Benítez

© de los textos: los autores

© de la presente edición: Dykinson S.L.

Madrid - 2022

N.º 51 de la colección Conocimiento Contemporáneo

1ª edición, 2022

ISBN 978-84-1377-928-7

NOTA EDITORIAL: Las opiniones y contenidos publicados en esta obra son de responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan necesariamente la opinión de Dykinson S.L ni de los editores o coordinadores de la publicación; asimismo, los autores se responsabilizarán de obtener el permiso correspondiente para incluir material publicado en otro lugar.

ÍNDICE

PRÓLOGO	13
RICARDO PÉREZ CALLE	

SECCIÓN I

INNOVACIONES ORGANIZATIVAS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL

CAPÍTULO 1. UN SISTEMA INNOVADOR DE GOBERNANZA COMUNITARIA APLICADA A LA SEGURIDAD CIUDADANA DESDE ENFOQUES PSICOSOCIALES AN INNOVATIVE SYSTEM OF COMMUNITY GOVERNANCE APPLIED TO PUBLIC SAFETY. A PSYCHOSOCIAL APPROACH	16
MIGUEL ÁNGEL GANDARILLAS JULIÁN DELGADO	

CAPÍTULO 2. FOMENTO DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS DIFERENTES AGENTES IMPLICADOS EN EL SISTEMA DE GARANTÍA DE CALIDAD DE LA FACULTAD DE EDUCACIÓN - CFP DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID	44
ESTHER RODRÍGUEZ QUINTANA LYDIA SERRANO GREGORIO MARÍA PÉREZ SÁNCHEZ – HERRERO	

CAPÍTULO 3. RETOS EN CALIDAD Y SERVICIO A CLIENTES, NUEVAS TENDENCIAS DE MERCADO	66
VIBIANA CURIEL GUZMAN	

CAPÍTULO 4. ANÁLISIS DEL NIVEL DE SATISFACCIÓN DE LOS CLIENTES EN LA COMPRA DE ALIMENTOS Y LA UTILIZACIÓN DE TRANSPORTE PRIVADO MEDIANTE EL USO DE APLICACIONES MÓVILES EN LA ZONA URBANA DE CUENCA	93
SAMANTHA ALVARADO JOSÉ MORQUECHO GABRIELA ARAUJO OCHOA	

CAPÍTULO 5. ANÁLISIS DE LA OFERTA DE PRODUCTOS AGROECOLÓGICOS EN EL CANTÓN CUENCA MEDIANTE REGRESIÓN LINEAL POR EL MÉTODO DE MÍNIMOS CUADRADOS PARA REDUCIR EL ERROR AL PLANIFICAR LA PRODUCCIÓN	115
JACQUELINE STEFANÍA SILVA CEDILLO GABRIELA ARAUJO OCHOA	

CAPÍTULO 6. LA METODOLOGÍA DE ANÁLISIS DE CICLO DE VIDA (ACV) COMO HERRAMIENTA PARA EL ANÁLISIS DE LA CONTRIBUCIÓN DEL TREN DE ALTA VELOCIDAD (TAV) A LA MOVILIDAD SOSTENIBLE.....	134
ANDONI KORTAZAR GARCÍA	
CAPÍTULO 7. AGENCIAS ESPAÑOLAS Y USO DE ESTRATEGIAS DE MARKETING DIGITAL POR SEGMENTACIÓN GENERACIONAL	152
IRINA RAMOS SANTANA	
SANTIAGO MAYORGA ESCALADA	
CAPÍTULO 8. LAS DIRECCIONES COMERCIALES DE LAS EMPRESAS DE DISTRIBUCIÓN B2B ANTE LOS RETOS DE LA ERA DIGITAL POSCOVID	179
VICENTE GINER CRESPO	
ISABEL INIESTA-ALEMÁN	
LUIS MANUEL CERDÁ SUAREZ	
CAPÍTULO 9. MARKETING Y PUBLICIDAD EN EL METAVERSO: ACTORES, CANALES Y FORMATOS.....	203
PAVEL SIDORENKO BAUTISTA	
CAPÍTULO 10. EL SMART CONTRACT COMO NEGOCIO JURÍDICO ...	224
ELENA CRISTINA TUDOR	
CAPÍTULO 11. LA INNOVACIÓN EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS LABORALES EN EL ACTUAL CONTEXTO PRODUCTIVO.....	243
JUAN MANUEL MORENO DÍAZ	
CAPÍTULO 12. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: UN CAMBIO DE PARADIGMA.....	265
JAVIER ANTONIO NISA ÁVILA	
CAPÍTULO 13. COLABORACIÓN INTERDISCIPLINARIA PARA EL DERECHO Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: EL RETO LINGÜÍSTICO.....	281
PHILIPPE PRINCE-TRITTO	
CAPÍTULO 14. CULTURA DE LA PARTICIPACIÓN EN UN CONTEXTO DE TRANSFORMACIÓN DIGITAL. EL CASO DE EITBPART.....	297
ISABEL URBANO ORTEGA	
ANDONI ITURBE TOLOSA	
CAPÍTULO 15. ASPECTOS RELEVANTES DE LA APLICACIÓN DE LAS TICS EN LA GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO EN SU APLICACIÓN A PROCESOS HOSPITALARIOS Y CARDIOLÓGICOS	319
BATALLER ALONSO, ERNESTO	
ESTELLES-MIGUEL, SOFÍA	

CAPÍTULO 16. PROGRAMACIÓN DE LA PRODUCCIÓN EN ENTORNOS DE <i>CUSTOMER ORDER</i> CON MINIMIZACIÓN DE LAS TARDANZAS Y ADELANTOS TOTALES PONDERADOS.....	346
CARLA TALENS	
VICTOR FERNANDEZ-VIAGAS	
LAURA TOBAJAS	
ROBERTO DOMÍNGUEZ	
CAPÍTULO 17. FRAUD, GREED, IGNORANCE, AND CORRUPTION. FINANCIAL BUBBLES AND MARKETS	366
LUIS FERRUZ AGUDO	
FRANCISCO JAVIER RIVAS COMPAINS	
CAPÍTULO 18. BITCOIN FUTURES VALUATION. NON-FINANCIAL VARIABLES TO CONSIDER	383
SOFIA RUIZ-CAMPO	
JAVIER RIVAS COMPAINS	
VICTORIA E. SANCHEZ GARCIA	
CAPÍTULO 19. PRESENTE Y FUTURO DE LA TRIBUTACIÓN DEL COMERCIO INTERNACIONAL DE BIENES EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA	409
MARTA MELGUIZO GARDE	

SECCIÓN II

LA EMPRESA ANTE LOS NUEVOS RETOS GLOBALES

CAPÍTULO 20. KNOWLEDGE CREATION AND DIFFUSION IN SPECIALIZED ENVIRONMENTS: WHAT ARE THE FACTORS INVOLVED?	432
BARTOLOMÉ MARCO LAJARA	
EDUARDO SÁNCHEZ GARCÍA	
PEDRO SEVA LARROSA	
JAVIER MARTÍNEZ FALCÓ	
CAPÍTULO 21. DIRECCIÓN ESTRATÉGICA INTERNACIONAL: ASPECTOS ESENCIALES Y CONSIDERACIONES POSTPANDEMIA	460
PATRICIA HUERTA-RIVEROS	
CAROLINA LEYTON-PAVEZ	
CAPÍTULO 22. GOBIERNO CORPORATIVO Y EL ENFOQUE DE DIRECCIÓN ESTRATEGICA: LINEAMIENTOS POSTPANDEMIA	481
PATRICIA HUERTA-RIVEROS	
CAROLINA LEYTON-PAVEZ	

CAPÍTULO 23. EL IMPACTO DE LA CRISIS COVID-19 SOBRE LA RELACIÓN PRODUCCIÓN-EMPLEO EN LA ECONOMÍA ESPAÑOLA.....	503
JOAN RIPOLL-I-ALCÓN	
MARÍA ROCÍO BONILLA-QUIJADA	
CAPÍTULO 24. LA PREVENCIÓN DE RIESGOS DIGITALES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.....	523
ARTURO MONTESDEOCA SUÁREZ	
CAPÍTULO 25. MEASURING THE RIPPLE EFFECT: A SIMULATION BASED STUDY OF SUPPLY CHAINS RESILIENCE USING NEW METRICS	543
LAURA TOBAJAS MACHÍN	
ROBERTO DOMÍNGUEZ CAÑIZARES	
CARLA TALENS FAYOS	
VÍCTOR FERNANDEZ-VIAGAS	
CAPÍTULO 26. INTEGRACIÓN Y CAPACIDAD OPERATIVA DE LAS REDES SANITARIAS	581
CAROLINA LEYTON PAVEZ	
PATRICIA HUERA-RIVEROS	
CAPÍTULO 27. GEOGRAPHICAL DISTRIBUTION OF THE ENERGY SECTOR IN SPAIN.....	599
EDUARDO SÁNCHEZ GARCÍA	
FRANCISCO GARCÍA LILLO	
LORENA RUIZ FERNÁNDEZ	
ESTHER POVEDA PAREJA	
CAPÍTULO 28. VINCULANDO LA INNOVACIÓN Y LA ECONOMÍA SOCIALES Y SOLIDARIA. EL CASO DE ETIKALIA INMOBILIARIA ÉTICA Y SU DESARROLLO	622
ASIER ARCOS-ALONSO	
ANDER ARCOS ALONSO	
AMAIA GARCIA-AZPURU	
ANDONI KORTAZAR	
CAPÍTULO 29. PREDICCIÓN DEL COMPORTAMIENTO CIUDADANÍA DEL CLIENTE Y SU VALOR ECONÓMICO-FINANCIERO PARA LA EMPRESA	650
JOSÉ RAMÓN SEGARRA MOLINER	
CAPÍTULO 30. IMPACTO DEL PAGO DEL 2% DEL IMPUESTO A LA RENTA EN EL SECTOR HOTELERO ECUATORIANO, AÑO 2020	670
ADRIANA ESTEFANIA ÑIGUEZ MATUTE	
JORGE LUIS GARCIA BACULIMA	

SECCIÓN III
NUEVOS RETOS EN EL ENTORNO JURÍDICO INTERNACIONAL

CAPÍTULO 31. RETOS FISCALES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL	683
EVA MARÍA SÁNCHEZ SÁNCHEZ	
CAPÍTULO 32. REGLAMENTACIÓN DE LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS INTERNACIONALES	702
ESPERANZA GÓMEZ VALENZUELA	
CAPÍTULO 33. FOROS EFICIENTES EN LOS LITIGIOS SOBRE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA INTERNACIONAL.....	722
ESPERANZA GÓMEZ VALENZUELA	
CAPÍTULO 34. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR CONTRATANTE EN EL MERCADO EN LÍNEA TRAS LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/2161, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 27 DE NOVIEMBRE	738
CONSUELO CAMACHO PEREIRA	
CAPÍTULO 35. LA GOBERNANZA DEL OCÉANO ÁRTICO: ¿ES CHINA UNA AMENAZA O UN REFUERZO PARA LA COOPERACIÓN ÁRTICA?	757
ARMANDO ÁLVAREZ ALVITE	
CAPÍTULO 36. EL PAPEL DE LOS ESTADOS DE PABELLÓN EN LA PESCA NO REGULADA	781
JUAN IGNACIO ALCAIDE JIMÉNEZ	
CAPÍTULO 37. LA CONTROVERTIDA VALIDEZ DE LOS ACUERDOS ARANCELARIOS Y DE PESCA ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y MARRUECOS: CAUSAS Y POSIBLES CONSECUENCIAS	806
JONATÁN CRUZ ÁNGELES	
CAPÍTULO 38. LAS RADIOCOMUNICACIONES COMO UN ELEMENTO MÁS EN LA SEGURIDAD MARÍTIMA	829
RAQUEL ESTHER REY CHARLO	
CAPÍTULO 39. INSPECCIONES DEL ESTADO RECTOR DEL PUERTO SOBRE LAS RADIOCOMUNICACIONES: SEGURIDAD MARÍTIMA.....	852
RAQUEL ESTHER REY CHARLO	
CAPÍTULO 40. MÁS ALLÁ DE LA LEY 20.285. UNA REVISIÓN EMPÍRICA A LA TRANSPARENCIA PASIVA	878
DIEGO SILVA JIMÉNEZ	

SECCIÓN IV
NUEVOS RETOS REGULATORIOS DEL DERECHO AL TRABAJO

CAPÍTULO 41. NUEVOS RIESGOS LABORALES DERIVADOS DE LA “NO DESCONEXIÓN DIGITAL”	897
MARÍA OLAYA MARTÍN RODRÍGUEZ	
CAPÍTULO 42. DIGITALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA Y DESPIDO TECNOLÓGICO: RIESGOS Y PROPUESTAS	915
ALEJANDRO MUROS POLO	
CAPÍTULO 43. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL ÁMBITO LABORAL: LÍMITES AL CONTROL EMPRESARIAL	938
FRANCISCO VALIENTE MARTÍNEZ	
CAPÍTULO 44. EL FOMENTO DE LA FLEXIBILIDAD INTERNA FRENTE AL DESPIDO ANTE LA CRISIS DE LA COVID-19: ¿UN MODELO EXTRAPOLABLE?	956
ALEJANDRO MUROS POLO	
CAPÍTULO 45. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN CONTRA LA VIOLENCIA Y ACOSO LABORAL: DESAFÍOS DE LA LEGISLACIÓN MEXICANA.....	980
ANGÉLICA MARÍA BURGA CORONEL LUIS XAVIER GRAVITO TORRES	
CAPÍTULO 46. LOS NUEVOS DESAFÍOS DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DATOS PERSONALES EN LAS RELACIONES LABORALES PARA HACER FRENTE AL COVID-19 EN EL LUGAR DE TRABAJO.....	1002
ESTEFANÍA GONZÁLEZ COBALEDA	
CAPÍTULO 47. ÚLTIMAS TENDENCIAS EN LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES EN LAS CADENAS MUNDIALES DE SUMINISTRO: LA DILIGENCIA DEBIDA	1026
JUAN MANUEL MORENO DÍAZ	

SECCIÓN V
NUEVOS RETOS SOCIALES

CAPÍTULO 48. EL <i>CORPUS IURIS</i> INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES Y LA PERMEABILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL EN LAS CORTES Y/O TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LA MATERIA. DIALOGOS E INJERTOS	1049
CLAUDIA KATHERINE VIVAS MANTILLA LUIS CARLOS CASTRO VIZCARRA	
CAPÍTULO 49. MIGRANTES EN TRÁNSITO: UNA APROXIMACIÓN DESDE MEXICALI, BAJA CALIFORNIA, MÉXICO.....	1077
MARÍA SALOMÉ MAGAÑA MARTÍNEZ YOLANDA SOSA Y SILVA GARCÍA JESÚS RODRÍGUEZ CEBREROS	
CAPÍTULO 50. DERECHO HUMANO A LA EDUCACIÓN: MIGRANTES IRREGULARES PROFESIONISTAS EN MEXICALI, BAJA CALIFORNIA, MÉXICO.....	1100
IVETH RAMOS SAMANIEGO YOLANDA SOSA Y SILVA GARCÍA	
CAPÍTULO 51. LA <i>ADOPTIO</i> DE UN MENOR SIN CONSENTIMIENTO DE SU MADRE BIOLÓGICA: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.....	1121
ELISA MUÑOZ CATALÁN	
CAPÍTULO 52. DESAMPARO E INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES INHERENTES A LA <i>PATRIA POTESTAS</i>	1137
ELISA MUÑOZ CATALÁN	
CAPÍTULO 53. EL ACCESO AL AGUA PARA USO PERSONAL Y DOMÉSTICO COMO DERECHO HUMANO EN MÉXICO: RETOS Y REALIDADES.....	1157
ANTONIO ROSALIO RODRIGUEZ BERRELLEZA FABIOLA CAROLINA LÓPEZ ÁLVAREZ	
CAPÍTULO 54. TRIBUNALES AMBIENTALES Y JUSTICIA AMBIENTAL EN MÉXICO.....	1175
MARINA GISELA HERNÁNDEZ GARCÍA MARISOL FLORES SANTOS	
CAPÍTULO 55. EL ENCAJE CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DIGITALES	1195
DANIEL DEL VALLE-INCLÁN RODRÍGUEZ DE MIÑÓN	

CAPÍTULO 56. EL DERECHO AL VOTO EN MÉXICO: SUS EFECTOS COMO OBLIGACIÓN	1220
MARIELA PATRICIA HIRALES LEY	
ALBERTO GUERRERO REYES	
PABLO LATORRE RODRIGUEZ	
CAPÍTULO 57. EL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ EN LOS PROCESOS PENALES	1227
VICTORIA CAROLINA MACHADO GONZÁLEZ	
MARÍA ERIKA CÁRDENAS BRISEÑO	
CAPÍTULO 58. DESTRUCCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL -RELIGIOSO Y VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS	1246
IRENE MARÍA BRIONES MARTÍNEZ	
CAPÍTULO 59. IMPORTANCIA DE LA DIFUSIÓN Y SEGURIDAD DE DATOS PERSONALES DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.....	1265
HERNANDEZ MORALES PAULA CECILIA	
CAPÍTULO 60. LOS DELITOS DE ODIO POR RAZÓN DE RELIGIÓN Y DE CREENCIAS	1268
IRENE MARÍA BRIONES MARTÍNEZ	
CAPÍTULO 61. DESARROLLANDO COMPETENCIAS CLAVE PARA LA SOSTENIBILIDAD MEDIANTE LA REALIZACIÓN DE UN TRABAJO FIN DE ESTUDIOS (TFE): UN ANÁLISIS DE LA PERSPECTIVA DEL ALUMNO	1288
NIEVES GARCÍA DE FRUTOS	
RAQUEL ANTOLÍN LÓPEZ	
JUSTO RAMÍREZ FRANCO	
MARÍA DEL MAR GÁLVEZ RODRÍGUEZ	
CAPÍTULO 62. TRABAJO FEMENINO Y ESTRATEGIAS FAMILIARES EN LAS MINAS DE VIZCAYA (1880-1900).....	1313
MIKEL BARBA DEL HORNO	

Las sociedades y las distintas economías nacionales viven, a nivel mundial, momentos de inestabilidad y profundas transformaciones. Los efectos de la globalización, las rápidas transformaciones tecnológicas y la disrupción digital, o las inestabilidades geopolíticas, producen intensos movimientos de consecuencias complejas y altamente impredecibles. Y, en dicho contexto, personas, empresas, instituciones, o gobiernos han de actuar adaptándose y, en lo posible, adelantándose, de forma proactiva, a los nuevos escenarios sociales, políticos, estratégicos o económicos que van surgiendo de una forma cada vez más acelerada.

De esta forma, el presente volumen recoge las aportaciones y trabajos que investigadores de distintas áreas de las ciencias empresariales, económicas y jurídicas han desarrollado para aportar su visión respecto a diversos y cruciales aspectos, problemas y retos que los actores del entorno social, económico e institucional han de afrontar en un contexto y entorno global como el actual.

Así, los nuevos entornos competitivos, marcados por las nuevas tendencias de consumo y el empoderamiento del consumidor, los cambiantes entornos económicos y regulatorios, los rápidos cambios tecnológicos, y las transformaciones sociales, exigen a las empresas e instituciones implementar innovaciones organizativas que optimicen su desempeño ante estas nuevas realidades, como medio para alcanzar el éxito organizacional y garantizar su supervivencia en el largo plazo.

La transformación digital condiciona, a este respecto, el nuevo paradigma organizativo y competitivo. La crisis de la pandemia provocada por la covid-19 supuso un impulso definitivo a la digitalización, y académicos, profesionales y expertos a nivel mundial nos introducen ya en la era posdigital, con nuevos retos e incógnitas que afrontar.

Pero no son solo las empresas, consumidores o mercados los que condicionan, experimentan o han de adaptarse a las transformaciones provocadas por los cambios o revoluciones sociales o tecnológicas. Los organismos e instituciones reguladoras han de reaccionar ante los nuevos escenarios surgidos con dichas transformaciones. En un contexto cada vez más globalizado y virtual, el derecho de las personas, de los bienes, y de las transacciones económicas ha de ser garantizado ante escenarios que pocas décadas atrás no podían ser, en algunos casos, imaginados y, por lo general, contemplados.

Otro reto que han de afrontar sociedades y gobiernos es el que supone el fenómeno migratorio, así como de las consecuencias derivadas. Los flujos de personas migrantes, provocados por los problemas económicos, de violencia, climáticos, o bélicos de sus países de origen empujan a cantidades crecientes de personas a buscar un futuro mejor en otros países, principalmente del norte de América y de la Europa occidental. Esto plantea un desafío para las sociedades y países de acogida, cuyos gobiernos y legisladores han de ejercer un rol fundamental para que, lo que puede ser plateado inicialmente como un problema, se convierta en una oportunidad, permitiendo aprovechar el nuevo potencial humano aportado por la población migrante, favoreciendo, como factor fundamental, su integración en la sociedad de acogida, aspecto en el que el acceso al derecho al trabajo supone un punto crucial.

En definitiva, el presente volumen pretende recopilar, con una perspectiva amplia y ambiciosa, distintos aspectos y retos que, desde nuestro papel como personas de la sociedad civil, consumidores, trabajadores, familias, gestores, o legisladores, tenemos y tendremos, cada vez de forma más frecuente o con más intensidad, que afrontar.

RICARDO PÉREZ CALLE
Universidad de Zaragoza

SECCIÓN I

INNOVACIONES ORGANIZATIVAS Y
TRANSFORMACIÓN DIGITAL

UN SISTEMA INNOVADOR DE GOBERNANZA
COMUNITARIA APLICADA A LA SEGURIDAD
CIUDADANA DESDE ENFOQUES PSICOSOCIALES
AN INNOVATIVE SYSTEM OF COMMUNITY
GOVERNANCE APPLIED TO PUBLIC SAFETY.
A PSYCHOSOCIAL APPROACH

MIGUEL ÁNGEL GANDARILLAS

*Departamento de Psicología Social, del Trabajo y Diferencial
Universidad Complutense de Madrid (España)*

JULIÁN DELGADO

Departamento de Policía - Ayuntamiento de Arganda del Rey (España)

1. INTRODUCCIÓN

Aquí se describen los resultados de la evaluación de un sistema innovador de seguridad ciudadana (SC) y convivencia, basado en enfoques psicosociales y comunitarios. La evaluación partió una concepción interdisciplinar de la SC, definida aquí como la relación sistémica entre factores que permiten la protección de los derechos de todos los ciudadanos en el ámbito de convivencia. Para superar las limitaciones de los modelos de evaluación previos, usamos un enfoque integral de evaluación, distinguiendo la evaluación del estado de SC de un territorio de la evaluación de los servicios de SC. Como hipótesis principal formulamos que el nuevo sistema de SC supone una mejora significativa en el nivel de seguridad, convivencia y colaboración entre instituciones y ciudadanos.

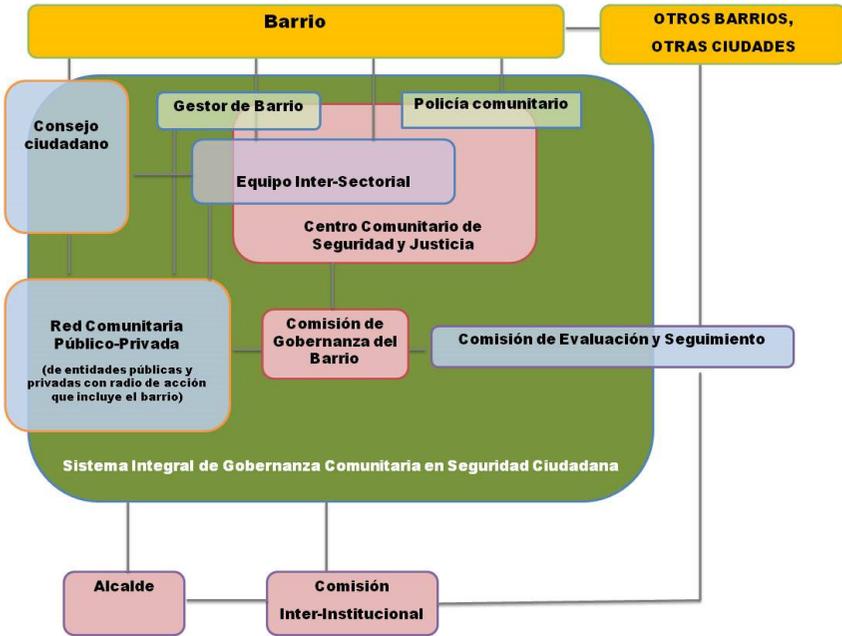
1.1. UN MODELO DE GOBERNANZA COMUNITARIA DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

El sistema incorpora los principales elementos de las tendencias más actuales en gestión y gobernanza comunitaria de la SC, incluyendo 5 niveles entrelazados de actuación a nivel de barrio, con:

1. Agentes de policía comunitaria;
2. Gestores comunitarios o de barrio generalistas con un rol de liderazgo colaborativo;
3. Equipos intersectoriales (incluyendo agentes comunitarios de seguridad, educación, justicia, salud, empleo, medio ambiente y vivienda);
4. Redes comunitarias de entidades públicas y privadas; y
5. La comunidad local, vehiculizada a través de consejos ciudadanos.

Diferentes estudios que analizan sistemas de gobernanza local y comunitaria en áreas como la seguridad, la salud, el medio ambiente o la gestión pública general (Arden Cunliffe y Cook, 2020; Diamond y Mead, 2009; Fu y Ma, 2020; Gandarillas y Gómez; 2014; Linden, 2010; Rayner et al., 2018) señalan al menos estos 5 niveles como necesarios en un sistema de servicios públicos centrado en el ciudadano en su contexto. El modelo implantado tiene como estrategia principal el fortalecimiento de redes y cadenas de valores sostenibles de SC, interconectando recursos, procesos y objetivos de seguridad y convivencia a un nivel comunitario (Ávila y García 2020; Gandarillas et al., 2015). **Figura 1** representa el diseño organizativo del sistema implantado.

Figura 1. Diseño organizativo del sistema de gobernanza comunitaria de la seguridad ciudadana en el barrio de Juan de la Cierva en Arganda del Rey



El sistema de gestión se sustenta en los valores y recursos de la comunidad como fuentes de los procesos. Al mismo tiempo, tiene como principal objetivo detectar y poder llegar a los individuos y grupos más vulnerables o en riesgo como principales usuarios, potenciando la gobernanza de la seguridad que alcance a toda la comunidad, su bienestar y calidad de vida (Tamayo et al., 2020). Los detalles del modelo de gobernanza comunitaria se encuentran extensamente descritos en Gandarillas y Cueva (2015).

1.2. LOS RETOS DE LA EVALUACIÓN DE UN SISTEMA INTEGRAL DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

Para evaluar la implantación de dicho sistema, fue necesario elaborar un nuevo método multinivel e integral, basado en una exhaustiva revisión bibliográfica sobre instrumentos de evaluación científica de la SC,

ampliando el rango de investigación de los métodos tradicionales. Los métodos de evaluación clásicos se enfocan en el impacto de los servicios de seguridad sobre el aumento o reducción del delito, que suelen incluir casi en exclusividad índices cuantitativos de evolución de la incidencia del delito basados en el número de detenciones o de delitos esclarecidos y sentenciados. Estos indicadores de evaluación ofrecen una información muy limitada que imposibilita un retrato completo del problema, especialmente en cuanto a las causas y consecuencias de los procesos delictivos. Estas tasas de criminalidad dificultan también separar la información sobre los niveles de SC del nivel de eficacia en las denuncias, detección y detención por parte de los servicios de la policía (Delgado, 2015; Gandarillas et al., 2015).

En base a las limitaciones de los métodos clásicos de evaluación surgieron otros enfoques, que procuran obtener una información más rigurosa y científica, como las encuestas de victimización (e.g., García et al., 2010; Van Durmen, González y Durán, 2011). Las encuestas de victimización muestran deficiencias metodológicas de validez interna y externa y de subjetividad debida a las diferentes concepciones de seguridad (Tseloni, Tilley y Farrell, 2018; Van Durmen, González & Durán, 2011). Estas limitaciones subrayan la necesidad de una evaluación multinivel y multicausal que integre diferentes métodos e indicadores y sepa recoger con más profundidad la complejidad de la SC, incluyendo factores de vulnerabilidad y riesgo como factores protectores formales e informales (Stokes, 2020; Tilley, 2009, Crawford, 2009; UNODC y UN-Habitat, 2009). Las tendencias preventivas actuales en SC suponen nuevos retos en la evaluación, porque muchos objetivos de prevención son difícilmente cuantificables (Berk, 2021). Así, se plantean indicadores de seguridad más diversificados y contextuales y que integren métodos de recogida de información cuantitativa, cualitativa, participativa y multinivel (Crowl, 2017; Sagant, Shaw y Jendly, 2010), entendiendo así la SC como el conjunto de condiciones que permiten una convivencia basada en el respeto de los derechos de todos los ciudadanos.

2. OBJETIVOS

El objetivo principal de este trabajo es conocer científicamente el impacto de la implantación de un modelo innovador de gobernanza local aplicado a la seguridad ciudadana. También se busca poner a prueba un nuevo sistema de evaluación de la seguridad ciudadana.

3. METODOLOGÍA

3.1. ÁREA GEOGRÁFICA

El escenario del estudio fue el barrio Juan de la Cierva (Arganda del Rey, España), donde se implantó el nuevo sistema de SC. Las experiencias en los proyectos realizados en otras ciudades, entre ellas las anteriormente mencionadas, fueron utilizados en el análisis comparativo.

3.2. POBLACIÓN OBJETO DE ESTUDIO Y MUESTRAS

La población objeto del estudio fueron los residentes del barrio de Juan de la Cierva, 2487 habitantes (padrón municipal, 2018) y los miembros de entidades públicas y privadas que desarrollan alguna de sus actividades en el barrio (200 entidades). La muestra cuantitativa (cuestionario) incluyó 60 personas (40 vecinos, 6 comerciantes y empresarios, 5 trabajadores de empresas, y 9 agentes públicos del barrio de Arganda del Rey). Un 17% procedían de Arganda del Rey, un 59% del resto de España, un 12% de Rumanía y un 12% de varios países latinoamericanos. La muestra cualitativa incluyó 55 personas (25 vecinos, 16 trabajadores de entidades del barrio, y 14 agentes públicos), de los cuales 3 procedían de Rumanía y 2 de Latinoamérica, siendo el resto españoles.

La media de edad de los participantes (incluyendo los participantes del cuestionario, reuniones y entrevistas) fue de 46,7 años (desviación típica 15,7), 38% hombres y 62% mujeres. En el análisis comparativo con otros proyectos dentro del mismo programa, los participantes también incluyeron vecinos, comerciantes, trabajadores y agentes públicos, con una participación de 255 personas en El Vendrell, 78 en Barcelona, 20 en Lisboa y 15 en Berlín.

3.3 INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

En la evaluación del estado de la SC, además de indicadores de presencia de delitos, se incluyeron elementos de riesgo y de vulnerabilidad para detectar el desarrollo de factores que puedan influir en el desarrollo de inseguridad. También se tuvieron en cuenta factores positivos que protegen naturalmente la seguridad y la convivencia. Esto permite un diagnóstico integral y amplio de la SC de una comunidad como un fenómeno polifacético. Basada en una amplia revisión bibliográfica, la evaluación sobre el estado de la SC incluyó criterios:

- a. Urbanísticos, arquitectónicos y ambientales, que pueden informar de la inseguridad desde enfoques situacionales (Canter y Shalev, 2008; Shaftoe, 2011; Rau et al., 2019; García Ruiz y South, 2019; Tilley, 2009).
- b. De calidad de la relación entre personas, grupos, colectivos y comunidad en general, que muestran información sobre niveles de conflicto, cohesión o convivencia social desde enfoques comunitarios (Lott, 2010; Mooney y Neal, 2009; Nilson, 2018).
- c. De educación, socialización, crianza infantil y relaciones intrafamiliares desde modelos de criminalidad evolutiva (Hommel y Freiberg, 2017; Redondo y Andrés, 2007; Van der Put, Gubbels y Assink, 2019).
- d. Psicosociales de procesamiento psicológico de la seguridad del entorno social (Canter y Shaley, 2008; Fernández y Grijalva Eternod, 2012; Valente, Valera y Guàrdia, 2019).

En una lista inicial de criterios de evaluación de la SC, se incluyeron 71 criterios relacionados con aspectos negativos de inseguridad y 118 criterios positivos relacionados con la seguridad. A través de metodología Delphi esta lista se administró a un grupo de 28 expertos de diferentes áreas (SC, justicia, urbanismo, economía, gestión pública, psicología y sociología) de España, EEUU, Inglaterra, Francia, Portugal, Italia, Alemania y Brasil, que conformaban la comisión externa de evaluación y seguimiento del proyecto. También se administró a los agentes comunitarios del equipo intersectorial del proyecto en Arganda del Rey,

compuesto por agentes de policía, servicios sociales, educación, salud, participación ciudadana, juventud, empleo y gestión pública. Se les pidió que seleccionasen 20 criterios negativos y 20 positivos que creyeran que debieran incluirse en un cuestionario de evaluación de la SC. Entre los criterios más citados, se escogieron aquellos que permitieran la mejor representación de todos los campos. Después, se elaboró un cuestionario con ítems que reflejaran los indicadores relacionados con dichos criterios, integrándolos finalmente en 41 ítems. El cuestionario fue reenviado a los expertos y agentes comunitarios y se procedió al ajuste final en base a su feedback. El cuestionario final pedía puntuar en una escala de 1 ("no ha habido ninguna mejora") a 10 ("ha mejorado completamente") el nivel de mejora percibido en cada ítem. Todos los ítems pueden encontrarse en la **Tabla 1** (ver en Anexo).

3.4. DISEÑO Y PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN

El diseño de este estudio trianguló métodos cuantitativos, cualitativos y participativos desde un marco epistemológico integrador post-positivista y constructivista, incluyendo una metodología de investigación-acción participativa.

La evaluación se realizó 2 años después del inicio de la implantación del proyecto. Los investigadores recogieron información cualitativa de 9 reuniones y 15 entrevistas individuales celebradas a lo largo del proyecto. La participación en las reuniones partió de la divulgación entre vecinos, entidades públicas y privadas del barrio y agentes participantes en el proyecto, convocados para analizar el estado de la SC y buscar soluciones. Se utilizaron dinámicas participativas para la construcción de significados conjuntos sobre la SC y el análisis de discursos.

Para obtener la información cuantitativa, se administró el cuestionario a los residentes, comerciantes y agentes sociales del barrio dos años después del inicio de implantación del nuevo sistema de SC. Para ello, se visitaron todos los hogares y locales y se pidió a los vecinos que se encontraban en los domicilios su respuesta al cuestionario. Un 34% rehusó contestar, aludiendo en un 90% falta de tiempo. El resto de los que no contestaron (29%) fue debido a su ausencia en el domicilio después de 3 visitas. Los trabajadores públicos a los que se les administró

el cuestionario fueron profesionales de la Administración local que participaron directamente en el proyecto.

3.5. PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN

La información cualitativa (proveniente de las reuniones y de las entrevistas individuales) se ordenó en base a los tipos principales de problemas de SC definidos por los participantes. Para cada tipo de problema se agruparon las expresiones en categorías de discursos para generar estructuras discursivas (como en Montañés, 2009). Este proceso fue realizado de forma independiente por 3 investigadores, que discutieron las diferencias surgidas para llegar a un acuerdo interjueces.

Sobre la información cuantitativa, los ítems fueron agrupados de acuerdo con las dimensiones conceptuales objeto de la evaluación (ver arriba): (1) Niveles de SC; (2) Participación ciudadana; (3) Calidad de Vida; (4) Gobernanza y coordinación; y (5) Mejora en los servicios policiales (ver **Tabla 1**, en Anexo). Se realizó un análisis de medidas repetidas para observar las diferencias en los resultados entre los factores. La información cuantitativa fue utilizada de forma complementaria a la información cualitativa, fortaleciendo la validez cruzada de los resultados.

4. RESULTADOS

4.1. ESTUDIO CUANTITATIVO

La **Tabla 2** muestra las medias de los factores del cuestionario, que se sitúan entre 3,6 (calidad de vida y convivencia) y 4,7 (servicios de seguridad). La diferencia entre estos factores fue altamente significativa (Lambda de Wilks= 0,41, $F(4,56) = 19,8$, $p < 0,000$).

Tabla 2. Medias de las 5 dimensiones de impacto del sistema de gobernanza comunitaria de seguridad ciudadana implantado (puntuaciones de 1 a 10 de mejora en las dimensiones).

	Media	Desviación típica	N
Niveles de seguridad	4,6	1,5	60
Participación ciudadana	4,3	1,8	60
Calidad de vida	3,6	1,5	60
Gobernanza	4,5	1,7	60
Servicios de seguridad	4,7	1,7	60

4.2. ESTUDIO CUALITATIVO

A continuación, se describen las principales categorías encontradas en las expresiones y narraciones de los participantes en las entrevistas y reuniones, que revelan los principales discursos.

Delincuencia y convivencia. Aparece un consenso entre los participantes, que opinan que la convivencia y seguridad han mejorado últimamente, considerándolas óptimas. Los principales problemas son el consumo de drogas por parte de jóvenes, el vandalismo, el ruido y la suciedad de las calles.

“Los chicos que se drogan (...) mean en los soportales, hacen porros, juegan al balón y no dejan jugar a los niños del barrio son mal ejemplo” (vecino).

“Las quejas de los vecinos sobre vandalismo y suciedad en los fines de semana se refieren realmente a cómo era la zona hace unos años, pero las fiestas nocturnas como antes ya no existen” (agente público).

Participación, colaboración. La baja participación fue el tema más recurrente en el análisis de los problemas. Aparece una relación entre falta de participación y desconfianza en las administraciones públicas, expresada por vecinos y agentes públicos. Vecinos, comerciantes y agentes de ONGs muestran un importante acuerdo al señalar un escaso liderazgo del Ayuntamiento y la necesidad de una mayor colaboración entre entidades y administración pública. Ese escaso liderazgo es percibido como una de las causas de la baja colaboración y participación de todas las partes afectadas.

“La gente lo que quiere es creer en la justicia, pero por desgracia no cree” (vecino).

Los gestores políticos inicialmente expresaban el peligro que representaba abrir nuevos espacios de participación ciudadana, ya que podría facilitarse un boicot al Ayuntamiento. Ese recelo desapareció a lo largo del proyecto.

“El Consejo Ciudadano es un peligro porque pueden utilizarlo para atacar al Ayuntamiento o para crear un partido político” (gestor político).

“El principal problema es que el ciudadano no tiene percepción de pertenencia al barrio (...) es necesario educar en la convivencia y empoderar al ciudadano para que participe” (agente público).

Es recurrente entre gestores políticos pensar que no se puede hacer nada si el ciudadano no quiere participar. Algunos señalan que la participación depende del ciudadano y que ellos no pueden obligar a nadie a participar.

“A nuestros servicios no viene nadie de la zona, por lo que entendemos que no lo necesitan o si no vienen es su problema” (gestor público).

No hay consenso entre agentes públicos y gestores políticos en este sentido. Agentes de policía señalan que hay que estar presente sobre el terreno y trabajar proactivamente para detectar y entender adecuadamente los problemas y poder implicar mejor al ciudadano, pero que es un proceso lento basado en la confianza.

Resistencias al cambio. El estudio también identificó posiciones que reflejaban resistencias a los cambios que el proyecto introducía. Los más importantes fueron:

- a) Desconfianza y desconocimiento mutuos. Fue frecuente la expresión de desconfianza y desconocimiento hacia las Administraciones públicas por parte de un porcentaje significativo de los vecinos:

“Yo quiero dejar claro que nosotros no somos racistas ni tenemos ningún problema con los inmigrantes. Estamos hartos de que pongáis eso como excusa para después no hacer nada” (vecino a agentes del Ayuntamiento).

Los temas en los que se centraron en los eventos públicos y grupales (excrementos de perros, chicos bebiendo o fumando drogas, niños jugando a la pelota) fueron diferentes a los expresados en las entrevistas de forma individual (sin la presencia de otros vecinos). En las entrevistas, como problema grave surgió la situación personal en los hogares.

- b) *“Esto ya lo hacemos”*. Los agentes y gestores públicos subrayaban acciones y proyectos en ejecución en la misma línea que el proyecto. Este análisis solía surgir como respuesta a las propuestas de un cambio en la forma de trabajo que entendían como críticas a lo ya hecho.

“Nosotros ya nos reunimos en grupos con las diferentes áreas, y estamos muy acostumbrados a ello” (agente de servicios sociales).

- c) *“Esto no se puede hacer”*. Paradójicamente, algunas de las acciones del proyecto fueron etiquetadas como imposibles de realizar debido a la dificultad percibida por conseguir una mínima participación ciudadana. Los agentes públicos también señalan las dificultades de los propios trabajadores públicos por implicarse adecuadamente o por compartir información.

“Necesitamos información sobre los hogares para poder hacer nuestro trabajo bien” (agente público).

“Es fundamental que podamos compartir la información sobre los casos en los que trabajamos todos, si no, no sé qué hacemos aquí” (agente público).

En algunos casos surgió el argumento de falta de autonomía.

“Yo no puedo hacer eso, porque no puedo tomar decisiones, tengo que pasárselo al Ayuntamiento” (agente público).

Otras razones esgrimidas en esta categoría fueron la falta de recursos humanos para poner agentes comunitarios sobre el terreno, las dificultades en el entendimiento entre niveles políticos y trabajadores públicos y las dificultades intrínsecas de la cultura social e institucional.

- d) *“Esto no es necesario”*. Entre agentes públicos se expresaba frecuentemente una posición de incompreensión o desacuerdo con

los objetivos de cambio del proyecto. En particular, aparecen recurrentemente afirmaciones que expresan no ver la necesidad de trabajar sobre el terreno en el contexto de los ciudadanos.

“No veo la necesidad, la policía funciona, apenas hay denuncias vecinales” (gestor público).

Favorecedores del cambio. El estudio también se centró en las posiciones que suponían una facilitación de los procesos de cambio. Las más frecuentes fueron:

- a) “Una mayor participación/coordiación/acercamiento”. Aparece como mayoritario un reconocimiento tanto por parte de vecinos como de agentes sociales, tanto de Administraciones públicas como privadas, de la oportunidad de un mayor acercamiento mutuo, participación y coordinación entre instituciones públicas y privadas.
- b) Voluntad política. Los responsables políticos manifestaron una voluntad expresa de asumir los objetivos del proyecto.

“Debemos de avanzar hacia una mayor cercanía con el ciudadano, facilitar una mayor participación de ellos en la solución de los asuntos que les conciernen” (concejala del Ayuntamiento).

- c) Capital social. Existe en el barrio cierto sentido de ayuda, protección mutua y voluntad por implicarse en el cuidado de sus espacios públicos y en la resolución de problemas de convivencia, de acuerdo con lo expresado por los participantes, aunque perciben la necesidad de cierto liderazgo público.

“La gente está dispuesta a participar, pero por sí misma es muy difícil que lo haga, hace falta que alguien desde el Ayuntamiento promueva la participación” (agente social).

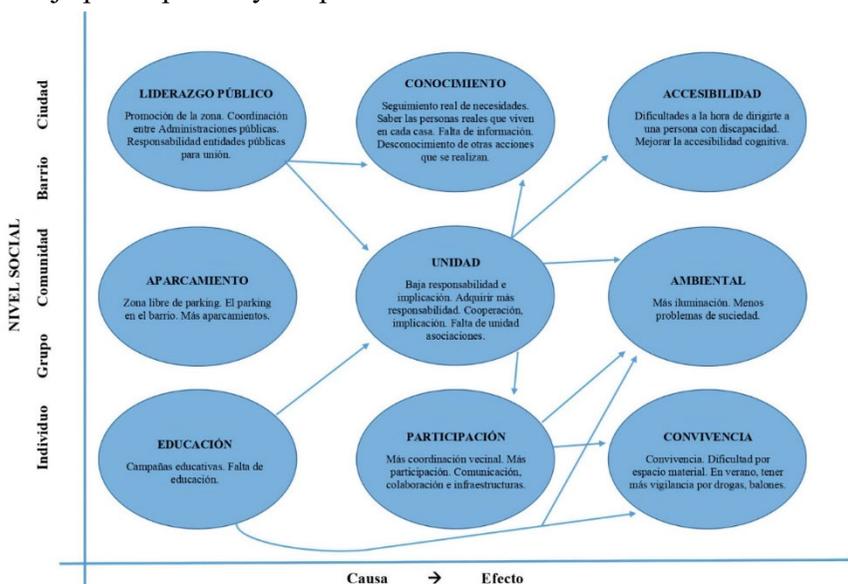
Cabe señalar que en las reuniones de evaluación final del proyecto hubo un cambio muy significativo de los agentes sociales. Aquellos que mostraron inicialmente ciertas resistencias a la necesidad del cambio, finalmente expresaron un gran apoyo, en buena parte debido al Congreso final del proyecto, en el que participaron expertos internacionales que están trabajando en líneas similares.

"El sistema que aquí hemos implantado es el único que puede desarrollarse si lo que queremos es mejorar nuestros servicios" (agente de policía).

"Ahora, después de dos años del proyecto, y especialmente después del Congreso, por fin entiendo los objetivos del proyecto y la enorme necesidad de que caminemos en esta vía" (trabajadora social).

4.3. ESTUDIO PARTICIPATIVO

Los procesos de dinámica grupal con vecinos, trabajadores y comerciantes dieron lugar a "teorías grupales" sobre los factores que afectan a la seguridad y convivencia en el barrio, que se sintetizan en la **Figura 2**. Cabe resaltar la importancia que otorgan al escaso liderazgo público como causa de una escasa unidad en la comunidad, con la que explican la baja participación y los problemas de convivencia.



cacia percibida y tendencia a afrontar proactivamente los problemas como retos, acercándose a ellos.

"Son las actividades como la que estamos haciendo ahora de colaboración y unión entre todas las entidades las que nos llevan al camino que necesitamos" (agente social).

"Está claro que entre los hogares que no nos han querido recibir están aquellos que más necesitan de nuestros servicios, y entre todos

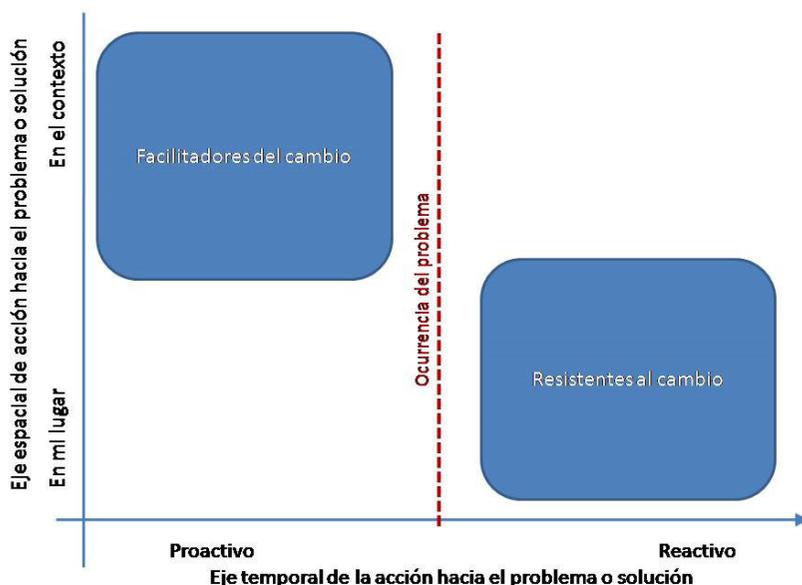
podemos lograr reunir la información sobre dichos hogares que nos faltan” (gestor público).

“Tengo muchos compañeros jóvenes que no se interesan por la participación pública, pero yo creo que si vamos a ellos y les informamos de las actividades que hay y de todo lo que pueden hacer, podremos traerles aquí” (vecina).

“Debemos lograr que la gente se implique y lidere el cuidado por su barrio, pero para ello hace falta que nosotros también nos acerquemos más a ellos” (gestor público).

Combinando los discursos de “resistentes” y “facilitadores” del cambio, inferimos dos dimensiones axiales en las actitudes y posicionamientos que los diferencian: la dimensión temporal (proactivo frente a reactivo) y la dimensión espacial (“actuar en mi lugar” frente a “actuar en el contexto”) a la hora de abordar los problemas y soluciones. El discurso “resistente al cambio” tiende a quedarse en su lugar esperando a que surja el problema y que la solución le venga desde fuera. El discurso “facilitador” tiende a dirigirse al problema en su contexto procurando anticiparlo y afrontando sus causas. Estos dos tipos de discursos se encuentran tanto en los vecinos como en los trabajadores y agentes públicos (ver **Figura 3**).

Figura 3. ejes discursivos y posiciones principales de vecinos, comerciantes, trabajadores y agentes sociales sobre cómo abordar los problemas de seguridad y convivencia.



5. DISCUSIÓN

En base al **estudio cuantitativo**, podemos calificar el impacto general y el éxito del proyecto de gobernanza comunitaria de SC de moderados. Esto se puede entender como un apoyo a la hipótesis planteada. El componente de mayor satisfacción general fue el sistema integral de gobernanza comunitaria implantado, que supone el trabajo colaborativo entre equipos de policía comunitaria, gestores comunitarios, equipos intersectoriales, redes público-privadas y consejos de vecinos. Este sistema es clave para la mejora percibida de eficacia, eficiencia y satisfacción ciudadana en materia de seguridad y convivencia. En particular, la mayor satisfacción de vecinos y agentes públicos se centra en la mayor facilidad para relacionarse entre ellos y para analizar y trabajar los problemas y las soluciones entre todos.

Los análisis **cualitativo y participativo** también apoyan los resultados del estudio cuantitativo y ofrecen una mayor profundidad a la

comprensión de los discursos sobre la seguridad y convivencia en el barrio. Un elemento clave es la necesidad de trabajar con mayor ahínco el desencuentro habitual entre los agentes de policía y los vecinos y comerciantes a la hora de actuar sobre el terreno. Aparecen dos discursos, uno altamente participativo y proactivo, y otro, más mayoritario y diverso, que no ve la utilidad de la participación, en general por escasa confianza en la respuesta de la administración pública. La mayoría encuentra también una falta de implicación por parte de las administraciones públicas por promover y liderar la participación ciudadana. Además, mayoritariamente se percibe por todas las partes la necesidad de un mayor esfuerzo conjunto de los agentes de las entidades públicas y privadas para lograr implicar más a los ciudadanos. Causas de las dificultades para conseguirlo señaladas por varios autores podría encontrarse en la rigidez en la definición y la estructura formal sectorializada de los puestos de trabajo de los agentes, las resistencias a un cambio en la forma de trabajo, de despacho y a demanda, por un trabajo intersectorial de equipo y proactivo sobre el terreno, y la desconfianza ciudadana a las administraciones públicas (Gandarillas y Gómez, 2014; San Juan y Vozmediano, 2017; Stokes, 2020).

La desconfianza mutua también apareció entre vecinos, reflejada en las diferencias entre los problemas mostrados en las reuniones públicas y en las entrevistas individuales. Los temas en los que se centraron en los eventos públicos no revelaron los problemas de convivencia entre vecinos dentro de cada edificio. En cambio, se manifestaron como relevantes en las entrevistas individuales.

Integrar la información cuantitativa, cualitativa y participativa permite también profundizar y fortalecer la validez cruzada de los resultados. Podemos delimitar mejor los perfiles sociales de aquellos que muestran resistencias al cambio, vinculados especialmente a su escasa proactividad y baja motivación para afrontar los problemas en su contexto. Por otro lado, los discursos "facilitadores" reflejan un verdadero capital social y recurso humano sobre el que debe fundamentarse toda estrategia de cambio y mejora de la seguridad y la convivencia.

Análisis comparado con otras ciudades. Resulta interesante comparar los resultados más concluyentes del proyecto en Arganda del Rey con

los de las otras ciudades participantes en el programa (Berlín, Lisboa, Barcelona y El Vendrell):

- a. En general, en todas las ciudades el enfoque habitual predominante de los servicios públicos es el asistencial a demanda, reactivo y con escasa penetración en el tejido de la comunidad, exceptuando el trabajo de la policía (como en Ávila & García, 2020).
- b. Barcelona muestra el sistema más proactivo e integrador de todas las ciudades, con “trabajadores de barrio” (con funciones de intermediación e interlocución) y mesas de trabajo interinstitucional (de intercambio de información). Berlín mantiene su programa “*Quarter management*” (gestión de barrio) para los barrios más conflictivos, con equipos de gestores de barrio centrados en problemas y proyectos concretos. Lisboa cuenta con experiencias puntuales como el Contrato Local de Seguridad (con equipos intersectoriales y consejos interinstitucionales). También el ayuntamiento está impulsando “Grupos Comunitarios” y dentro de ellos “Grupos de Seguridad” de partenariado entre entidades públicas y privadas por barrios, que constituye mesas de trabajo de intercambio de información más que equipos intersectoriales de trabajo sobre el terreno.
- c. Cabe reseñar importantes diferencias en el enfoque proactivo y comunitario de los policías. Berlín es la ciudad donde está más desarrollado el modelo de policía de barrio con enfoque comunitario, con patrullas de barrio unipersonales (encargadas de alrededor de 6000 vecinos cada uno), unidades de relación con la comunidad y unidades preventivas. Barcelona también cuenta con patrullas que se llaman comunitarias, aunque sin el despliegue de Berlín, con la dificultad de tener solapadas las mismas funciones con la policía autonómica. Lisboa cuenta con una policía nacional de proximidad, con unidades especializadas, pero sin un enfoque realmente proactivo; la policía municipal está comenzando a desplegar unidades de dos policías comunitarios en barrios conflictivos.

- d. Arganda del Rey y El Vendrell avanzan hacia sistemas más completos de policía comunitaria, aunque falta la reglamentación y sistematización del método y los procedimientos. Ambos municipios están desarrollando un sistema completo de gestión integral del barrio (con gestores de barrio, equipos intersectoriales, redes comunitarias y consejos ciudadanos), que, de tener éxito, les puede situar en la vanguardia de la innovación en gestión pública integrada.

Sobre la metodología de evaluación. El método de evaluación permitió detectar elementos de SC habitualmente escondidos en los métodos tradicionales. Ofreció una información más completa del estado de la seguridad y la inseguridad en un territorio dado, que nos permite una planificación más centrada en la prevención y la promoción. Adicionalmente, la inclusión de factores de calidad ambiental, arquitectónicos, de vivienda, económica, y educativa, y la metodología participativa nos permiten acordar con vecinos y trabajadores del barrio una serie de objetivos centrados en la mejora integral de la calidad de vida y el bienestar social como estrategia de promoción de la seguridad desde las fortalezas, los recursos y el capital social del territorio. Así, estos métodos de evaluación son herramientas de análisis y rendición de cuentas conjuntas y participativas, adecuadas para sistemas integrales de gobernanza de la SC. Incrementan la transparencia, la fiabilidad y la validez cruzada, interna y externa de los resultados. También facilita la validación del proyecto como sistema y la exportación y extensión del modelo a otros contextos.

6. CONCLUSIONES

Los resultados más concluyentes del proceso de evaluación son:

- a. En los dos años del proyecto de gobernanza comunitaria de la SG se produjo una mejora en los indicadores de seguridad y convivencia en los lugares de implantación del proyecto, desde la percepción de los participantes.

- b. El proyecto facilitó la concienciación y el consenso de todos los participantes sobre los problemas y la dirección a tomar para mejorar los servicios al ciudadano.
- c. El modelo de gobernanza comunitaria propuesto recibió una aceptación muy positiva por parte de los participantes, en particular, en la mayor facilidad para conectar entre vecinos y comerciantes y agentes de policía.
- d. Los resultados señalan dos tipos de discursos definidos por los ejes espacio-temporales, que explican las diferencias en la implicación en el cambio. Los discursos “resistentes al cambio” (enfoques más reactivos y centrados en el lugar propio) y los “facilitadores del cambio” (enfoques más proactivos, con alto grado de autoeficacia y centrados en el contexto del problema como solución).
- e. Como principales causas de las limitaciones de implantación del proyecto aparecen las dificultades para cambiar una cultura asistencial a demanda por una más proactiva sobre el terreno, que contribuyeron a no haber logrado llegar a más ciudadanos y conseguido una mayor implicación.
- f. El análisis comparativo con otras ciudades de Europa dentro del mismo programa muestra similares características, especialmente en cuanto a los niveles y tipos de participación ciudadana e implicación de los agentes públicos en el contexto ciudadano. El Vendrell y Arganda del Rey muestran el enfoque más completo hacia sistemas innovadores de gestión integral de la seguridad, la convivencia y el desarrollo social.
- g. Un sistema de evaluación basado en un concepto interdisciplinar desde enfoques de gobernanza comunitaria y de implicación de la sociedad permite estudiar la SC como concepto complejo y multicausal, entendida como un valor positivo de un territorio y no tanto como la mera ausencia del delito.

5.1. LIMITACIONES DEL ESTUDIO

Sesgos muestrales. Un 34% de los vecinos del barrio rehusaron contestar al cuestionario aludiendo falta de tiempo. Bajo esta respuesta cabría considerar en una proporción de ellos una falta de confianza en la administración pública. Por ello, podríamos inferir que la muestra obtenida incluye una sobrerrepresentación de los hogares más colaboradores. Las muestras los eventos y reuniones grupales pueden mostrar también sesgos a la hora de incluir a los ciudadanos. Se consiguió incluir extranjeros y jóvenes en una pequeña proporción. Esto puede deberse a la forma de “enganche” de participantes, muy centrada en la SC, que solo atraería a aquellas personas interesadas en el tema. Sobre la muestra de agentes sociales y públicos, aunque podemos hablar de una buena representatividad de áreas (salud, servicios sociales, policía, educación...), la mayoría pertenecían al ámbito del Ayuntamiento y a ONGs. Apenas se logró una representación de otras Administraciones públicas.

Limitaciones temporales. La evaluación del proyecto se produjo 2 años después del comienzo del proceso de implantación del sistema, que demoró 1 año en estar plenamente implantado. Este tipo de sistemas, con enfoques más preventivos e integrales y fuertes cambios en la forma de trabajo de los agentes públicos, requieren de bastante más tiempo para recoger sus frutos. Por ello, las mejoras percibidas en este breve periodo de tiempo pueden entenderse como un prometedor éxito del modelo de gobernanza comunitaria implantado.

7. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

El proyecto evaluado está enmarcado en el programa europeo *Sustainable Safety Governance*, financiado por el programa *Prevention and Fight Against Crime* de la Comisión Europea. Agradecemos la colaboración de los ayuntamientos de los municipios de Lisboa, El Vendrell, Barcelona, Berlín y Arganda del Rey, entidades participantes de este programa.

8. REFERENCIAS

- Arden, K., Cunliffe, K., y Cook, P.A. (2020). Cultural change and the evolution of community governance: a North-West England perspective. En: A. Bonner (ed.). *Local Authorities and the Social Determinants of Health*, p. 149. Reino Unido: Bristol University Press.
- Ávila, D., y García, S. (2020). La Policía de ‘lo social’: la inserción de las fuerzas de seguridad en la gestión de la convivencia (el caso de Madrid, 2015-2019). *Revista Crítica Penal y Poder*, 19: 107-131.
- Berk, R.A. (2021). Artificial Intelligence, Predictive Policing, and Risk Assessment for Law Enforcement. *Annual Review of Criminology*, 4 (209): 209-237.
- Canter, D., y Shalev, K. (2008). Putting Crime in its Place: Psychological Process in Crime Site Selection. En: D. Canter y D. Youngs (Eds.): *Principles of Geographical Offender Profiling*, 259-269. USA: Ashgate.
- Crawford, A. (2009). Situating Crime Prevention Policies in Comparative Perspective: Policy Travels, Transfer and Translation. En A. Crawford (ed.): *Crime Prevention Policies in Comparative Perspective*, 1-37. England: Willan.
- Crowl, J.N. (2017). The effect of community policing on fear and crime reduction, police legitimacy and job satisfaction: an empirical review of the evidence. *Police Practice and Research*, 18 (5): 449-462. <https://doi.org/10.1080/15614263.2017.1303771>
- Delgado, J. (2015). *Identidad psicosocial y género: Mujeres en la policía local de la Comunidad de Madrid*. Tesis doctoral. Directora Concepción Fernández Villanueva. UCM. Facultad de Ciencias Políticas y sociología. Madrid. España.
- Diamond, D., y Mead Weiss, D. (2009). *Advancing Community Policing Through Community Governance: A Framework Document*. Washington: U.S. Department of Justice, Office of Community Oriented Policing Services.
- Fernández Molina, E., y Grijalva Eternod, A. E. (2012). Diseño y validación de dos escalas para medir el miedo al delito y la confianza en la policía. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 10: 1–26. <https://doi.org/10.46381/reic.v10i0.70>
- Fu, Y., y Ma, W. (2020). Sustainable Urban Community Development: A Case Study from the Perspective of Self-Governance and Public Participation. *Sustainability*. 12 (2): 617. <https://doi.org/10.3390/sul2020617>

- Gandarillas, M.Á. et al. (2015). Governance and safety assessment. En M.A. Gandarillas & A. Cueva (Coord.): *The Governance of Public Safety and Justice in a Diverse Society*. Spain: Arganda del Rey City Council. <http://pcsj.innods.es/The%20Governance%20of%20Public%20Safety%20and%20Justice%20in%20a%20Diverse%20Society%20-%20M.A.Gandarillas%20&%20A.Cueva.pdf>
- Gandarillas, M.Á., y Cueva, Á. (cords.) (2015). *The Governance of Public Safety and Justice in a Diverse Society*. Spain: Arganda del Rey City Council. Legal. ISBN: 978-84-606-7663-8. <http://pcsj.innods.es/The%20Governance%20of%20Public%20Safety%20and%20Justice%20in%20a%20Diverse%20Society%20-%20M.A.Gandarillas%20&%20A.Cueva.pdf>
- Gandarillas, M.Á., y Gómez, L. (2014). *Manual de Seguridad Ciudadana para el Profesional de la Sociedad Diversa*. Madrid: IE University y CultivaLibros. http://www.innods.net/Manual_de_seguridad_ciudadana_Gandarillas&G%C3%B3mez.pdf
- García España, E., Díez Ripollés, J. L., Pérez Jiménez, F., Benítez Jiménez, M. J., y Cerezo Domínguez, A. I. (2010). Evolución de la delincuencia en España: Análisis longitudinal con encuestas de victimización. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 8: 1–27. doi: <https://doi.org/10.46381/reic.v8i0.52>
- García Ruiz, A., y South, N. (2019). El ruido silenciado en la Criminología y en el medio ambiente. Apuntes preliminares para una criminología acústico-sensorial. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 17: 1–27. doi: <https://doi.org/10.46381/reic.v17i0.297>
- Homel, R., y Freiberg, K. (2017). Developmental prevention. En Deckert, Antje, Sarre, Rick (Eds.): *The Palgrave Handbook of Australian and New Zealand Criminology, Crime and Justice*. Palgrave Macmillan, Cham: 815-829.
- Linden, R.M. (2010). *Leading Across Boundaries: Creating Collaborative Agencies in a Networked World*. San Francisco: Jossey-Bass.
- Lott, B. (2010). *Multiculturalism and Diversity. A Social Psychological Perspective*. Reino Unido: Wiley-Blackwell.
- Montañés, M. (2009). *Metodología y técnica participativa: Teoría y práctica de una estrategia de investigación participativa*. Editorial UOC.
- Mooney, G., y Neal, S. (2009). Community: Themes and debates. En G. Mooney & S. Neal (Eds.): *Community. Welfare, Crime and Society*, 2-32. Reino Unido: Open University Press.

- Nilson, C. (2018). Community safety and well-being: Concept, practice, and alignment (LEPH2018). *Journal of Community Safety and Well-Being*, 3(3): 96-104. <https://doi.org/10.35502/jcswb.81>
- Plant, J.B., y Scott, M.S. (2009). *Effective Policing and Crime Prevention. A Problem-Oriented Guide for Mayors, City Managers, and County Executives*. Washington: U.S. Department of Justice.
- Rau, M., Cartes, I., Gatica Neira, F., y Pascoe, T. (2019). Impact evaluation of situational prevention strategies and CPTED (crime prevention through environmental design) in vulnerable neighborhoods in Latin America. *Journal of applied security research*, 13 (4): 437-454. <https://doi.org/10.1080/19361610.2018.1498254>
- Rayner, J. et al. (2018). Delivering primary health care as envisioned: a model of health and well-being guiding community-governed primary care organizations. *Journal of Integrated Care*, 26. <https://doi.org/10.1108/JICA-02-2018-0014>
- Redondo, S., y Andrés, A. (2007). La Psicología de la Delincuencia. *Papeles del Psicólogo*, 28(3): 147-156.
- Sagant, V., Shaw, M., y Jendly, M. (2010). Informe internacional 2010. Prevención de la criminalidad y seguridad cotidiana: Tendencias y perspectivas. Canadá: Centro Internacional para la Prevención de la Criminalidad (CIPC).
- San Juan, C., y Vozmediano, L. (2017). Hacia un modelo de ciudad segura para Bilbao: propuesta de indicadores. *International e-journal of criminal sciences*, 11.
- Shaftoe, H. (2011). Public safety and public space. En M. Gandarillas (Coord.): *Proceedings of the International Congress on Public Safety in a Diverse Society*, 314-327. Madrid: IE University y Cultivalibros. <http://ccsj.innods.es/pdf/Proceeding-International-Congress-on-Public-Safety-2011.pdf>
- Stokes, R.J. (2020). Improving Community Governance to Reduce Crime: The Case of the Philadelphia's Mantua BCJI Program. En R. J. Stokes y C. Gill (Eds.): *Innovations in Community-Based Crime Prevention*. Springer, Cham: 65-89.
- Tamayo, P.J. et al. (2020). Seguridad urbana como derecho para una gobernanza. *Revista Inclusiones*, 7: 124-159.
- Tilley, N. (2009). *Crime Prevention*. Canadá: Willan Publishing.
- Tseloni, A., Tilley, N., y Farrell, G. (2018). Victimization Surveys in Environmental Criminology” En: Gerben J.N. Bruinsma and Shane D. Johnson: *The Oxford Handbook of Environmental Criminology*: 273. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190279707.013.23>

- UNODC & UN-Habitat (2009). Crime prevention assessment tool. Criminal justice assessment toolkit. Nueva York: ONU.
- Valente, R., Valera Pertegas, S., y Guàrdia Olmos, J. (2019). A structural equation model estimation of the role of social vulnerability as a predictor of people's feelings of unsafety. *Social Indicators Research*, 143 (2): 433-449. <https://doi.org/10.1007/s11205-018-2004-2>
- Van Der Put, C.E., Gubbels, J., y Assink, M. (2019). Predicting domestic violence: A meta-analysis on the predictive validity of risk assessment tools. *Aggression and violent behavior*, 47: 100-116. <https://doi.org/10.1016/j.avb.2019.03.008>
- Van Durmen, J., González, A., y Durán, E. (2011). Herramienta para la evaluación de la sensación de inseguridad, proyecto Victimad. En M. Gandarillas (cord.): *Proceedings of the International Congress on Public Safety in a Diverse Society*, 327-335. Madrid: IE University y CultivaLibros. <http://ccsj.innodes.es/pdf/Proceeding-International-Congress-on-Public-Safety-2011.pdf>

ANEXO

Tabla 1. Agrupamiento de ítems del cuestionario de acuerdo con las principales dimensiones de impacto del sistema de gobernanza comunitaria de seguridad ciudadana.

	Seguridad y convivencia barrio	Participación ciudadana	Calidad de vida barrio	Gobernanza	Mejora de servicios seguridad
Se ha reducido el número de comportamientos incívicos, infracciones y delitos en los hogares y en los espacios públicos.	X				
Ha aumentado el número de casos de infracciones y delitos detectados, resueltos y esclarecidos.	X				
Hay menos infracciones o delitos realizados por los mismos tipos de personas, en los mismos sitios y momentos del día, y a mismos tipos de víctimas.	X				
Ha aumentado la implicación de los vecinos y las familias a la hora de llamar la atención o denunciar a los que se comportan incívicamente, a los que cometen infracciones y delitos. Los infractores son más conocidos. Hay menos víctimas de maltrato o abandono en sus hogares desconocidas para los vecinos y agentes públicos.		X			
Ha bajado la reincidencia, es decir, los infractores o delincuentes repiten menos su infracción.	X				
Ha disminuido el número de personas del barrio en centros penitenciarios.	X				
Ha mejorado el cuidado de las calles y plazas y de los elementos arquitectónicos del barrio por parte de los vecinos. Ha mejorado la calidad ambiental y de los espacios verdes. Hay más limpieza y menos ruido. Hay menos vandalismo, deterioro y agresión ambiental.		X			
La situación económica de las familias y hogares más pobres ha mejorado. Hay más empleos en el barrio y nuevos negocios con éxito.			X		

El número de jóvenes con expectativas y esperanza de lograr un proyecto de futuro ha aumentado. A los jóvenes se les recompensa más su esfuerzo con premios tangibles (dinero, trabajo) o no tangible (reconocimiento social). El número de jóvenes con frustración y rabia por falta de expectativas ha disminuido.			X		
El número de personas con abuso de consumo de alcohol y drogas ha disminuido.			X		
Hay más vecinos que se relacionan, se conocen, se ayudan, se protegen mutuamente y se implican en los problemas del barrio. Hay más vecinos que ayudan a personas desfavorecidas, abandonadas en sus hogares, vulnerables, o en riesgo, o que ayudan cuando un vecino o familia tiene problemas. Hay más personas que cuidan los espacios públicos.		X			
Ha aumentado el número de personas que usan los espacios públicos en actividades sociales, de convivencia, o de ocio. Se han reducido los conflictos en los usos de los espacios públicos. Los espacios están mejor ordenados y hay más espacios para los diferentes usos (juegos infantiles, deportes, vida social, actividades culturales o cívicas...). Hay menos apropiación de espacios por grupos concretos. Los lugares públicos son más seguros y acogedores. Se han reducido los espacios públicos poco utilizados o abandonados.		X			
Han mejorado las relaciones entre diferentes grupos y colectivos de vecinos en el barrio. En los grupos de vecinos hay más gente de todo tipo, edad, creencias, nivel económico, ideología, o procedencia. A los nuevos vecinos se les acoge mejor y se les da la bienvenida.		X			
Existen más personas en el barrio de diferentes procedencias, creencias, niveles económicos, y formas de familia. Existen más tipos de tiendas y establecimientos en el barrio. El barrio está más abierto a la ciudad.			X		
Hay más vecinos que se implican más en mejorar la seguridad y la justicia en el barrio, apoyando a las personas más vulnerables y con mayor riesgo de ser víctimas, y cuidando que nada malo suceda. Más vecinos responden activa y asertivamente (sin pasividad ni agresividad) cuando alguien infringe una norma social, premiando al que actúa con justicia. Más vecinos colaboran con la policía y la justicia.		X			
Ha aumentado el número de personas que organizan actividades sociales, culturales, deportivas, de ocio, y promueven la colaboración entre vecinos, el cuidado del barrio, y las normas de convivencia y respeto mutuo.		X			
Hay más unidad y apego al barrio. Hay un mayor número de vecinos participando en actividades de organización del barrio y en reuniones con los servicios del ayuntamiento.		X			

Se observa un menor número de problemas interpersonales (conflictos entre personas y grupos, abusos, agresividad, abandono) en los hogares, en el trabajo, y en el barrio.	X				
Hay menos grupos que no se relacionan con el resto o que muestran una abierta confrontación con el resto de los grupos del barrio. Se ha producido un menor número de eventos que agraven la situación.	X				
Hay menos personas o grupos en el barrio a los que se les etiquetan como delincuentes o mala gente.	X				
Ha aumentado la calidad de vida y el bienestar de más vecinos y hogares.			X		
Ha mejorado la habitabilidad de viviendas y del barrio. Hay menos hogares con hacinamiento de personas. Ha mejorado la distribución de los espacios públicos y privados adecuados para la necesidad de usos y el número de vecinos. Hay más espacios para las reuniones entre vecinos.			X		
Ha disminuido el número de familias y hogares con conflictos internos, violencia, agresividad o situación de abandono de miembros de la familia.	X				
Ha aumentado el número de vecinos adultos que usan recursos educativos.			X		
Se ha reducido el número de niños con comportamiento problemático en la escuela, con absentismo o con fracaso escolar.	X				
Ha mejorado el conocimiento y relación mutua entre el agente de policía y los vecinos del barrio. El policía se interesa más por los problemas de todos los vecinos, trabajadores, y comerciantes. Los agentes de policía participan en más actividades del barrio y se reúnen periódicamente con los vecinos. La presencia de patrullas policiales de respuesta a delitos se ha reducido. Los vecinos están más satisfechos y confían más en los agentes de policía.					X
Los vecinos reciben una información más regular y detallada sobre el estado de la seguridad en el barrio. Ha aumentado la participación de vecinos y entidades del barrio en la evaluación, auditoría, y/o rendición de cuentas sobre la seguridad del barrio.					X
Ha aumentado la rapidez de la policía en asistir en la ocurrencia de una infracción o delito.					X
Ha mejorado la percepción de los vecinos y trabajadores sobre la seguridad en el barrio. Los vecinos perciben el barrio más abierto, con menos problemas, y con menos colectivos marginados y desentendidos con el barrio.	X				
Más vecinos sienten que pueden conseguir con su esfuerzo mejorar el barrio. Menos vecinos sienten impotencia y resignación.		X			

Existe un mejor conocimiento, relación, y confianza mutua entre los agentes públicos (servicios sociales, educación, salud, medio ambiente, urbanismo y vivienda, economía y empleo...) y los vecinos, trabajadores, y comerciantes del barrio. Los agentes públicos se interesan más por los problemas de todos los vecinos, trabajadores, empresarios y comerciantes. Ha mejorado la satisfacción de los vecinos con la labor de los agentes públicos.				X	
Cada agente público (de servicios sociales, educación, salud, medio ambiente, urbanismo y vivienda, economía y empleo...) tiene sus funciones más claras y diferenciadas, se organizan mejor entre ellos y toman decisiones sobre el terreno. Existe una mayor colaboración entre los agentes públicos, las empresas, las ONGs y los vecinos.				X	
Han mejorado los niveles de preparación y capacitación de los agentes públicos a la hora de abordar los problemas en el barrio.					X
Ha aumentado la implicación de los gobernantes de las diferentes Administraciones públicas por el cambio y la mejora de los servicios públicos en el barrio.				X	
Han mejorado los niveles de justicia social en el barrio. En más ocasiones, después de una infracción o delito se procura reparar el daño hecho. Hay un mayor reconocimiento de la injusticia a personas discriminadas, maltratadas, o abandonadas y un mayor esfuerzo por reinstaurar la justicia, no únicamente deteniendo a los culpables, también trabajando para conseguir recuperar su estado físico, psicológico, económico y social.	X				
Ha mejorado el conocimiento y uso por parte de los vecinos de los recursos públicos sociales, educativos, sanitarios, sociolaborales, de seguridad ciudadana, de justicia, de vivienda...		X			
Se ha facilitado la comunicación y relación con las Administraciones públicas a través de medios informáticos y telemáticos.				X	
Han aumentado los programas de reeducación y reinserción para los infractores. Los infractores realizan actividades en beneficio a la comunidad y de reparación del daño hecho, que son supervisadas para su cumplimiento.					X
Las Administraciones públicas desarrollan planes de intervención más sostenidos y a más largo plazo (más de 4 años) que ejecutan y evalúan con la participación de los vecinos.				X	
Ha aumentado la proporción de los vecinos que llevan un estilo de vida saludable física y mental.			X		
Hay menos noticias sobre el barrio en los medios de comunicación que criminalicen a grupos o al barrio en su conjunto.	X				

FOMENTO DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS
DIFERENTES AGENTES IMPLICADOS EN EL SISTEMA
DE GARANTÍA DE CALIDAD DE LA FACULTAD DE
EDUCACIÓN - CFP DE LA UNIVERSIDAD
COMPLUTENSE DE MADRID

ESTHER RODRÍGUEZ QUINTANA

Universidad Complutense de Madrid

LYDIA SERRANO GREGORIO

Universidad Complutense de Madrid

MARÍA PÉREZ SÁNCHEZ – HERRERO

Universidad Complutense de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

La participación en los sistemas de garantía de Calidad es un aspecto contemplado en diferentes normativas en el Espacio Europeo de Educación Superior (EEES). Esto encaja con la filosofía de la Unión Europea de colaboración y cooperación de todos los agentes implicados en el sistema universitario. Generar hábitos de comunicación institucional supone el desarrollo de competencias cívicas que, desde el reconocimiento de las estructuras previamente creadas, reconocen la historia y desarrollan nuevos servicios que mejoren la calidad.

Para el abordaje de este tema, se propone desarrollar una introducción sobre la relevancia de la participación de los agentes implicados, guiada por la construcción del EEES y cómo se aplicaría al modelo de la Universidad Complutense de Madrid, y en concreto al contexto de su Facultad de Educación – Centro de Formación del Profesorado (CFP). Con todo ello, se pretende justificar la adecuación de un proyecto de gestión de la calidad que incida en este aspecto colaborativo multidisciplinar a nivel local, desde un enfoque pedagógico.

1.1. LA PARTICIPACIÓN EN LOS SISTEMAS DE GARANTÍA DE CALIDAD

La Universidad supone un espacio de convivencia de diferentes colectivos. Está claro que, sin alguno de ellos, la Universidad no tendría sentido. Además, existen diferentes espacios en los que desarrollar las labores profesionales, académicas, administrativas o estudiantiles. Desde la implementación del plan Bolonia en 1999 y, en especial, desde la Reunión de Berlín del EEES en 2003, entre los fines de la universidad se ha pasado de ser una institución al servicio del desarrollo profesional, a ser un espacio de construcción ciudadana, de fomento de la cohesión social y de la educación comunitaria (Martínez y Esteban, 2005). En definitiva, la universidad no deja de ser una pequeña comunidad educativa, y como en todo espacio educativo, este no se entiende sin el compromiso para la participación de todos los agentes implicados. Porque la formación profesional, es realmente útil cuando tiene una utilidad para los demás y ayuda al desarrollo individual, comunitario y en definitiva, social.

El EEES reconoció desde la propia Declaración de Bolonia en 1999 la necesidad de la colaboración para la garantía de la calidad, así como la pertinencia de la promoción en los estudios, no solo del desarrollo curricular, planes de movilidad o formación e investigación sino también la relevancia de la colaboración inter e intrainstitucional.

Entre estos ámbitos de colaboración, el EEES ha incluido planes para la internacionalización; financiación y gobernanza; diversificación en la misión institucional; aprendizaje, enseñanza y compromiso estudiantil; dimensión social de la universidad, educación, investigación e innovación y garantía de la calidad, entre otras (Curaj et. al, 2015).

Todos estos aspectos deben ser abordados de manera transversal, pues estos se encuentran interrelacionados entre sí. Esto supone un complejo abordaje en el que la coordinación y la colaboración entre instituciones y entre miembros de una misma institución resulta fundamental. No es posible una educación universitaria de calidad si no existe una gobernanza justa, una eficiencia financiera y uso responsable de los recursos universitarios, espacios para la creatividad y la innovación y por

supuesto, un compromiso de todos los agentes implicados en la comunidad universitaria,

El presente proyecto pretende acercarse a este abordaje multidisciplinar de la participación universitaria. Inicialmente se presentó a la convocatoria de proyectos de Innovación para la Gestión de la Calidad 2020-21 de la Universidad Complutense de Madrid, desde el Vicedecanato de Calidad de la Facultad de Educación de la UCM. La línea estratégica propuesta por la universidad y en la que se decidió configurar el proyecto fue “Transparencia de los procesos de garantía de calidad: estrategias de comunicación y difusión a los agentes implicados”.

Esta convocatoria de proyectos pretende desarrollar nuevas formas de gestión de la calidad a través de proyectos de carácter local en las facultades de la UCM, de manera complementaria a las tareas de gestión de la calidad que vienen desarrollándose según lo dispuesto en la Ley Orgánica de Universidades 6/2001, de 21 de diciembre (BOE de 24 de diciembre); el Real Decreto 420/2015, de 29 de mayo de creación, reconocimiento, autorización y acreditación de universidades y centros universitarios (BOE de 17 de junio); los Estatutos de la Universidad Complutense de Madrid, aprobados por Decreto 32/2017, de 21 de marzo, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid (BOUCM de 24 de marzo); el Reglamento de Centros y Estructuras de la UCM, aprobados por acuerdo del Claustro Universitario (BOUC de 11 febrero de 2010); el Reglamento de Gobierno de la UCM, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 18 de diciembre de 2017 (BOUC de 21 de diciembre).

Desde un punto de vista normativo, según el artículo 31 de la LOU los objetivos del sistema de garantía de calidad pasan desde la medición del rendimiento y la rendición de cuentas hasta la información a la sociedad para el fomento de la excelencia, pasando por la transparencia la mejora de la actividad docente, investigadora y de gestión. De todo ello, se encargará la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación, así como los órganos autonómicos denominados por la Ley de las Comunidades Autónomas.

Entre los agentes implicados en la universidad encontramos al personal docente-investigador (PDI), personal de administración y servicios (PAS) y al estudiantado. Aunque, tradicionalmente se ha responsabilizado de la gestión de la calidad universitaria al PDI y al PAS, el EEES ha reconocido de manera explícita al estudiante como parte activa, constructiva y competente para la configuración del sistema universitario en el Comunicado de Praga de 2001 firmado por los 29 ministros que participaron en el proceso de creación de del Plan Bolonia. En concreto, en España se regula en el Estatuto del Estudiante Universitario (2010) el derecho a la participación en los procesos de evaluación institucional y en las Agencias de Aseguramiento de la Calidad Universitaria.

En este sentido, resulta interesante mencionar el análisis realizado durante los primeros años de la implementación del EEES por la comisión de Educación Superior e Investigación (Persson, 2003) sobre participación estudiantil.

En este informe se destaca que la participación es más fuerte a nivel institucional que a nivel nacional o internacional. Los estudiantes encuestados percibían que su implicación tenía un impacto mayor si participaban en su propia universidad o facultad, tanto a nivel formal (representación estudiantil) como informal (asociacionismo y otro tipo de movimientos estudiantiles).

Es por ello por lo que se justifica esta práctica, dado su carácter local y de búsqueda de comunicación y colaboración por todas las partes implicadas en el proceso de garantía de calidad.

1.1.1 Tipos de Participación en el EEES

La participación en la universidad implica las actividades de aprendizaje-enseñanza; en el desarrollo de currículum, en los procesos de garantía de calidad y en la gobernanza a nivel institucional, así como en todas las tareas de administración y servicios necesarios para garantizar el proceso educativo de calidad (Curaj, 2015). En este sentido, resulta interesante destacar las diferentes formas de participación, todas ellas directamente relacionadas con el aprendizaje. En proyectos anteriores

(convocatoria 2020-21 de proyecto Innova Gestión de la Calidad de la UCM) se concluyó que uno de los principales problemas de la comunidad universitaria que suponía un obstáculo para alcanzar esa gestión de calidad era la formación de sus miembros sobre la propia universidad. La participación permite generar un conocimiento en torno la universidad, sus estructuras y sus servicios, favoreciendo el correcto desarrollo de sus miembros en la institución. Así, encontramos como objetivos de la participación: una comprensión individual del funcionamiento del sistema universitario propia de todos sus miembros, la formación curricular propia de estudiantado y profesorado y la formación de comunidades, propia de cada centro, grupo de trabajo, equipo, etc.

Cada uno de estos objetivos citados ofrece diferentes formas de participación: la consulta, la colaboración como miembro o el liderazgo de estos espacios y grupos de participación universitaria (Curaj, 2015).

Sin embargo, resulta necesario comprender de qué manera podemos conciliar los diferentes espacios universitarios en una universidad tan compleja, heterogénea y diversa como la UCM.

1.2. LA PARTICIPACIÓN EN LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

En cuanto a las actuales actuaciones que guían el desarrollo de la UCM, encontramos nueve planes y estrategias de acción recogidas en su programa de Gobierno, en las que participan profesorado, estudiantado y personal universitario. De todas ellas y en línea con la gestión de la calidad, destacamos las siguientes:

- Marco estratégico para la docencia
- Plan estratégico de Investigación UCM
- Avances en los Objetivos del Desarrollo Sostenible
- Plan Estratégico del Archivo General UCM

De nuevo, encontramos una interrelación entre objetivos, pues, la mejora de la docencia requiere un marco estratégico para la estabilidad docente, así como un plan de investigación, adaptado a las necesidades sociales que guiaban esas intenciones anteriormente citadas en el apartado sobre el EEES. Hoy en día esta dimensión social, viene marcada por los Objetivos del Desarrollo Sostenible. Por último, no es posible

gestionar la calidad sin conocer adecuadamente la historia de la UCM, aprender de sus errores y visibilizar, para continuar poniendo en práctica, sus logros del pasado. Por ello, la línea estratégica dedicada al Archivo General UCM pone de manifiesto la necesidad de aumentar los esfuerzos informativos hacia la comunidad universitaria, facilitando la adquisición de conocimientos sobre la universidad que permitan a sus miembros desarrollarse plenamente haciendo uso de todos sus servicios y proponiendo y desarrollando nuevos que mejoren la calidad universitaria.

Siguiendo estas líneas de actuación, desde el Vicerrectorado de Calidad, se guía a los Vicedecanatos de Calidad en cuanto a diversas informaciones y programas que permitan establecer los sistemas de garantía de la calidad en las actividades docentes, investigadoras y de gestión. Para ello coordina:

- Programas de evaluación de la calidad de la oferta académica para titulaciones (evaluación institucional de las titulaciones oficiales) y profesorado (docencia).
- Programas de certificación y acreditación de centros de enseñanza y de centros de investigación (apoyo para la concesión de sellos de calidad y certificados ISO a los diferentes Centros y servicios de la UCM).
- Datos y cifras sobre rankings e indicadores de calidad (que permite definir el posicionamiento de la UCM en las diferentes clasificaciones universitarias, tanto a nivel nacional como internacional)
- Jornadas y congresos sobre calidad en Instituciones de Educación Superior.
- Proyectos Innova (donde se tramitan todas las convocatorias de los proyectos Innova para la mejora de la docencia y la gestión de la calidad universitaria)

Estas actividades son difundidas y realizadas a través de las 26 facultades en las que estructuralmente se organiza la UCM. Todas estas líneas

estratégicas se adaptan a las necesidades y características de las ramas de conocimiento de Arte y Humanidades, Ciencias Sociales y Jurídicas, Ciencias de la Salud, Ingenierías y Arquitectura y Ciencias.

Esta amplitud de sus estudios y de perfiles de su personal la definen como una de sus características principales.

Entre estas facultades y titulaciones encontramos en el área de Ciencias Sociales la Facultad de Educación y Centro de Formación del Profesorado y el grado de Educación social, sobre cuyas peculiares características versa el presente proyecto de innovación de gestión de la calidad.

1.2.1. La Participación en la Facultad de Educación – Centro de Formación del Profesorado de la UCM

En la actualidad, la Facultad de Educación y Centro de Formación del Profesorado de la UCM es, atendiendo al número de estudiantes matriculado, la tercera facultad más numerosa de la UCM. Por ello, supone un espacio potencial de actuación para el desarrollo individual de su estudiantado, por su diversidad, y para el desarrollo comunitario en la universidad y progreso social por el contenido y los fines de los estudios que se cursan en ella.

La Facultad de Educación - Centro de Formación del Profesorado consta de siete titulaciones de grado, siete másteres oficiales, el máster habilitante de formación del profesorado y un programa de doctorado. Puede verse la relación de títulos en la tabla 1.

TABLA 1: Tabla 1. Relación de Titulaciones de la Facultad de Educación – Centro de Formación del Profesorado UCM.

Ciclo	Titulaciones
Grado	Educación Social Pedagogía Maestro en Educación Infantil Maestro en Educación Primaria
Doble Grado	Maestro en Educación Infantil-Primaria Pedagogía- Maestro en Educación Primaria Pedagogía- Maestro en Educación Infantil
Máster	Atención Temprana: Prevención, Detección e Intervención en las Alteraciones del Desarrollo y del Aprendizaje Doble Máster en Lengua Francesa Aplicada (UCM y U. París Sorbona) y Formación del Profesorado (UCM) Educación Especial Estudios Avanzados en Educación Social Formación del Profesorado de ESO y Bachillerato, FP y Enseñanzas de Idiomas Investigación en Educación Psicopedagogía
Doctorado	Programa de Doctorado en Educación

Fuente: Elaboración Propia.

Esta diversidad de titulaciones dota a la Facultad de una gran diversidad de percepciones educativas, siendo una oportunidad clave de transformación social a partir de las prácticas realizadas por la convivencia universitaria.

Todo este proceso no sería posible sin la participación del profesorado de la Facultad distribuido en cuatro departamentos: Didáctica de las Ciencias Experimentales, Sociales y Matemáticas; Didáctica de las Lenguas, Artes y Educación Física; Investigación y Psicología en Educación y, finalmente Estudios Educativos.

Además, la Facultad cuenta con tres unidades docentes procedentes de la Facultad de Políticas y Sociología y Psicología: Sociología Aplicada a la Educación, Personalidad, Evaluación y Tratamiento Psicológico y Psicobiología y Metodología en Ciencias del Comportamiento.

La participación de profesorado de todos los departamentos en el proyecto de gestión de la calidad favorece el desarrollo del proyecto con

un enfoque educativo multidisciplinar. Esto permite abarcar la gestión de la calidad desde una visión pedagógica, favoreciendo, no solo la optimización de procesos, sino también un aprendizaje en todos los agentes implicados, desde los propios miembros de la comunidad universitaria, independientemente de su figura, departamento, sector o dedicación.

2. OBJETIVOS

Aquí se describen los objetivos del proyecto, así como los problemas que resuelven y/o las necesidades a las que dan respuesta.

Los objetivos principales del proyecto son 3:

1. Facilitar el proceso de información, basado en las necesidades de los miembros de la Facultad de Educación -CFP, a través de una actualización de la documentación y su presentación web.
2. Analizar las valoraciones del espacio informativo publicado en la web durante el proyecto 20-21 a través de un formulario web para los usuarios y la información de los grupos de discusión e incorporar modificaciones en el espacio web en función de estas.
3. Desarrollar una plataforma de gestión de reclamaciones, quejas, sugerencias y felicitaciones.

3. METODOLOGÍA

A continuación, se desarrollarán y justificarán, en relación con cada uno de los 3 objetivos propuestos, las fases, las actividades y mecanismos de seguimiento.

OBJETIVO 1.- Facilitar el proceso de información.

Durante el proyecto 20-21, se desarrollaron tres revisiones cruzadas de los recursos web sobre las temáticas elegidas en grupos de discusión coordinados por el Vicedecanato de Calidad y en los que participaron miembros del personal PAS y PDI, entre los que se encontraban varios

coordinadores de titulación de grado y máster, la jefatura de la secretaría de la facultad, la gerente y estudiantes representantes en Junta de Facultad. Tras estos grupos de discusión se realizaron infografías y fichas simples para facilitar los procesos informativos de las temáticas contenidas en la tabla 2.

Con todo ello, las actividades que implica este objetivo, continuando con el trabajo realizado en la convocatoria 2020-21 implican revisar la documentación generada y atender a los posibles cambios de normativa, convocatorias, etc que les afecte. Para ello, el grupo de trabajo encargado de generar el material se reunirá cada dos o tres semanas hasta finalizar el proyecto. En todas las reuniones se dedicará un punto del orden del día a revisar las modificaciones que podrían producirse.

TABLA 2. *Temáticas de Necesidades Informativas de los miembros de la Facultad de Educación – CFP.*

ACCESO A TITULACIONES OFICIALES	CAMBIOS DE GRADO	CAMBIOS DE GRADO
ADMISIÓN y MATRÍCULA.	PROYECTOS INNOVA UCM	CONVOCATORIAS PDI
DESMATRICULACIÓN	EVALUACIÓN DE LA ACTIVIDAD DOCENTE	BECAS Y AYUDAS AL ESTUDIO
SOLICITUD TÍTULO	ACREDITACIÓN TÍTULOS	UTILIDADES UCMnet
FORMACIÓN PERMANENTE ESTUDIANTES (acceso y matrícula)	INFRAESTRUCTURA- MEDIOS TECNOLÓGICOS, MOBILIARIO Y CLIMATIZACIÓN	ORGANIZACIÓN DE LA DOCENCIA
WEB DE LA FACULTAD	CENTROS DE PRÁCTICAS Y ASIGNACIÓN	CREACIÓN Y ACCESO A CUENTA UCM
GUÍAS DOCENTES	TRABAJO FIN DE MÁSTER	COMPATIBILIDAD DE ESTUDIOS Y TRABAJO
EVALUACIÓN DE ASIGNATURAS	TRABAJO FIN DE GRADO	CAMBIO DE GRUPO
ESTRUCTURA DE LA FACULTAD	RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS	ACCESO AL CAMPUS VIRTUAL
CRÉDITOS ECTS	SEGUIMIENTO DOCTORADO	TRIBUNAL DE COMPENSACIÓN

SEÑALIZACIÓN EN LA FACULTAD	OFICINA PARA LA DIVERSIDAD	PLANES DE ESTUDIOS
MOVILIDAD	ACTAS	MENCIONES
NORMATIVA DE ESPACIOS	RECLAMACIONES A LA DO-CENCIA	CRÉDITOS DE PARTICIPACIÓN OPTATIVA
CAFETERÍA- RECLAMACIONES	RECLAMACIONES A LAS CALIFICACIONES	ACTILLAS TFG, TFM y Prácticum
PROYECTOS INNOVA UCM	DECA	GRUPO BILINGÜE

Fuente: Elaboración Propia

OBJETIVO 2.- Analizar las valoraciones del espacio informativo.

A mitad y a final de curso se volcarán los resultados de los formularios realizados en el marco de la convocatoria 20-21 de proyectos de innovación de gestión de la calidad y se analizarán con el objetivo de incorporar las mejoras propuestas que sea posible.

Se analizarán los aspectos a valorar con una escala tipo Likert, sobre utilidad y calidad, y dos preguntas abiertas opcionales: “qué mejorarías” y “qué información que necesitabas no has encontrado” y analizar los resultados para incorporar mejoras.

OBJETIVO 3.- Desarrollar una plataforma de gestión de las reclamaciones, quejas, sugerencias y felicitaciones.

Para lograr este objetivo, cada coordinador de titulación consultará con miembros de su colectivo en las diferentes fases.

Se utilizará una metodología de diseño centrada en el usuario, llevándose a cabo las siguientes actividades:

3.1.- CONFIRMACIÓN DE ACUERDO CON LA EMPRESA QUE DESARROLLARÁ LA PLATAFORMA DE GESTIÓN DE RECLAMACIONES, SUGERENCIAS Y FELICITACIONES (EN ADELANTE SE DENOMINARÁ “PLATAFORMA”), DADO QUE DEBERÁ INTERVENIR EN EL DESARROLLO DE LA PROPUESTA INTERACTUANDO EN LAS POSIBILIDADES DE IMPLEMENTACIÓN DE LAS PROPUESTAS Y EN LOS PLAZOS ESTABLECIDOS.

3.2.- DESARROLLAR UNA PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA: INVESTIGACIÓN DE REQUERIMIENTOS Y NECESIDADES, PARA DEFINIR OBJETIVOS Y FUNCIONALIDADES DE LA PLATAFORMA.

3.2.1.- Los diferentes colectivos, considerando su rol, desarrollarán grupos de discusión (estudiantes, PAS, PDI), donde establecerán necesidades a partir de la propuesta inicial, ordenando las prioridades.

3.2.2.- Contraste de necesidades y prioridades de los diferentes colectivos y desarrollo de documento de síntesis priorizada (noviembre de 2021).

3.2.3.- Indicadores clave de rendimiento, estableciendo macrometas y micrometas. Algunos ya han sido establecidos en este proyecto, pero pueden generarse otros, además, debe operativizarse la métrica de valoración en función de las funcionalidades de la plataforma y de la priorización de necesidades.

3.2.4.- Diagrama de Gantt con confirmación con empresa de hitos en el desarrollo de la plataforma.

3.3.- DISEÑO E IMPLEMENTACIÓN FÍSICA DE LA PLATAFORMA.

3.3.1.- Arquitectura de la información

3.3.2- Perfiles de acceso.

3.3.3.- Guías de uso según perfiles de acceso.

3.3.4.- Experiencia piloto.

3.3.5.- Incorporación de mejoras en plataforma y guías de uso según experiencias piloto.

3.3.6.- Apertura de uso general de la plataforma y difusión de su creación.

4. RESULTADOS ESPERADOS

Se describen los indicadores de la evaluación, razonando su valor en relación con los objetivos propuestos y justificando su adecuación para la medición del impacto.

En cuanto al primer objetivo, el impacto esperado sobre la promoción de un espacio web simplificado y de uso sencillo sobre las necesidades de los miembros universitarios, supone una alta valoración de los usuarios de la actualidad de la información, así como de la facilidad para su gestión. Para ello se emplean los siguientes indicadores:

Indicador 1.1: valoración de los usuarios/as en el ítem “La información está actualizada” del formulario de valoración del espacio publicado en el espacio web de información donde se publicarán los materiales informativos. Los valores superiores a 3 serán considerados adecuados si bien se prevé que sean cercanos a 5 como valor óptimo del indicador (en escala tipo Likert de 1 a 5).

Indicador 1.2: aunque no se pueden establecer mejoras en términos de puntuación (porque no se tiene aún resultados de valoraciones), será un indicador incremento (o mantenimiento) de la valoración de los usuarios de enero de 2022 en relación con junio de 2021, así como en junio de 2022 en relación con enero 2022 en el ítem “La información está actualizada”.

Indicador 1.3: valoración de los usuarios en las preguntas abiertas sobre “qué mejorarías” en con atención a si indican referencias a la necesidad de mantener actualizada la información. No debe encontrarse esa respuesta, lo que indicará que se considera actualizada la información.

Respecto al segundo objetivo, dedicado a analizar las valoraciones del espacio informativo, se obtendrá el resultado a través de los siguientes indicadores:

Indicador 2.1: formulario de valoración actualizado incluyendo, si es necesario, aspectos que se hayan podido considerar relevantes en los grupos de discusión tras la publicación del espacio web.

Indicador 2.1: valoración de los usuarios/as en relación con las mejoras propuestas en los grupos de discusión (como aún o hemos desarrollado los grupos de discusión, no podemos saber cuáles serán, pero se concretarán en función de estas) con valores superiores a 3 (cerca de 5 como valor óptimo en escala tipo Likert de 1 a 5).

Indicador 2.2: que no se repitan las mismas respuestas en las preguntas abiertas (sobre “qué mejorarías” y “qué información que necesitabas no has encontrado”) en la descarga de las valoraciones de enero de 2022 que en la de junio de 2021 (del proyecto 2020-2021), ni en la descarga de valoraciones de junio de 2022 en relación con enero de 2022 (ambas del proyecto 21-22), de modo que considerarán suficientemente mejorado el espacio web en función de las valoraciones de los usuarios.

Indicador 2.3: aunque no se pueden establecer mejoras en términos de puntuación (porque aún no se dispone de resultados de valoración a través del formulario), será un indicador incremento (o mantenimiento) de la valoración de los usuarios de enero de 2022 en relación con junio de 2021, así como en junio de 2022 en relación con enero 2022 (considerando las puntuaciones medias de cada ítem del formulario de valoración del espacio web).

Con relación al tercer objetivo, dedicado a desarrollar una plataforma de gestión de reclamaciones, quejas, sugerencias y felicitaciones, cree que se valorará positivamente la existencia de plataforma de reclamaciones.

Otros impactos esperados son:

- Incremento en la participación de los diferentes agentes en términos de un incremento en las reclamaciones, quejas y sugerencias tramitadas, así como la existencia de tramitación de felicitaciones.
- Incremento de la información para planificar propuestas de mejora derivadas de la implantación del SGIC, derivado del incremento de participación de los diferentes colectivos.

- Mayor capacidad de detectar puntos fuertes como consecuencia de la tramitación de Impacto esperado e indicadores propuestos para medirlo en relación con los objetivos
- Incremento en las puntuaciones de los indicadores relativos a satisfacción de los diferentes colectivos, derivados de favorecer su participación en el SGIC, así como de considerar sus propuestas.
- Reducción del tiempo de resolución de las reclamaciones, derivado de una gestión más eficaz.
- Incremento de las valoraciones en los informes de seguimiento anuales y autoinformes de las acreditaciones, dada la funcionalidad de obtener informes.
- Mayor capacidad de detectar puntos fuertes y débiles en la propia gestión de reclamaciones debido a la funcionalidad de obtener informes según tipos (reclamaciones, quejas, sugerencias, felicitaciones), tipologías (académicas-administrativas, temáticas...), titulaciones, cursos...
- Mayor capacidad de detectar puntos fuertes y débiles en la propia gestión de las reclamaciones debido a que se incorporará un formulario de satisfacción, que se enviará automática a los usuarios tras finalizar la gestión de su reclamación.

Otros indicadores, en relación con cada una de las actividades consideradas en el objetivo 3, que tienen un carácter procesual, ya que cada una depende de la anterior (en todos los casos será por tanto un indicador no sólo que se lleve a cabo, sino que se haga en el plazo establecido, siendo considerado un logro positivo si es en el plazo previsto y óptimo si se consigue en un plazo menor al previsto):

Indicador 3.1: acuerdo entre empresa y Facultad de Educación para el desarrollo de la plataforma, incluyendo fases en el desarrollo y plazos.

Indicador 3.2: listado de indicadores claves de rendimiento en función de macrometas y micrometas, con métrica de valoración para cada uno según funcionalidades de la plataforma y priorización de necesidades y

confirmación de hitos en el desarrollo a través de un cronograma de Gantt.

Indicador 3.3: plataforma publicada para su uso general. Este indicador tiene a su vez conjunto de subindicadores en función de los hitos propuestos:

3.3.1: Concreción de arquitectura de la información, que incluya, decisiones sobre aspectos visuales (formatos de visibilidad, colores, tipo de letra...) y, respecto al contenido, al menos:

- preguntas (y opciones de respuesta que se darán) para guiar en la determinación de la tipología de reclamación (recordar que incluye reclamaciones, quejas, sugerencias y felicitaciones);
- fases que se considerarán en la gestión de cada tipo de reclamación.
- mensajes automáticos que enviará la plataforma y contenido de estos (texto específico), en función de la fase (por ejemplo, de confirmación de reclamación tramitada).
- cuestionario de satisfacción a enviar tras la finalización de la gestión de la reclamación (ítems a incluir, formato de respuesta en la valoración...).
- tipos de informes necesarios (por titulación, por tipología, por curso...).

3.3.2: Concreción de funcionalidades de acceso según el perfil, estando previstos inicialmente los siguientes: estudiante, responsable de respuesta a reclamaciones, coordinador de titulación, vicedecanato de calidad, otros vicedecanatos y Decano.

3.3.3: Elaboración de una guía de uso con indicaciones específicas según cada perfil de acceso.

3.3.4: Que participen, en la prueba piloto, como mínimo, los miembros del equipo de trabajo, los vicedecanos y el

Decano con posterior participación en grupos de discusión según perfiles para proponer mejoras de la plataforma y de las guías de uso.

3.3.5: Que sean incorporadas las mejoras propuestas por los participantes en la prueba piloto.

Indicador 4: Presentación de la propuesta innovadora en al menos un congreso. Se considerará un logro óptimo si se consigue presentar en más de un congreso y/o se desarrollar una publicación diferente a las actas del/de los congreso/s.

5. DISCUSIÓN

Las convocatorias de proyectos de innovación suponen una fuente de reconocimiento y de generación de espacios y tiempos para repensar la universidad. Pasados 20 años desde la Declaración de Bolonia, es necesario volver a comprender las necesidades que provocaron este gran cambio educativo, seguido de un balance sobre los objetivos cumplidos, los que se encuentran en desarrollo y los pendientes de poner en marcha.

Otra ventaja de estas convocatorias son la posibilidad de aplicar a nivel local, en este caso a nivel de facultad, grandes propuestas pensadas inicialmente a un nivel más general. En este sentido, el proyecto de Innovación titulado “Fomento de la participación de los diferentes agentes implicados en el sistema de garantía de calidad de la facultad de educación – CFP” cumple con la intención de aumentar la colaboración a través de los agentes implicados en el sistema universitario a través de una gobernanza participativa para el desarrollo de la calidad. Este proyecto guiado por la intención de un desarrollo de la transparencia de la gestión supone una oportunidad para medir y poder evaluar la

efectividad de las prácticas informativas desarrolladas en la Facultad de Educación. Todo ello resulta de un gran valor según los guiones europeos, nacionales y comunitarios, ya que permite no solo la medición cuantitativa de la satisfacción con la información web, sino que el propio diseño del proyecto ha permitido identificar de manera cualitativa, las diferentes realidades y vivencias de los diferentes colectivos universitarios. En este sentido, los grupos de discusión que incluían estudiantes, PAS y PDI favoreciendo la puesta en común de problemáticas, comprendiendo a todas las partes y generando un compromiso universitario de cooperación y colaboración conjunta por el bienestar de los compañeros de cada sector.

Por otro lado, el proyecto permite desarrollar la participación de los usuarios a diferentes niveles.

En primer lugar, la creación de la plataforma de gestión de reclamaciones (objetivo 3), quejas y felicitaciones implica una participación al nivel de consulta. En una fase previa, se consultan las necesidades de los diferentes agentes implicados y, en una segunda fase, se consultan los responsables que deben atender esas necesidades.

En segundo lugar, facilitar el proceso informativo en la Facultad (objetivo 1), implica un tipo de participación colaborativa, en la que los diferentes miembros del grupo de trabajo, representantes de cada colectivo universitario, colaboran aportando la información que ellos manejaban más. En este caso, el estudiantado exponía la necesidad de cumplir sus derechos, el profesorado comentaba las dificultades que implica su tarea docente y el personal de administración y servicios explicaba los procesos en los que el sistema de información generaba situaciones de ineficacia. De este modo, surgían propuestas colaborativas, en las que los colectivos se implicaban.

En este tipo de participación colaborativa, es interesante remarcar que el proyecto tiene lugar en una Facultad de Educación. Esto favorece aplicar un enfoque pedagógico al proceso informativo, convirtiendo el proyecto en algo más que un proceso de gestión. Con este enfoque educativo, el proceso informativo se convierte en un espacio educativo más de la Facultad en la que tanto estudiantes, como PDI y PAS tienen la

oportunidad de aprender y formarse sobre el funcionamiento de la institución, nuevas técnicas de colaboración y trabajo en grupo y nuevas formas de comprender de manera multidisciplinar la vida académica, administrativa y estudiantil. En definitiva, el proyecto ofrece una manera de vivir la universidad de manera integral y cooperativa.

En este sentido, cabe destacar que la realización del proyecto cuenta con una desventaja y es la posibilidad de encontrar espacios de tiempo comunes. Al tener diferentes horarios y dedicaciones, resultaba difícil reunirse todo el grupo de trabajo en todas las reuniones. No obstante gracias a la coordinación del Vicedecanato de Calidad y las herramientas tecnológicas empleadas para el desarrollo del proyecto, este problema se superó.

El hecho de incluir las tecnologías empleadas por PAS, PDI y estudiantes, supuso un enriquecimiento del proyecto, no previsto en los resultados. Esto se debe a que el estudiantado conoce herramientas web más diversas, el PDI tiene un gran manejo de las herramientas propuestas por la universidad y el PAS domina los procesos de gestión institucionales de la Universidad. En definitiva, todas estas experiencias se unificaron y el conocimiento sobre todas ellas se expandió a los diferentes colectivos, suponiendo una herramienta de gran potencial.

Por último, diseñar una plataforma de gestión de las reclamaciones, quejas y felicitaciones desarrolla una participación desde el sentido de liderazgo. Esto deriva en proponer de manera directa un espacio para que los demás puedan colaborar informando de los problemas y que los responsables puedan informar de las posibles soluciones y del origen de esos problemas. Con ello, la propia persona afectada puede, de manera autónoma, pero supervisada y orientada por un responsable del asunto resolver su caso, no de manera aislada sino con repercusiones para la comunidad, evitando que el mismo fallo vuelva a repetirse.

Por último, este proyecto ha favorecido la participación institucional a nivel formal e informal, mediante las reuniones, difusión del material y las diferentes consultas y conversaciones derivadas del proyecto entre todos los miembros de la universidad. Con ello, el proyecto de

innovación favorece la gestión de la calidad desde el reconocimiento de las oportunidades y posibilidades que ofrece la institución.

En este sentido, se identifica como fundamental la comprensión de la universidad y sobre cómo la vive cada colectivo para poder desarrollar un sistema de garantía de calidad.

6. CONCLUSIONES

Respecto a los tres objetivos planteados en el proyecto de fomento de la participación en el sistema de garantía de la calidad, extraemos las siguientes conclusiones:

1. Facilitar la información a los diferentes agentes universitarios supone en primer lugar, una oportunidad de reflexionar sobre cuáles son las necesidades de los agentes implicados. Compartir estas necesidades provoca la propuesta de ideas para gestionar esas necesidades de la manera más afectiva posible, además de evaluar los sistemas de comunicación y gestión de la facultad.
2. Analizar las valoraciones de la web supone reconocer dónde se encuentran los conflictos a la hora de conocer la información. En muchos casos, se observa que es necesario un ejercicio de alfabetización informacional. Esto supone formentar la comprensión lectora en la web, así como explicar los mecanismos de búsqueda y la arquitectura web para localizar la información necesaria.
3. Generar una plataforma de gestión de las quejas, sugerencias y reclamaciones, del mismo modo que en el análisis de necesidades, supone un espacio de repensar sobre los responsables que deberían gestionar los problemas o recibir las oportunidades. En cualquier caso, facilita el registro, la medición y la evaluación de los procesos informativos y favorece el acompañamiento en la resolución y gestión de los conflictos que puedan surgir impidiendo la garantía de la calidad.

7. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

El presente proyecto ha sido apoyado por el Vicerrectorado de Calidad de la UCM a través de la convocatria de Proyectos de Gestión de la Calidad bajo el título: Proyecto No 126 Fomento de la participación de los diferentes agentes implicados en el SGIC: actualización del material informativo, mejora del espacio web y creación de plataforma de gestión de reclamaciones, quejas, sugerencias y felicitaciones.

Además, resulta fundamental el apoyo por todo el grupo de trabajo que ha dedicado su tiempo, experiencia y conocimientos sobre la facultad y sobre la universidad al desarrollo de los materiales que han facilitado el espacio web sobre información de las necesidades de PDI, PAS y Estudiantado.

8. REFERENCIAS

- Ashwin, P., & McVitty, D. (2015). The meanings of student engagement: Implications for policies and practices. In *The European higher education area* (pp. 343-359). Springer, Cham.
- Comisión Europea (2001). *Declaración de Praga. Hacia el Área de la Educación Superior Europea. Declaración del encuentro de los Ministros Europeos en funciones de la Educación Superior en Praga.*
<https://www.unibasq.eus/wp-content/uploads/2017/10/EEES-Praga-ES.pdf>
- Curaj, A., Matei, L., Pricopie, R., Salmi, J., & Scott, P. (2015). The European higher education area: Between critical reflections and future policies (p. 898). Springer Nature.
- Decreto 32/2017, de 21 de marzo, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad Complutense de Madrid. Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, num. 71. Publicado el 24 de Marzo de 2017. https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-77/BOCM_Estatutos_0317.PDF
- Ley Orgánica Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (2001). Boletín Oficial del Estado num. 307. Publicado el 21 de Diciembre de 2004. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2001/BOE-A-2001-24515-consolidado.pdf>

- Martínez, M., & Esteban, F. (2005). Una propuesta de formación ciudadana para el EEES. *Revista española de pedagogía*, 63-83.
- Persson, A. (2003). Student participation in the governance of higher education in Europe. *Steering Committee on Higher Education and Research. Strasbourg: Council of Europe.*
- Real Decreto 420/2015, de 29 de mayo, de creación, reconocimiento, autorización y acreditación de universidades y centros universitarios (2015). Boletín Oficial del Estado num. 144. Publicado el 17 de Junio de 2015. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-6708>
- Universidad Complutense de Madrid (9 de enero de 2022) Oficina para la Calidad <https://www.ucm.es/oficina-para-la-calidad>.

RETOS EN CALIDAD Y SERVICIO A CLIENTES, NUEVAS TENDENCIAS DE MERCADO

VIBIANA CURIEL GUZMAN
*Universidad de Guadalajara
Centro Universitario de la Costa. Puerto Vallarta, Jalisco*

1. INTRODUCCION

En la actualidad la actividad turística es una de las actividades comerciales más importantes. Para la Organización Mundial del Turismo (OMT, 2006) en los albores del nuevo milenio, el turismo se consolida como la principal actividad económica de muchos países y el sector de más rápido crecimiento en términos de ingresos de divisas y creación de empleo, generador de exportaciones del mundo y un factor importante en la balanza de pagos de muchos países.

Según el secretario general de la OMT (2006a), Francesco Frangialli, el turismo mantiene la economía mundial “en movimiento”, siendo la primera partida del comercio internacional, generando el mayor volumen de ingresos por exportaciones y dando empleo a millones de personas, producto de su carácter multisectorial, y pese a las continuas turbulencias mundiales que amenazan su expansión y que se ha mantenido tenazmente, por ello muchos países se interesan seriamente en su desarrollo. Incluso, el turismo, en las últimas décadas ha configurado la geografía, demografía, economía y aspectos socioculturales en muchas regiones del mundo (Moreno, 2007)

Algunas de las acciones que debe tener toda empresa que se preocupe por mantener clientes satisfechos y repetitivos:

Construir confianza y compromiso además de la claridad sobre la importancia del reconocimiento intelectual y emocional.

1. Crear una empresa donde salgan ganando los clientes, los empleados, los accionistas y la sociedad. El enfoque es dejar huella y encontrar la manera de repetirlas sistemáticamente.
2. Al eliminar elementos costosos reduce su estructura de costos logrando la diferenciación y el bajo costo.
3. Minimizar el riesgo en lugar de propiciar.

El mercado turístico a nivel nacional e internacional se ha diversificado debido a los cambios e innovaciones constantes. Los competidores en este mercado basan su éxito no solo en la misma diversificación, sino también incluyendo nuevas herramientas tecnológicas, las cuales facilitan la interacción y atracción de mercados potenciales. Tal lucha por tomar una parte del mercado se basa en el precio de la oferta turística, en especial el del alojamiento. Existen diversas empresas que compiten y toman como oferta la planta hotelera local. Estas tienen y manejan los recursos tecnológicos como un valor agregado con el cual pueden adentrarse en el dominio de una demanda muy diversa. De tal manera que la saturación del mercado mayorista relega la calidad y le da prioridad al precio en volumen para acaparar el mercado.

Las empresas del sector turístico deben aprovechar las bondades que ofrecen el entorno global y los medios electrónicos, permitiéndoles conocer más a sus clientes actuales y a los potenciales, así como la oportunidad de incursionar en nuevos mercados internacionales (Miranda, 2016).

En la actualidad se vive un gran crecimiento de los mercados, un elevado nivel competitivo y las exigencias en cuanto a la calidad de los productos y servicios que se ofrecen, siendo así, las empresas se ven en la necesidad de acrecentar las relaciones comerciales a largo plazo con cada uno de sus clientes; es por esto que buscan las mejores estrategias para mantenerse en la mente de su consumidor con una perspectiva favorable, donde no solo se toman en cuenta herramientas y actividades tradicionales de marketing, para lograr satisfacer la acrecentada demanda y necesidades del mercado.

Claro está que en el ámbito empresarial no resulta suficiente considerar e implementar el marketing para ver resultados de esta actividad, esto

se da, ya que refleja sus limitaciones al no enfocarlo en un área o sector particular.

China es el país con mayor número de hoteles de 5 estrellas en el mundo, con 2040 alojamientos de este tipo, Turquía en segundo lugar con 800 hoteles 5 estrellas.

México es el tercer país con más hoteles de 5 estrellas del mundo. México, lo que supone un 7% del total en el país.

Aparecen también Italia (450 hoteles), India (430) y Grecia (420). El séptimo lugar es para España con 335 alojamientos de este tipo y, en los últimos puestos de la lista de 10 países están Estados Unidos (330), seguido de Reino Unido (320) y Sudáfrica (285).

Durante el verano 2021, Jalisco recibió una derrama económica de 9,181 millones 528 mil pesos en turismo, un aumento de 5,563 millones 842 mil 568 pesos, que representa 153.80 por ciento más comparado con el mismo periodo del 2020, afectado por la pandemia de COVID-19. (secturjal, 2021)

La afluencia de turistas fue de 2 millones 731 mil personas, mientras que la ocupación hotelera llegó a 49.64 por ciento en promedio, es decir, 30.34 puntos porcentuales más que lo registrado en la misma temporada de 2020, que fue de 19.30 por ciento. En el verano, Puerto Vallarta registró una ocupación hotelera de 62.80 por ciento en promedio.

La problemática por resolver por situación COVID19 ha sido muy fuerte con grandes retos para el hotel para superar las ocupaciones y lograr mantener ingresos que permitan aumentar el número de empleados trabajando, con ocupaciones abajo del 50% y de repente con picos en fines de semana de grupos con 100% de ocupación.

1.1. CALIDAD EN LOS SERVICIOS TURÍSTICOS:

Calidad es para el cliente, la satisfacción de un producto o servicio. El servicio al cliente es hoy en nuestros días un diferencial para las ventas, una forma de ganar posicionamiento en el mercado y mantenerse presente en la mente de los consumidores. El mundo empresarial de las agencias de viajes, la hotelería, y en general los servicios turísticos, se

enfrentan a muchas problemáticas, la principal mantener los gastos operativos mensualmente, y generar los ingresos que permitan mantener el negocio, cuidando que el personal se mantenga capacitado, y los servicios turísticos a la altura de la demanda de los clientes, por ello la importancia de establecer los procesos administrativos en forma práctica que ayuden a mantenerse en operaciones y en beneficio del cliente.

1.3. CALIDAD Y CALIDEZ EN SERVICIO AL CLIENTE

La calidad es una variable que se busca para mejorar los servicios, (**E.W. Deming (1988)**) determinó al concepto calidad como ese grado predecible de uniformidad y fiabilidad a un bajo costo. Este grado debe ajustarse a las necesidades del mercado. Según Deming la calidad no es otra cosa más que “una serie de cuestionamiento hacia una mejora continua”. Del total de 70 grupos en un hotel 5 estrellas promedio que se opera al año, el 95% deben tener cumplidos sus estándares de servicio.

Por lo anterior, es importante considerar la innovación en el quehacer diario, y mejorar las ventas que ayuden a optimizar la ocupación y la competitividad, ya que, con un excelente servicio, más la atención con calidad y calidez, se generará mayor volumen de negocio. Si se logra lo anterior, se podrá incrementar el porcentaje de ocupación, se optimizan las ventas, se mejorará el trabajo en equipo, y se generará mayor volumen de ventas a través de redes sociales; obteniendo un beneficio en tarifa promedio, clientes seguros, repetitivos y lealtad del cliente.

Los nuevos retos en el mercado son la satisfacción del cliente y la calidad en los servicios turísticos.

Discusión:

1.4. ANALISIS DE CALIDAD EN EL HOTEL

En general el servicio del hotel es de un nivel alto, cuidando sus indicadores,

Servicio

- Empatía con el cliente
- Motivación para que regrese
- Fidelización
- Sentido de logro
- Sentido de pertenencia
- El huésped no permite áreas de oportunidad en áreas de limpieza. Entre mejor preparado esté el personal las áreas y habitaciones se mantendrán limpias, sin embargo, existe un chequeo aleatorio para revisar habitaciones antes de entregarlas a huésped lo cual ayuda a mantener el estándar de calidad alto.
- En las encuestas se observa como el cliente valora el servicio prestado y la atención.

1.5. RESULTADOS DE ENCUESTAS EXISTENTES

Se inició la práctica, y se revisaron las encuestas existentes en línea, con capitán de botones, ahora, encargado de servicio exprés, servibar y servicio a cuartos, también con la gerente de recepción.

Figura 1 Entrada del hotel



Foto tomada en el hotel

1.6. TABLA DE RESULTADOS ENERO 2021 A SEP 2021.

El acumulado a septiembre 2021 fue del 74.3%, lo que representa arriba del plan a este momento.

En el hotelería es importante evaluar la satisfacción del cliente en la búsqueda de una mejora en la ocupación, con relación a los siguientes indicadores. Alimentos y bebidas 61.9%. Mantenimiento y servicios en habitaciones funcionales 63.9%. Investigación realizada en propiedad Westin Puerto Vallarta, en los meses septiembre y octubre de 2021.

1.7. SERVICIO INDICADORES

Se analizó también la evaluación de servicios a clientes y sus indicadores, así como el análisis de calidad en el hotel.

El servicio al cliente comienza por la formación de los empleados, dotándolos de herramientas y estrategias para que sepan atender a los clientes

1. Generar sorpresa en cada persona.
2. Hacer sentir especial a cada uno de tus clientes. (Invitados)
3. Cuidar los detalles, de forma obsesiva, para crear una experiencia armónica.
4. Evolucionar y adaptarse a la forma de pensar de tus clientes.
5. Escuchar y responder a tus clientes de manera cuidadosa, calculada y planificada.
6. Eliminar las barreras que nos puedan separar de nuestros Clientes.

1.8. LA CULTURA DEL TRATO EXQUISITO,

Hoteles Marriot reconoce a sus clientes, en MARRIOT BOMBOY como clientes: Gold, platinum, embajador, elite y titanium.

PERSONAS ENTREVISTADAS	QUALITY	SATISFACTION	STAFF KNOWLEDGE	
25-oct-21				
2	5	5	3	
2	5	5	4	
16	40	40	40	
27-oct-21				
4	5	5	5	
2	4	4	4	
2	5	5	5	X4 TITANIUM
28-oct-21				
2	5	5	5	
29 Oct-21				
11	5	5	5	
TOTAL	74	74	71	

1.9. VISIÓN DEL FUTURO DEL CAPITAL HUMANO, Y LA DOTACIÓN DE PERSONAL

Al estar cerca del servicio al cliente, es importante analizar y darse cuenta, el factor humano es uno de los factores más importantes para brindar servicios con calidez y calidad.

Todo esto inicia en la selección del personal adecuado.

El recurso humano es el elemento fundamental para la ventaja competitiva y por lo tanto éste se constituye en un componente esencial para cualquier tipo de institución. Este elemento común es el gran diferenciador que hace que haya competitividad puesto que esta debe demostrarse, debe medirse y se debe comparar (González, 2005) y en las organizaciones ésta puede estar medida ya sea en los servicios o productos ofrecidos a los clientes, como lo ha expresado González ser competitivo es más que ser productivos y ser rentables ello debido a que la competitividad es el premio que el mercado como juez da a las

decisiones y acciones que se lleven a cabo en las organizaciones, lo cual se ve reflejado en la consecución de las metas establecidas. (Montoya, 2016)

Se reafirma la necesidad de consolidar herramientas que preceden a la calidad de los procesos, los productos y los servicios en un sistema de calidad, de forma tal que la organización esté sustentada desde los paradigmas del mejoramiento continuo y la calidad total como dimensiones que le garantizan su viabilidad.

Hoy el desafío al que se deben enfrentar los dirigentes de las organizaciones está fundamentado, entre otros aspectos, en la dirección de su recurso humano hacia una labor orientada a alcanzar la eficacia y la eficiencia, con el fin de lograr altos estándares de rendimiento considerando el valor agregado y en una notoria ventaja competitiva. Es importante tener presente que cuando la organización hace las cosas bien, se tienen grandes ganancias a diferencia de las que no lo hacen. (Montoya, 2016).

Aunque las empresas cuenten con grandes recursos económicos para la ejecución de sus actividades, con tecnología de vanguardia o edificaciones que respondan a los estándares internacionales, para ellas estos no son elementos suficientes si no cuentan con personal apto para la ejecución de dichos recursos financieros, para la aplicación de las herramientas tecnológicas de punta o para la ocupación de los inmobiliarios, teniendo como posible consecuencia la ausencia de clientes y la existencia de servicios deficientes para satisfacer las necesidades de éstos, así como también el incumplimiento de los objetivos y las metas organizacionales. (Montoya, 2016)

Para Herrera Gómez la gestión del recurso humano se constituye en un “conjunto de actividades y medidas concretas para operar el área y que tienen un efecto directo sobre los comportamientos, actitudes y aptitudes de las personas dentro del esquema organizacional” (2001, p. 48), para lo cual podría decirse entonces que la dirección de la organización debe centrar sus esfuerzos en el logro de los objetivos y metas propuestas en un tiempo determinado, de forma conjunta y en consonancia con el personal. Es preciso tener presente que la comprensión de las

estrategias necesita de valor agregado tanto en los procesos como en las personas, con la pretensión de estar en consonancia con las corrientes actuales y fundamentales que, hoy en día, consideran el recurso humano como factor estratégico para su desarrollo y competitividad.

Un aspecto que resaltar es que todo director corporativo no sólo debe asegurar que todos los procesos y procedimientos dentro de la organización se lleven a cabo bajo parámetros de eficacia y eficiencia, sino que debe construir y llevar a cabo acciones, estrategias y políticas que estén basadas en modelos sencillos y claros que deben ser compartidos con todos los miembros de la organización.

Es por ello que se hace necesario que se incorpore al factor humano en la cadena de valor como un elemento clave de los procesos misionales y estratégicos corporativos, lo cual se verá evidenciado por el aporte y singular presencia en la prestación del servicio y en producción con calidad.

“En la organización, es el talento humano, el conocimiento, la experiencia, las actitudes, el comportamiento aportado por las personas, la forma particular que tienen éstas de relacionarse con otros seres humanos, con los objetivos propios y con el entorno, lo que constituye la fuente de la ventaja competitiva en la empresa y marca la diferencia entre una empresa y otra” (2008, p. 31).

1.10. ELEMENTOS INTEGRADORES DE LA GESTIÓN DE CALIDAD

Para la implementación de la calidad como un sistema de gestión, es preciso que las personas estén preparadas para participar en proyectos, que la empresa cuente con un excelente sistema de comunicación, que directivos y mandos tengan un amplio conocimiento y hagan uso de las técnicas actuales de liderazgo y empoderamiento; que el personal esté motivado y que el clima laboral sea el propicio. Es importante resaltar que la empresa debe preparar a las personas tanto para la calidad como para el mejoramiento continuo, puesto que éstas deben tener sensibilidad, formación, fijación y control de los objetivos corporativos, para conseguir el cambio de actitudes necesario y comenzar la implementación de las normas ISO (Montoya, 2007).

Tanto los procesos de sensibilización como de formación permitirán que la organización tenga una gran comprensión de que la calidad se hace, no se controla. Un aspecto que destacar es que la calidad la hacen las personas cuando tienen comprensión de que ellos hacen parte de una institución en la cual son importantes.

Es preciso entonces que las empresas tengan presente esa latente necesidad de formar a sus colaboradores para trabajar en la calidad de los procesos, para lograr la calidad en la gestión, en los servicios y en las mismas personas. Del mismo modo, es importante que se desarrollen planes de formación en calidad y mejoramiento continuo que estén acompañados del desarrollo de la compañía y del mismo sistema de calidad, puesto que la formación permite que “los gerentes no [pierdan] de vista las metas y las estrategias de la organización y tiene que orientar la capacitación con base a éstas” (Snell, 2013, p.293).

1.11. PARTICIPACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS EN LA GESTIÓN DE CALIDAD

Es fundamental tener presente que para la calidad total es indispensable que todos los miembros de la compañía estén comprometidos con el mejoramiento continuo y con su trabajo, pues es necesario que tengan en la mente que es preciso prevenir todos los defectos que puedan hallarse dentro de los procesos para poder producir calidad. De igual manera, los empleados deben tener conciencia de hacer bien las cosas desde el inicio y ser responsables de la calidad de su propio trabajo, teniendo como objetivos la perfección y el mejoramiento en cada una de las acciones que desarrollan en la compañía.

Ahora bien, tanto la implementación como el mantenimiento del sistema de calidad en la empresa debe contar desde sus inicios con la participación de todas las personas que hacen parte de ella y que han de trabajar de igual manera por la integración de todos los procesos, con el firme propósito de garantizar que haya éxito en la calidad del servicio y los productos que se brinda a los clientes.

La participación total de todos los miembros de la organización ha de buscar una fuerza de trabajo comprometida, motivada, creativa,

alineada con las metas propuestas en la compañía y ha de reconocer que para lograrlo es preciso que se cree conciencia de calidad a través del concepto de trabajo y cultura organizacional. (Montoya, 2016)

Es preciso entonces que la dirección de la empresa tenga en cuenta algunos elementos que son fundamentales para poder hablar de un correcto direccionamiento del recurso humano como se presenta en la siguiente figura:

1.11. DIRECCIONAMIENTO DEL RECURSO HUMANO

Las organizaciones son altamente eficientes y competitivas cuando logran que las estrategias definidas frente al recurso humano estén totalmente alineadas con las estrategias definidas por la dirección; la coherencia de estos dos aspectos implica que los procesos ejecutados por el recurso humano garanticen la consecución correcta, oportuna, eficaz y llena de valor de todas las metas establecidas en la organización.

Elementos para el direccionamiento estratégico de la gestión humana en la organización Como ya se ha establecido anteriormente, el recurso humano se constituye en el elemento fundamental para la consecución de los objetivos de la organización, es por ello que la corporación puede tener un excelente direccionamiento estratégico de la gestión humana.

“Es preciso entonces que la dirección de empresa tenga en cuenta algunos elementos que son fundamentales para poder hablar de un correcto direccionamiento del recurso humano”. (Castillo, 1993, p.191)

Las organizaciones son altamente eficientes y competitivas cuando logran que las estrategias definidas frente al recurso humano estén totalmente alineadas con las estrategias por la dirección; la coherencia de estos dos aspectos implica que los procesos ejecutados por el recurso humano garanticen la consecución correcta, oportuna, eficaz y llena de valor de todas las metas establecidas en la organización.

Como ya se ha establecido anteriormente, el recurso humano se constituye en el elemento fundamental para la consecución de los objetivos de la organización, es por ello que tener un excelente direccionamiento estratégico de la gestión humana si se logra el aumento de la gestión representa valor cuando hay estrategias y se establecen acciones para la

reducción logrando así un valor diferenciador en el quehacer en producción.

Cada colaborador desarrolla sus propias habilidades competencias que le hacen único y difícil de imitar, convirtiéndose en una persona altamente competitiva y en un valor agregado para su empresa, ya que esta por contar con personal comprometido y ofrecer alternativas de competitividad desarrollo de las tareas realizadas por los colaboradores actividad necesaria para generar métodos de trabajo en la empresa de tal manera que pueda evidenciarse y sea percibido por los clientes.

Las organizaciones deben contar con el mejor recurso cada vez mejores y ello se logrará fortaleciendo, y potencializando las habilidades de sus colaboradores para la prestación del servicio y en producción con calidad. Es preciso entonces que la dirección de la empresa tenga en cuenta algunos elementos que son fundamentales para poder hablar de un correcto direccionamiento del recurso humano.

1.2. ABSTRACTO

De cara al futuro debemos mantener la conciencia de la sustentabilidad en el turismo, el cuidado de medio ambiente, la recreación, y el cuidado en detalle y la atención a los clientes con los que trabajamos día a día.

Es importante analizar qué factores está buscando el cliente y poder trabajar para ellos en los servicios que busca, mejorando día a día en los procesos de trabajo buscando su comodidad, y disfrute.

VIDEO DE LA PRESENTACIÓN

<https://www.youtube.com/watch?v=E7F1CU28BJg&t=109s>

2. OBJETIVO GENERAL

Proponer un modelo de calidad de servicio percibido para la mejora continua en la satisfacción del cliente

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Analizar la calidad de servicio percibido y la satisfacción de cliente en el segmento hotelero 5 estrellas, Puerto Vallarta
2. Identificar las diferencias significativas entre los componentes de calidad de servicio en el segmento hotelero de 5 estrellas en Puerto Vallarta
3. Conocer el nivel de incidencia de la calidad de servicio en relación con la satisfacción del cliente.

2.1. ESCUCHA ASERTIVAMENTE A TUS CLIENTES

Acciones concretas para escuchar asertivamente a tus Clientes.

- Recuerda que la PERCEPCIÓN DEL CLIENTE ES TU REALIDAD.
- TU FACTOR MUNDO DE MARAVILLA: Para sorprender... maravillar a tu Cliente en cada contacto.
- LA MAGIA DEL SERVICIO: Para entregar un Servicio de Primer Nivel Mundial.
- TUS ESTRATEGIAS DE FIDELIZACIÓN: Cuidando cada detalle, cada punto de contacto, con protocolos definidos y, sobre todo, con actitud positiva.

2.2. FILOSOFÍA WESTIN, BÁSICOS DEL SERVICIO

1. Nunca decir no, siempre ofrecer opciones.
2. Estar listos para salir a escena, mantener la imagen profesional siendo impecables a detalle
3. Aplicar la regla de los 3 metros, hacer contacto visual, sonreír y saludar.
4. Acompañar al huésped en lugar de señalar
5. Ser oportunos y constantes en todo lo que hacemos, y mejorar cada día más.
6. Tratar a los huéspedes y compañeros de manera amable, y respetuosa, usar su nombre siempre que sea posible.

7. Ofrecer servicio intuitivo predecir sus necesidades, estar preparados, nunca esperar a que nos pida algo.
8. Personalizar la experiencia, sorprendiendo y superando lo que esperan para crearles hermosos recuerdos.
9. Mantener limpieza y orden
10. La privacidad es clave, protegemos la información personal del huésped en todo momento.
11. Ofrecemos siempre asistencia al huésped y preguntarnos si hay algo que podamos hacer para mejorar su estancia.
12. Agradecemos a cada huésped su leal visita, por regresa con nosotros y por habernos elegido.

Misión del hotel: Ser la marca de hospitalidad que se destaca por brindar bienestar, que les permite a los huéspedes recuperar el control y mejorar su bienestar cuando más lo necesiten, en el transcurso de su viaje, para que puedan alcanzar la mejor versión de si mismos.

For a better you

La marca del bienestar

Los valores de la empresa

Intuitivo,

La magia de anticiparse

Personal,

La magia de conectarse emocionalmente

Renovarse

La magia de vivir nuestros pilares del bienestar

3. METODOLOGÍA

Esta investigación se realizará por un año haciendo encuestas a clientes de los diferentes hoteles 5 estrellas, en Hoteles Marriot en Puerto Vallarta, y Westin, en plan europeo.

Buscando cuántos clientes se reciben por año, y tomando muestras representativas

La seguridad como parte importante en el hotel, el cuidado de huésped en las áreas del hotel.

4. TRABAJOS CITADOS

Miranda, A. M. (2016). Redes sociales: herramienta de marketing internacional en el sector hotelero. *El Periplo Sustentable*, núm. 31,.

Moreno. (2007).

secturjal. (jun de 2021). <https://www.jalisco.gob.mx/es/prensa/noticias>. Obtenido de <https://www.jalisco.gob.mx/es/prensa/noticias>: <https://www.jalisco.gob.mx/es/prensa/noticias>

Figura 2 Gel sanitizante en las áreas



Fuente: Foto tomada en el hotel

Figura 3 Botes de basura especial para cubre bocas, guantes



Foto tomada en el hotel

Figura 4 sana distancia



Foto tomada en el hotel

Figura 5 dispensadores de gel



Foto tomada en el hotel

Figura 6 banner informativo protocolos



Foto tomada en el hotel banner indicativo protocolo seguridad

Figura 7 Teléfono de seguridad en área alberca



Foto tomada en el hotel

5. CONCLUSIONES

Este trabajo es de 2 meses de investigación en campo, directamente observando el hotel, sus empleados, áreas de servicio, asistiendo a reuniones con el personal involucrado que atiende la calidad y la línea de servicio a clientes, observando el gran avance que tienen por tener un servicio 24 horas, preocupados por el bienestar del cliente, y manteniendo sus estándares de calidad y servicio.

6. AGRADECIMIENTOS

Agradezco al Dr. Mauro Alejandro Monroy Ceseña por su recomendación para entrar a este congreso, a la doctora Elvia Marín Monroy por su enseñanza con transferencia tecnológica que nos empuja a escribir este tipo de artículos, a la Dra. Luz Amparo Delgado coordinadora del postgrado Doctorado en gestión de negocios.

7. REFERENCIAS

8. BIBLIOGRAFÍA

- Anahuac.mx. (Enero de 2020). *Anahuac.mx*. Obtenido de anahuac.mx/mexico/cicotur/sites/default/files/2020-04/01_Afectaciones_abril.pdf
- Antonio, M. J. (18 de abr de 2020). *Mercadotecnia electronica*. Obtenido de <https://sites.google.com/site/arcosige/subtema-2-1>
- Armendáriz*, M. B. (JULIO 2019). SOCIAL MMEDIA MARKETING PARA EL INCREMENTO DE PARTICIPACIÓN DEL MERCADO DE LA EMPRESA. *ISSN: 1696-8352*, <https://www.eumed.net/rev/oel/2019/07/empresa-frenoseguro-automotriz.html>.
- Arthur A. Thompson Jr, A. S. (2007). *ADMINISTRACION ESTRATEGICA*. MEXICO, D.F.: MCGRAW-HILL.
- Artyco. (23 de Ago de 2013). *artyco.com*. Obtenido de artyco.com/tag/marketing-relacional/page/3/
- BRANDING, L. (10 de AGOSTO de 2020). *LINEBRANDING.COM*. Obtenido de linebranding.com/las-redes-sociales-y-su-influencia-en-la-actualidad/

- Casani, F. (2018). Los nuevos modelos de negocios. *Universia Business Review*, 23.
- Compendio Estadístico del Turismo en México año 2015. (2015). *Entorno Turístico*. Obtenido de <https://www.entornoturistico.com/cuantos-hoteles-y-cuartos-de-hotel-hay-en-mexico/>
- DATATUR. (2019). https://www.datatur.sectur.gob.mx/ITxEF/ITxEF_JAL.aspx. Mexico, D.F.
- De la Torre, L. (2020). Las redes sociales: conceptos y teorías.
- Deming, S. (1950). Procesos de calidad. *Procesos de calidad* .
- Diaz, C. M. (2008). Como desarrollar de una manera comprensiva. Venezuela.
- Economista, J. P. (27 de Febrero de 2018). <http://incenta.com/es/blog/ecommerce-para-empresarios/>. Obtenido de www.incenta.com.es: <http://incenta.com/es/blog/ecommerce-para-empresarios/>
- Esteves, P. (JULIO de 2014). ANÁLISIS DEL SECTOR HOTELERO DE LUJO CASO WESTIN. Valencia, ESPAÑA.
- Fillol, G. (Mayo de 2020). *Gemmafillol.com*. Obtenido de <https://gemmafillol.com/>
- Galan, J. S. (2020). *economipedia.com*. Obtenido de Economipedia: <https://economipedia.com/definiciones/maximizacion-del-beneficio.html>
- Garcia, A. y. (2009). *sciencedirect.com*. Obtenido de [sciencedirect.com/science/article/pii/S113814421460022X](https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S113814421460022X)
- GEMMA CASCALES GARCÍA, L. F. (s.f.). CUADERNOS DE TURISMO 39, (2017) 131.148. *CUADERNOS DE TURISMO*, 131-148.
- Gonzalez, D. E. (05 de noviembre de 2020). damarisdiagnosticoorganizacional.blogspot.com. Obtenido de damarisdiagnosticoorganizacional.blogspot.com/2012/09/modelo-de-diagnostico-organizacional-de.html
- Hengsberger, A. (agosto de 2009). *Ignius.com.mx*. Obtenido de <http://ignius.com.mx/teoria-peter-drucker-innovacion-innovacion-solo-innovacion/>
- Hessket, J. (1 de octubre de 2014). La Gestión de Clientes y la «Cadena de Servicio – Beneficio. #PAXadvising twitter. Recuperado el 06 de diciembre de 2020, de <http://paxadvising.com/es:paxadvisinhttp://paxadvising.com/es/wp-content/themes/pax-es/images/pax.pngg.com/es/index.php/novedad/la-gestion-de-clientes-y-la-cadena-de-servicio-beneficio/>

- hosteltur.com/lat/111840_mexico-es-tercer-pais-hoteles-5-estrellas-mundo.html*. (27 de 10 de 2021). Obtenido de Última Hora Turismo Diario 2662 27.10.2021 | 23:58: https://www.hosteltur.com/lat/111840_mexico-es-tercer-pais-hoteles-5-estrellas-mundo.html
- <https://www.euroaula.com/>. (2020).
- HUERTA, J. M. (2020). *LOS GRUPOS FOCALES*.
- Ibañez, A. (2014). Nuevos modelos de relacion con el cliente. *DAEMON QUEST BY DELOITTE*, 16.
- Inour, R. (s.f.). CUESTION DE METODO. En R. Inour.
- Jair, F. (2021 de abr de 2020). *Modelo de negocio Canvas*. Obtenido de <https://es.slideshare.net/jairufranco/modelo-de-negocio-canvas-27938489>
- James R. Evans, L. M. (2008). *Administracion y control de calidad*. Santa Fe, Mexico D.F.: Editores, S.A. de C.V.
- Joseph, M. A. (2020). *Mercedes Benz driven to delight*.
- Kim, C. (2008). Estrategias del oceano azul. PROFIT.
- KIM, C. W. (2005). Profit.
- Kirberg, A. S. (2018). *Creatividad e Innovacion*. Alfa y Omega.
- Kotler, P. (2019). *Marketing Management*.
- Lucca, R. (ENERO de 2020). *DXMEDIA.NET*. Obtenido de <https://dxmedia.net/redes-sociales-usuarios-2020/>
- Marco, F. d. (s.f.). El capital humano como fuente de innovacion. *marketing ventas y liderazgo*. (2011). Obtenido de <https://marketingventasyliderazgo.wordpress.com/2012/04/02/estrategia-de-marketing-en-redes-sociales/amp/>: marketingventasyliderazgo.wordpress.com/2012/04/02/estrategia-de-marketing-en-redes-sociales/amp/
- marketing, I. d. (s.f.). *amara-marketing.com*. Obtenido de amara-marketing.com/blog-turismo/reservas-hoteles-mejores-casos-de-exito
- marketingandweb.es*. (s.f.). Obtenido de marketingandweb.es/marketing/14-consejos-de-com-a-vender-con-tu-ecommerce/
- Mellinas, J. P. (2016). El uso de redes sociales por los hoteles como indicativo de gestión eficiente. *Tourism and Management studies* .

- Mendes Thomaz, G., Augusto Biz, A., & G. Gândara, J. M. (Enero 2020). INNOVACIÓN EN LA PROMOCIÓN TURÍSTICA EN MEDIOS Y REDES SOCIALES. *INNOVACIÓN EN LA PROMOCIÓN TURÍSTICA EN MEDIOS Y REDES SOCIALES*.
- mexicocomovamos.mx*. (s.f.). Obtenido de <https://mexicocomovamos.mx/?s=contenido&id=1209>
- Miranda, A. M. (2016). Redes sociales: herramienta de marketing internacional en el sector hotelero. *El Periplo Sustentable*, núm. 31,.
- Miranda, A. M. (Julio de 2016). *scielo.org.mx. versión On-line ISSN 1870-9036 El periplo sustentable no.31 Toluca jul./dic. 2016*. Obtenido de [scielo.org.mx: scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-90362016000200012](https://scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-90362016000200012)
- Montoya. (2007).
- Montoya, C. y. (2016). EL RECURSO HUMANO COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL PARA LA GESTIÓN DE CALIDAD. *Vision de futuro*, 21.
- Moreno. (2007).
- Moreno, M. (2007). Análisis de la calidad del servicio hotelero mediante la escala SERVQUAL. *VISION GERENCIAL*, 29.
- Moreno, M. (25 de febrero de 2020). *Trece Bits.com*. Obtenido de <https://wtrecebits.com/2020/02/25/las-redes-sociales-mas-utilizadas-en-el-mundo-en-2020-video/>
- nueva-iso-9001-2015.com/2020/02/las-siete-enfermedades-mortales-de-la-gerencia-segun-el-ciclo-pdca/*. (2020). Obtenido de www.nueva-iso-9001-2015.com/2020/02/las-siete-enfermedades-mortales-de-la-gerencia-segun-el-ciclo-pdca/
- Ochoa, A. (12 de mayo de 2021). *acacia.org.mx*. Obtenido de http://acacia.org.mx/busqueda/pdf/EL_MARKETING_VIRAL_COMO ESTRATEGUA_GLOBALIZADORA_DE_LA_TEORIA_DE_REDES_SOCIALES_VIRTUALES.pdf
- paxadvising.com*. (2014). Obtenido de paxadvising.com/es/index.php/novedad/lagestion-de-clientes-y-la-cadena-de-servicio-beneficio/
- Peng. (2017). *Negocios Globales*. Cengage Learning Editores SA de CV,.
- Perez, P. M. (Dic 15, 2014). Selección de personal por competencias en las empresas de servicios. . *REVISTA CURN*, <https://doi.org/10.22519/22157360.703>.

- Periodico, P. d. (23 de Abr de 2018). Puerto Vallarta fue nombrada la ciudad mas amigable del mundo. *Vallarta today*, págs.
<https://www.vallartatoday.com/es/noticias-titulares-puerto-vallarta/puerto-vallarta-noticias-del-pasado/noticias-nacionales-de-vallarta/puerto-vallarta-ciudad-m%C3%A1s-amigable-del-mundo-y-1-para-jubilaci%C3%B3n#:~:text=Puerto%20Vallarta%20fue%20nombrado%20>.
- Pertierra Cánepa, F. M. (2010). Catedra del entreprenurship. Argentina.
- Peso, J. J. (2014). Nuevos modelos de relacion con el cliente. *The marketing intelligence review*, 16. Obtenido de 2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/es/Documents/operaciones/Deloitte_ES_Operaciones_DQ-MIR-30.pdf
- PINTO, A. (1988). NACIONES UNIDAS, COMISION ECONOMICA PARA AMERICA LATINA Y EL CARIBE. *CEPAL NUMERO 36, BUENOS AIRES ARGENTINA*.
- Prokopenko, J. (1989). La Gestion de la productividad. Ginebra Suiza: Oficina internacional del trabajo.
- Quispe, E. (1 de Julio de 2016). LA COMPETITIVIDAD DE LAS AGENCIAS DE VIAJE Y OPERADORAS DE TURISMO, BASADO EN EL MODELO DE MICHAEL PORTER.
dgarquispe.wordpress.com/2016/07/01/la-competitividad-de-las-agencias-de-viaje-y-operadoras-de-turismo-basado-en-el-modelo-de-michael-porter/. El Alto, Bolivia.
- Rdstation.com*. (s.f.). Obtenido de rdstation.com/mx/redes-sociales/
- Rodriguez, B. (25 de Octubre de 2016). *strategiaonline.es*. Obtenido de [strategiaonline.es: http://www.strategiaonline.es/tendencias-y-errores-que-cometemos-en-las-redes-sociales/](http://www.strategiaonline.es/tendencias-y-errores-que-cometemos-en-las-redes-sociales/)
- rperiplo.uaemex.mx*. (s.f.). Obtenido de <https://rperiplo.uaemex.mx/article/view/4893/3415>
- Ruth Josefina Alcántara Hernández, [J. A. (s.f.). *uaeh.edu.mx. Redes sociales en el marketing*. Obtenido de <https://www.uaeh.edu.mx/scige/boletin/icea/n10/e2.html>
- Ruth, S. (s.f.). TODO ES TEORIA.
- SAMUELSON A. PAUL, W. D. (2010). *MACROECONOMIA 19 EDICION*. MEXICO, D.F.: Mc GRAW HILL.
- Sauto. (2001). Todo es teoria.
- secturjal. (jun de 2021). <https://www.jalisco.gob.mx/es/prensa/noticias>. Obtenido de <https://www.jalisco.gob.mx/es/prensa/noticias>
<https://www.jalisco.gob.mx/es/prensa/noticias>

- Silva, R. (2021). Calidad, Eficacia y Cambio en Educación. *REICE. Revista Iberoamericana sobre Calidad, eficacia y cambio en educacion*, 27.
- STATISTA.COM. (s.f.). Obtenido de <https://es.statista.com/grafico/21245/desempleados-por-la-crisis-del-covid-19/>
- Talaya, A. E. (08 de Febrero de 2008). *ucm.es/6609/1/9601.pdf*. Obtenido de UCM: <https://eprints.ucm.es/6609/1/9601.pdf>
- Tecnovoz. (2020). *www.tecnovoz.com*. Obtenido de <https://www.tecnovoz.com/6-barreras-para-la-atencion-al-cliente-en-redes-sociales/>
- travel, S. (09 de noviembre de 2020). *Smart travel news*. Obtenido de smartravel.news/5-tendencias-sector-hotelero-2020-segun-trivago/
- VICTORIANO, G. A. (2005). *Mejoras para la calidad*. Obtenido de <https://mejoras-para-la-calidad-avg.weebly.com/deming.html>
- WWW.BIBLIOTECA.FUNDACIONICBC.EDU.AR. (05 de NOV de 2020). Obtenido de https://www.biblioteca.fundacionicbc.edu.ar/images/0/02/Calidad_Total_1-00.pdf
- Ynour, R. (2014). Cuestion de Metodo.
- Yonque, J. (2002). https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/indata/v05_n1/kaisen.htm. Obtenido de https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/indata/v05_n1/kaisen.htm
- Zedillo, E. (2017). La ultima decada y el futuro de la globalizacion.

ANÁLISIS DEL NIVEL DE SATISFACCIÓN DE LOS CLIENTES EN LA COMPRA DE ALIMENTOS Y LA UTILIZACIÓN DE TRANSPORTE PRIVADO MEDIANTE EL USO DE APLICACIONES MÓVILES EN LA ZONA URBANA DE CUENCA

SAMANTHA ALVARADO

Universidad Politécnica Salesiana, Ecuador

JOSÉ MORQUECHO

Universidad Politécnica Salesiana, Ecuador

GABRIELA ARAUJO OCHOA

Universidad Politécnica Salesiana, Ecuador

1. INTRODUCCIÓN

En el tiempo actual, las aplicaciones de los teléfonos inteligentes se han convertido en elementos cotidianos de nuestras vidas. Con ellas podemos jugar, realizar trámites bancarios, hacer compras en línea, conocer personas mediante redes sociales, pedir comida por delivery, incentivar y controlar actividades deportivas para mejorar la salud, solicitar un servicio de transporte privado, etc. toda actividad que se pueda realizar, tiene app que puedo hacerlo por ti (Rodríguez Canfranc, 2019)

El uso del teléfono móvil ha representado grandes cambios en todos los estratos sociales, debido al uso constante de las mismas. Según la Unión Internacional de Telecomunicaciones, en 2012 había 91 usuarios de teléfonos móviles por cada 100 personas en la Tierra (Elder, Samarajiva, Gillwald, & Galperin, 2014).

El desarrollo de las tecnologías en la última década ha tenido un impacto global, lo que ha influenciado a una mayor utilización de aplicaciones móviles, representado éstas un sin número de ventajas competitivas para las empresas (Rivas & Ildefonso Grande, 2017, pág. 408). Las aplicaciones han pasado a formar parte de los hábitos de consumo de

los usuarios de Smartphone y tabletas, tanto por los servicios que prestan como por los contenidos a los que dan acceso (Arroyo, 2011, pág. 67).

Lo digital y lo virtual se ha impuesto. Según parece, de momento, colma nuestras necesidades y facilita nuestro día a día, que ciertamente se ha adaptado igual de rápido al nuevo medio, tanto como el medio a nosotros (Juárez, Medina, & López García, 2017, pág. 35).

1.1. COMERCIO ELECTRÓNICO: APLICACIONES MÓVILES

El Comercio electrónico se puede definir como la compra – venta de productos y servicios a través de sistemas electrónicos, principalmente internet (Somalo Peciña, 2017, pág. 14). Con Internet se tienden a reducir eslabones de la cadena de comercialización, haciéndose cada vez más eficientes, expeditas y rápidas las estructuras empresariales (Espinoza, 2013, pág. 46).

En la actualidad, el comercio electrónico ha tenido un incremento, y lo seguirá teniendo, con lo que generará grandes ingresos, tanto en las redes, en los empleos que utilizan las apps para mejorar las ventas y en lo social, ya que las personas cada día más aumentan el uso de esta app para simplificar varias actividades (Gariboldi, 1999). Tomando en consideración, que los emprendimientos que no superan las limitaciones tienden al quiebre del negocio (Díaz S. et al.,2021), y el aspecto tecnológico en la actualidad es indispensable.

Según (INEC, 2018, pág. 22) en 2018, el porcentaje de personas que tienen teléfono inteligente fue de 41.4% y del año 2017 fue de 37.2% dando como resultado un aumento de 4.2 puntos porcentuales a nivel nacional. El aumento de la demanda de Smartphone y de dispositivos móviles, que permiten la utilización de múltiples herramientas para funcionar; ha innovado la manera de realizar negocios a comparación de lo era en años anteriores, (Fischer & Espejo, 2017). Según estudios durante el 2021 se prevé que el número de descargas alcance los 353000 millones. Es decir que cada persona tendría unas 46 aplicaciones en su teléfono (Universo, 2019).

Las aplicaciones ofrecen la posibilidad adicional de colocar publicidad en formato de pantalla completa ya sea al momento del arranque de la aplicación (pre-roll) o como cuando el usuario desea cerrar la misma (post-roll) (Mobile Marketing Handbook, 2012, pág. 22). Los contenidos habituales son los relativos a información sobre promociones y localización de los puntos de venta. En segundo lugar, se encuentra “Información sobre productos”, A continuación, y en menor medida, las apps presentan una sección para consultar las condiciones legales de uso (Martínez Sala & Peña Acuña, 2018, pág. 10).

En el contexto de la tecnología digital, el comercio electrónico dejó de ser una opción para convertirse en una necesidad, ya que al haberse convertido en una herramienta de utilización diaria, al no poseerlo en tu negocio, no se podrá competir con otras empresas que las manejan y se benefician de la simplificación de actividades ahorrando tiempo y dinero e incluso atrayendo a más usuarios (Gariboldi, 1999).

A través del uso de las apps se reduce el tiempo al realizar una venta, se puede comprar un artículo desde que se encuentre en cualquier parte del mundo, se puede hablar directamente con el propietario, también se puede promocionar tu producto o servicio y tener un mayor alcance, por estas razones las apps se han convertido en un instrumento muy valorado para las ventas (Zurita Polo, Monge Moreno, & Montoya Ramirez, 2019).

Desde el punto de vista del comprador, el internet permite que el consumidor o usuario pueda adquirir el producto que él desee y lo puede pedir en cualquier momento que desee, Desde el punto de vista del vendedor, tiene la oportunidad de manejar la publicidad mediante redes sociales, reduciendo los costos, mejorando también el alcance a más público con una gran variedad de estrategias que se pueden realizar, y de esta manera mantener activo el sitio web (Encalada Tenorio, Sandoya Mayorga, Troya Terranova, & Camacho Villota, 2019).

Actualmente las aplicaciones para transporte también son muy utilizadas, tomando en cuenta que anteriormente era necesario realizar una llamada y era necesario esperar por un largo tiempo ya que también dependía de la cantidad de unidades de transporte que hubiera en ese

momento y de esas cuantas estuvieran más próxima a la ubicación del cliente (González, 2018). Lo que generaba poca fidelización como lo indican (Escandón M. & Aguirre Maxi, pág. 16), las razones por las que un usuario se decide a usar el servicio son por urgencia (46%) y rapidez (24%). Genera este particular baja fidelización del cliente, siendo interesante observar que en su mayoría el servicio es más aceptado por el público femenino.

Se considera que las cooperativas de taxi están obligadas a desarrollar las propias plataformas que les permitan competir con las multinacionales (Telégrafo, 2018). Pues el mercado que utiliza este transporte es extenso y aunque las técnicas anteriores para conseguir un taxi aún podrán ser utilizadas, el futuro predice que las aplicaciones reemplazarán cualquier otra forma de uso del transporte privado por la facilidad de solicitarlo y la seguridad que le da al usuario (Telégrafo, 2018). Los establecimientos que hacen uso de las redes sociales y aplicaciones móviles han conseguido, en términos generales, que, los objetivos empresariales se cumplan, la relación con el cliente sea más cercana, rapidez en el servicio entregado, y que los objetivos publicitarios se cumplan con eficacia, obteniendo resultados mucho mejores que los esperados al reducir los costos (Aucay Piedra & Herrera Torres, 2017).

La incorporación de las TIC y específicamente de las Redes Sociales a través de APPs en el ámbito gastronómico y establecimientos turísticos de alimentos y bebidas se puede acceder a un sin número de información sobre los usuarios, para cumplir con las expectativas que el cliente espera al consumir el producto o recibir el servicio (Zurita Polo, Monge Moreno, & Montoya Ramirez, 2019).

“Ecuador se está convirtiendo en un país digital. El surgimiento de la web es positivo, ahora todos somos consumidores digitales, Los medios digitales de Ecuador deben comprender que su medio es una empresa, su producto es la información” (Punín, Martínez, & Rencoret, 2013, pág. 7).

En Ecuador las empresas que han aprovechado esta nueva forma de comercio realizan la entrega de comida, medicina, bebidas, y artículos varios (Lideres, 2020). El 2014 fue el *boom* para las aplicaciones de servicios, ya que cada vez más personas empiezan a usarlas dado cada día

aparecen nuevas aplicaciones que se pueden utilizar sin tener que salir del hogar(Comercio, 2015). Los usuarios ecuatorianos muestran los domingos como su día preferencial de consumo, seguido del sábado y viernes en un rango de horario entre las 19h00 a 21h00. El consumo promedio al momento de usar el servicio delivery es de \$17 dólares. Los usuarios piden en mayor cantidad: Pollo 20%, Pizza 17%, Sushi 16%, Hamburguesas 12%, Comida china 9%, Carnes y Parrilla con un 8%, (Universo, 2018).

Las principales empresas que ofrecen entrega de alimentos a domicilio representan el 60% de los negocios utiliza aplicaciones móviles para mejorar sus ventas. Esto según un estudio de marketing que la compañía hace periódicamente, lo también muestra que un 63% de los usuarios de internet realizan la compra de alimentos por medios electrónicos (Universidad espiritu santo, 2017, pág. 39)

1.2. SATISFACCIÓN DEL CLIENTE

Según la Norma ISO 9000: “Sistemas de Gestión de Calidad – Fundamentos y Vocabulario”, el término “Satisfacción del cliente” se define como “Percepción del cliente sobre el grado en que se han cumplido sus requisitos” (ISO, 2015).

En la actualidad las empresas de servicios no pueden subsistir por el simple hecho de *realizar bien su trabajo*; el éxito está en realizar este, enfocado en cumplir y satisfacer los requerimientos del cliente, ya que la competencia de empresas de servicio tiene una gran variedad de opciones, los propietarios deben elaborar un plan estratégico en el que el cliente pueda apreciar la diferencia a comparación con las demás organizaciones (Chávez Vivó, 2012). Las empresas se mueven en un medio altamente cambiante y poco predecible (Duarte Cueva, 2010).

Para lograr elevar la satisfacción del cliente, es necesario brindar un servicio con calidad, para lograr que el cliente se fidelice con la marco, para obtener esto se necesita invertir varios recursos mejorando altamente lo índices de satisfacción.(Chávez Vivó, 2012)

La tecnología moderna ha revolucionado la habilidad de tener una gran cantidad de fuentes de información con sólo un movimiento de dedo

(San Mauro Martín, González Fernández, & Collado Yurrita, 2014, pág. 2). Lo más importante de este eslabón de la cadena es que está enfocado en el servicio al cliente, lo que se conoce como e-service. La relación entre el proveedor o dueño de la información y el usuario móvil. (Reyes Guerrero & Cavazos Arroyo, 2014, pág. 30).

No se trata de que el servicio sea entregado al cliente de forma correcta, sin errores, técnicamente perfecto. Se trata de que la experiencia del cliente en todos sus tratos, contactos e interrelaciones con la empresa sea memorable, digna de ser recordada con agrado y de ser contada con alegría a parientes, amigos, relacionados y colegas (Alcaide, 2015, pág. 20). Esto se refleja con el caso de una app de venta online, si la aplicación funciona de forma adecuada, pero la cuestión logística no responde a los estándares de calidad ni de la marca ni de la aplicación, proporciona como consecuencia un deterioro de la imagen de marca debido a que daña la percepción del usuario/comprador (Gonzalez Romo & Contreras Espinosa, 2012, pág. 9).

Los consumidores que son tratados con amabilidad y respeto, tienden a volver a comprar en el mismo lugar e incluso recomendar a conocidos, amigos y familiares (Moliner Velázquez & Berenguer Contri, 2011), La clave en los negocios exitosos es la satisfacción que se le brinda a los clientes por lo tanto la satisfacción está condicionada por la calidad de servicio que perciben los usuarios y por ende el trato que brinden los empleados (Santos, 2003).

Las aplicaciones móviles más solicitadas en la web son aquellas que van de la mano con la demanda del mercado, por lo tanto, están en la capacidad de disminuir tiempos de respuesta, analizar datos relevantes, optimizar las fuerzas de ventas, manejo correcto de la mercadería, observar en tiempo real comportamientos del mercado y satisfacción del cliente lo cual le da un aspecto sobresaliente para la empresa y para el mercado nacional (Rouillon Puig-Mir, 2015). El Ecuador tiene mucho potencial para explorar principalmente en el ámbito de uso de internet, compras, ventas y medios de comunicación (Acosta, Yagual Velestegui, & Coronel Pérez, 2018, pág. 9).

2. OBJETIVOS

2.1. OBJETIVO GENERAL

Analizar del nivel de satisfacción en la compra de alimentos y la utilización de transporte privado mediante el uso de aplicaciones móviles en la zona urbana de la ciudad de Cuenca.

2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Investigar el nivel de seguridad al utilizar aplicaciones móviles de entrega a domicilio y utilización de transporte privado.
- Conocer las aplicaciones que más son manejadas por los usuarios para adquirir sus productos o pedir el servicio de transporte y la frecuencia con la que el usuario realiza los pedidos.
- Describir las razones por las que los clientes prefieren la utilización de aplicaciones antes que acercarse al local a consumir el producto.

3. METODOLOGÍA

Para el desarrollo de la investigación se evaluó diferentes parámetros del cliente en cuanto al uso de aplicaciones móviles, que serán analizados en los resultados, para ello se tomó la población total de la ciudad de Cuenca. Se trabajó mediante un enfoque cuantitativo, basándose en un análisis estadístico y un alcance descriptivo con el fin de establecer pautas de comportamiento de personas, grupos, comunidades, procesos, objetivos, etc. para posteriormente seleccionar el tamaño de la muestra para lo cual se utilizó un método probabilístico y muestra estratificada de acuerdo a diferentes parámetros que se apeguen a las características necesarias para poder describir cada detalle del nivel de satisfacción del usuario, así que de toda la población de la ciudad de Cuenca, el número de personas que tienen teléfonos inteligentes son 22418 y aplicando la fórmula de poblaciones finitas se consigue el tamaño de la muestra de 378, a la cual se le aplicó un cuestionario que es uno de los métodos más utilizados para medir el grado de satisfacción que el cliente

presenta; el mismo estuvo elaborado de tal manera que el usuario pudiera brindar información completa al responder cada pregunta, y de esta manera los resultados recopilados sean lo más precisos posibles. A partir del cuestionario se analizó de manera cuantitativa y descriptiva el número de personas que optaban por escoger una aplicación móvil para adquirir alimentos o solicitar el servicio de taxi, o de igual manera por ejemplo se pudo cuantificar y describir las principales razones por las cuales el cliente estaba satisfecho o insatisfecho. Para la obtención de datos se aplicó preguntas basadas en una escala de Likert siendo (5) Muy Satisfecho y (1) Nada Satisfecho adicional a eso se aplicaron preguntas de información del cliente para poder elaborar un perfil del usuario que usualmente usa estas aplicaciones.

4. RESULTADOS

Los resultados obtenidos a partir de la investigación se presentarán en dos partes, la primera se presentará la explicación de los objetivos de la utilización de aplicaciones móviles para la compra de alimentos y el nivel de satisfacción al utilizar esta app, la segunda parte mostrará los resultados obtenidos al utilizar aplicaciones móviles para solicitar el servicio de transporte privado y el respectivo nivel de satisfacción que el usuario percibe al utilizar estas aplicaciones.

Para la investigación se realizó una encuesta a 378 personas con un rango de edad de 20 a 60 años, después de verificar la respectiva información los resultados muestran que las edades que presentan el mayor uso de aplicaciones móviles son las edades que se encuentran en el rango de 20-24 años con un porcentaje de 22.49% seguida por el rango de 25-29 años y 30-34 años con porcentajes de 19.84% y 19.58% respectivamente. También se pudo observar que el sexo Femenino lidera el uso de aplicaciones con un porcentaje de 53.97% con respecto a los caballeros, y el nivel de ingreso que muestran los clientes que usan dichas aplicaciones móviles están en un rango de \$401 - \$800.

4.1. PRIMERA PARTE

En Cuenca a lo largo del tiempo la manera en la que las empresas de comida se desarrollan y llegan al cliente final han ido evolucionando y adaptándose a las nuevas necesidades del cliente, por lo que a partir de la investigación se puede afirmar que el 71,96% de la población estudiada actualmente están utilizando una app para solicitar alimentos a domicilio, mientras que tan solo el 28.04% aún no están familiarizados con esta nueva modalidad que ha revolucionado el mercado Cuencano.

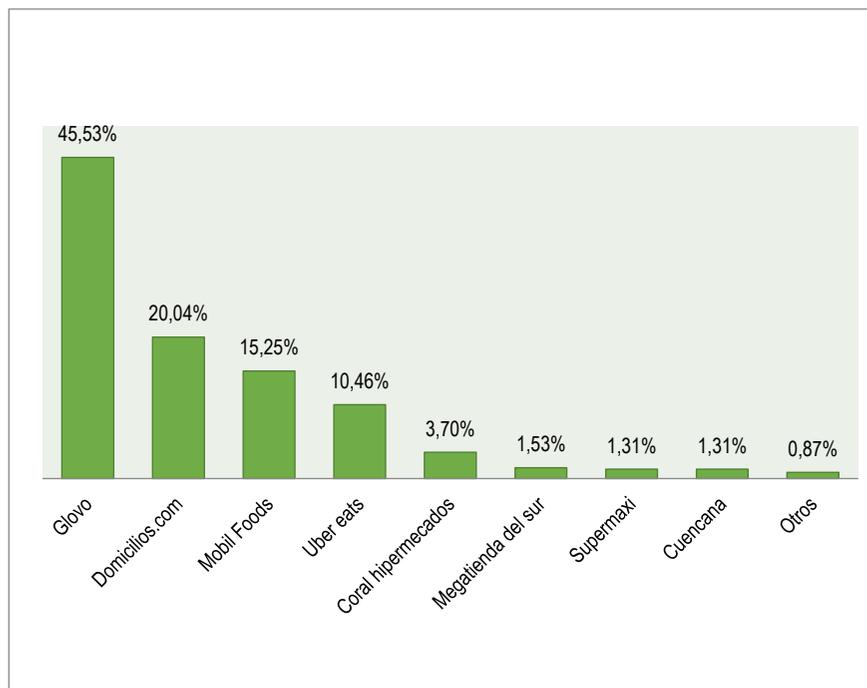
Las investigaciones muestran que de las personas encuestadas un 79.41% se sienten seguros al proporcionar sus datos al momento del registro en las aplicaciones móviles para solicitar alimentos, mientras que tan solo el 20.59% de los encuestados expresaron no sentir seguridad al tener que ingresar los datos en la aplicación, para poder adquirir el servicio, a pesar de que Cuenca es un mercado en el cual aún se tiene el temor al consumir un producto al pedirlo por internet, el auge de estos servicios apenas comienza, y las organizaciones han realizado un gran trabajo al lograr que los productos sean consumidos y aceptados por varias razones, las principales fueron:

- Inseguridad por el robo cibernético, al brindar información personal como: nombre, número telefónico, ubicación o número de tarjeta bancaria. Por el mal uso que las empresas pudieran darles a los datos que se obtienen al ingresar en la aplicación.
- Exceso de publicidad, o también llamado Mailyng, con la que inundan tanto correos electrónicos como sus teléfonos celulares ya sea con promociones u ofertas de los restaurantes y supermercados que se encuentran registrados en cada una de las aplicaciones.
- Otras razones que no fueron especificados por los usuarios.

En la Ciudad de Cuenca existen varias aplicaciones que ofrecen estos servicios, por lo que en el (gráfico 1) se muestra las aplicaciones que se localizan posicionadas en el mercado, según el grado de utilización de los clientes, mostrando cuales son las que se encuentran en el top of

mind del consumidor, por distintas razones, y por el tiempo que se encuentran laborando en mercado Cuencano han logrado ser las aplicaciones con mayores descargas.

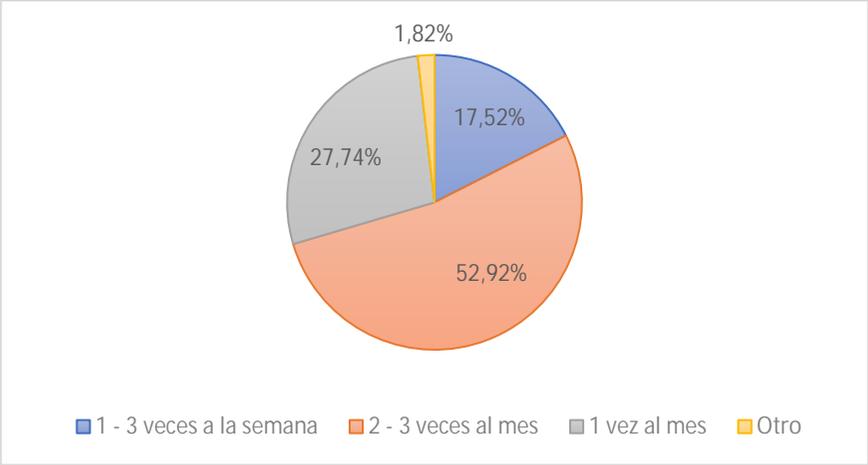
GRÁFICO 1. *Aplicaciones Móviles Utilizadas para la compra de alimentos*



Fuente: Elaboración Propia

Los resultados arrojan, que la frecuencia de pedidos es bastante continua, (véase gráfico 2) Por lo que se han intensificado la descarga de las aplicaciones y por ende las ordenes de pedidos también se han multiplicado, incluso un mayor número de vehículos motorizados se han sumado a esta nueva modalidad para obtener comida, teniendo presencia de empresas tanto nacionales como internacionales, que han desarrollado técnicas para que las personas se familiaricen cada día más con la tecnología.

GRÁFICO 2. Frecuencia de Pedidos mediante las APPs



Fuente: Elaboración Propia

Como lo muestran los resultados, existen un gran porcentaje de personas que usan las aplicaciones para adquirir alimentos, esto se ha conseguido debido al prestigio que las empresas han logrado crear y ha generado que el usuario las prefiera, demostrando ser útiles y facilitando la vida de quienes las manejan. Estas aplicaciones son utilizadas por varias razones que se exponen a continuación según el grado de importancia que le da el cliente para escoger utilizar una aplicación móvil o página web:

- Comodidad: el 26.10% de los encuestados indicaron que mediante el dispositivo móvil se puede acceder de manera rápida y fácil a todas las aplicaciones y páginas web, sin tener que salir del confort del hogar, brindando al cliente mayor bienestar. Lo cual repercute como una ventaja para las empresas, dado que la experiencia que genera la compra al consumidor crea fidelización del cliente.
- Falta de Tiempo: 17.65% de la población estudiada, expresó que para el usuario el poder optimizar el tiempo al no tener que viajar hasta el local comercial para adquirir los alimentos, le resulta muy eficiente al poder ocupar su tiempo en otras actividades.

- Gustos y preferencias: 13.24% de los clientes indico que esta era la razón por la que utilizaban las aplicaciones móviles debido a que la ciudadanía cuencana tiene una cultura de consumismo, por lo que muchos de los habitantes, adquieren sus alimentos mediante estos medios ya sea por la gran variedad de productos, que van desde comida rápida hasta comida vegetariana o por la gran cantidad de restaurantes disponibles en las diferentes aplicaciones.
- Rapidez: 12.13% mencionan que mientras más se pueda optimizar el tiempo mayor será el agrado del cliente, por lo que al manejar tiempos cortos de entrega transmiten al consumidor final la sensación de que su orden fue preparada al instante, como hubiera ocurrido si estuviera físicamente en el restaurante. De esta manera las empresas que brindan el servicio le muestran al cliente la eficacia con la que trabajan.
- Ocasiones Especiales: 11.40% de la población indicaron que únicamente adquieren los productos con esta modalidad, por razones específicas, (Cumpleaños, reuniones, trabajo, entre otras) por lo que se puede evidenciar poca frecuencia del uso de estas aplicaciones en su vida cotidiana.
- Pandemia: Durante la emergencia sanitaria hubo un alto auge de personas que optaron por este servicio para adquirir los alimentos de manera segura y evitar aglomeraciones, como también según la investigación el 9.19% optó por utilizarlas únicamente por la necesidad ya que antes no solían hacerlo.
- Seguridad: Las entregas realizadas con gran cuidado hacen que el cliente prefiera utilizar las aplicaciones por todas las razones antes mencionadas, ya que al acercarse al local reciben el mismo servicio, pero les toma más tiempo, y al comprobar que sus alimentos van a llegar en perfecto estado el costo de oportunidad es mucho menor que ir personalmente por los alimentos. Por lo que el 6.62% dijeron ser esta su razón fundamental.

- Otras: el 3.68% de las personas investigadas expresaron otras razones que no fueron especificadas.
- A partir de los estudios, se pudo conocer el nivel de satisfacción que el usuario tiene al momento de recibir el servicio, se puede observar que el usuario se encuentra muy satisfecho con el servicio que están recibiendo (véase tabla 1) ya que la empresa está cumpliendo las expectativas del cliente en su mayoría, por lo que las quejas que se reciben son muy pocas.

TABLA 1. Nivel de satisfacción al utilizar aplicaciones móviles para solicitar alimentos

	Nada Satisfactorio	Poco Satisfactorio	Indiferente	Satisfactorio	Muy Satisfactorio
	1	2	3	4	5
Calidad del Servicio	3	1	9	75	191
Precio	7	20	45	105	100
Publicidad	3	8	47	100	116
Seguridad en la entrega	0	2	18	90	117
Tiempo de espera	5	17	39	98	114
Facilidad de manejo	1	9	34	120	110
Accesibilidad a mayor cantidad de restaurantes	3	10	43	108	109

Fuente: Elaboración propia

A pesar de que las empresas que brindan el servicio de comida rápida se encuentran gran tiempo en el mercado, han ido ganando territorio rápidamente ya que según la investigación los usuarios llevan utilizando las aplicaciones de 6 meses – 1 año, quienes escogieron este rango representan el 57.25% de la población a la que fue aplicada la encuesta, por lo que se podría decir que el servicio es bastante eficiente, y es por ello por lo que las personas siguen utilizando el servicio de manera regular.

4.2 SEGUNDA PARTE

En la ciudad de Cuenca el pedir el servicio de transporte privado ha dado un giro radical pues se pasó de solicitar por medio de una llamada telefónica, o salir a la calle para poder conseguir un taxi, a lo que hoy en día gracias a la tecnología, podemos solicitar este tipo de transporte a través de un Smartphone con solo descargar una aplicación, que brinda confianza y seguridad a los usuarios. Haciendo que las empresas que ofertan este servicio tengan mucho más alcance a mayor parte de los ciudadanos.

- En Ecuador se realizaron 52.500 instalaciones de cámaras de seguridad, botones de auxilio (junto al conductor, en asientos posteriores y cajueta) y sistema de rastreo a las unidades que brinda el servicio de taxi. En la provincia del Azuay para agosto de 2018 se atendió 151 alarmas de auxilio (El Telégrafo, 2018), Por lo que los usuarios optaron por buscar un sistema que les represente íntegra seguridad al momento de movilizarse, y es entonces cuando la descarga de aplicaciones móviles para solicitar este servicio aumentó.
- Por tales eventos los resultados arrojaron que de las personas a quienes se les aplicó las encuestas el 78.57% se siente seguro al utilizar una aplicación móvil para poder trasladarse ya que con ellas pueden conocer el perfil de la persona que los transportará e igual pueden enviar la información a otras personas, para que se pueda tener la certeza de que van a estar seguros, por todos estos motivos el porcentaje de personas que sentían desconfianza al utilizar esta modalidad fue únicamente del 21.43%.

Debido a la seguridad que los usuarios dicen tener al utilizar estas aplicaciones, las descargas de app ha incrementado, y en este caso, la empresa AZUTAXI es la que se encuentra liderando el mercado, con un 86,15% de personas que indicaron utilizar esta aplicación en su vida cotidiana, la misma cuenta con una aplicación para los conductores y otra para los usuarios, así el conductor puede tener la ubicación en tiempo real de la persona solicitante, y atender las solicitudes de manera

eficiente, con menos tiempo de espera para los clientes, así mismo los usuarios mediante la app pueden observar cuantas unidades se encuentran cerca de su ubicación.

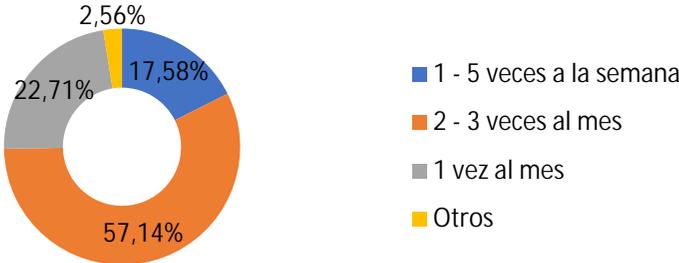
GRÁFICO 3. Aplicaciones móviles más utilizadas para solicitar el servicio de taxi



Fuente: Elaboración propia

Para poder determinar cuál es el alcance que las aplicaciones tienen, se ha investigado la frecuencia con la que el usuario solicita el servicio (véase gráfico 4), con esto también se puede determinar si este servicio va subir en número de usuarios o va a bajar, todo esto a partir de las veces que el usuario hace uso del mismo, teniendo un mayor número de solicitudes en la noche y la madrugada con 42.47% y 24,69% respectivamente, lo que también respalda que los usuarios, tienden a usar estas app para garantizar su seguridad.

GRÁFICO 4. Frecuencia de uso de las aplicaciones para solicitar el servicio de taxi



Fuente: Elaboración Propia

Después de tener el enfoque de la frecuencia se investigó las principales razones por las que los usuarios prefieren utilizar una aplicación móvil, entre las que destacan las siguientes:

- Seguridad: Por los índices de inseguridad que el país tiene que sobrellevar, y que poco a poco se ha ido apoderando de cada una de las regiones, y al ser Cuenca una de las principales Ciudades del país existe un mayor riesgo de sufrir lo que es llamado un secuestro express.
- Rapidez: Cuenca al ser una ciudad con gran extensión geográfica, y con un gran número de habitantes, tiende a tener más embotellamientos de tráfico, en especial al usar el transporte público, por lo que, al utilizar un taxi, se reduce el tiempo de viaje, en especial en las llamadas horas pico.
- Comodidad: los usuarios prefieren elegir un taxi, ya que, al utilizar el transporte público, se puede llegar a tener una gran cantidad de inconvenientes, los cuales al utilizar un taxi no sucederían, de igual manera el cliente, puede movilizarse de manera más calmada sin incomodidades.
- Pandemia: debido a la emergencia sanitaria, una opción muy factible es la utilización del servicio de taxi, para evitar utilizar el transporte público, en donde se puede aglomerar gran cantidad de personas, o se corre el riesgo de contagiarse ya que muchas personas pueden utilizar el transporte, mientras que, al utilizar un taxi, el riesgo de contagiarse se reduce en gran cantidad.
- Sin costo adicional: un gran beneficio de las aplicaciones es que no tiene costo de descarga, y se puede solicitar un taxi desde cualquier lugar de la ciudad y el conductor no le adiciona ningún recargo al cliente.

Según los datos se puede observar que por lo general el cliente recibe un buen servicio, y lo percibe como muy satisfactorio, la única razón que muestra que el número de personas que escogió un valor muy similar en la escala es Publicidad, misma que hace referencia a la

publicidad que sea en redes sociales o mediante otros medios, pues si bien, la única publicidad se encuentra es en las unidades de taxi, por lo que si el usuario no acostumbra usar este servicio, la probabilidad de llegar a conocer la aplicación es muy baja.

Otra causa para que el rango de publicidad no varíe fue que las aplicaciones para solicitar taxi no anuncian promociones u ofertas, que son una manera de enganche muy utilizada, con eso se demuestra que la publicidad es bastante escasa por parte de estas empresas.

TABLA 2. Nivel de Satisfacción al utilizar aplicaciones móviles para solicitar el servicio de taxi

	Nada Satisfactorio	Poco Satisfactorio	Indiferente	Satisfactorio	Muy Satisfactorio
	1	2	3	4	5
Calidad del Servicio	1	2	5	62	207
Precio	0	2	14	138	122
Publicidad	11	39	68	81	78
Seguridad	0	2	17	70	185
Tiempo de espera	1	11	18	81	163
Facilidad de manejo de la app	0	16	37	103	121
Facilidad para llegar al cualquier punto de la ciudad	0	5	28	111	129

Fuente: Elaboración propia

La satisfacción al momento de utilizar las aplicaciones móviles para solicitar alimentos, tiene varios parámetros que se deben cumplir, uno de ellos es el tipo de transporte en el que los alimentos son entregados, respecto a esto, el 93.84% de los investigados mencionaron haber recibido su pedido mediante este transporte y también se mencionó las razones por las que este medio es adecuado o inadecuado (véase tabla 3), mediante lo cual se puede observar algunas de las cosas que pueden hacer que el cliente opte por no utilizar este medio para adquirir sus compras.

TABLA 3. Razones por la que el transporte adecuado o inadecuado

TRANSPORTE ADECUADO	TRANSPORTE INADECUADO
Rapidez en la entrega al utilizar este transporte	La incorrecta adecuación del transporte, ya que tienen un apartado para introducir los alimentos, sin embargo, para alimentos que contienen líquidos es bastante inseguro ya que suelen derramarse.
El costo de transporte es mínimo por la cantidad de combustible que las motocicletas requieren.	La incorrecta conducción puede ocasionar accidentes.
Con este medio de transporte la entrega tiene mayor seguridad por la facilidad de conducir este medio en la ciudad.	Demora en la entrega
Las personas que realizan delivery han adecuado el transporte para poder transportar los alimentos de manera segura.	

Fuente: Elaboración propia

5. DISCUSIÓN

El estudio de aplicaciones móviles suele ser muy extenso debido a los múltiples usos que se les puede dar, en este caso en el presente estudio se ha realizado un análisis muy puntual en lo referente a la compra de comida y utilización de transporte privado.

Se debe tomar en cuenta que, el uso de aplicaciones móviles involucra un estudio de mercado, tomando en cuenta aspectos como la edad, el sexo, inclusive la cultura, puesto que en muchas regiones que no se utilizan comúnmente este tipo de aplicaciones, es porque todavía existe desconfianza generada por el desconocimiento del proceso de compra virtual.

En la actualidad, con la aparición de la pandemia, y según la investigación realizada, el uso de aplicaciones móviles ha aumentado, sería importante conocer métodos que ayuden a mantener este crecimiento e incluso ayuden a los usuarios a conocer sus ventajas con lo que se complementaría la investigación.

6. CONCLUSIONES

El incremento de las aplicaciones móviles en Cuenca ha revelado una tendencia creciente en los últimos años, ya que son varias las empresas que ingresan a la industria, y los pedidos diarios también han aumentado de manera relevante, por lo que cada vez las empresas tienen más problemas para cumplir las expectativas del cliente, mientras mayor es la demanda menor es el tiempo que tienen para poder hacer la entrega, a pesar de esta barrera, las encuestas muestran que el tiempo de espera promedio después de haber hecho el pedido es de 31 - 60 minutos lo que es un rango bastante aceptable, y de esta manera las empresas han logrado las expectativas que se deben cumplir, en el tiempo que las empresas tienen presencia en la ciudad han demostrado ser capaces de cumplir a detalle la misión que se han propuesto, adicional a eso los hallazgos obtenidos mediante la investigación muestran que los horarios en los que se realiza los pedidos mediante la app son en mayor frecuencia en la noche con un 61.03% de los encuestados y en menor escala en la tarde con la respuesta de 30.09% personas.

La satisfacción que tienen con los envases que se utilizan para enviar la comida es un punto que también fue analizado, de la cual se obtuvo que el 57.82% de las personas están conformes con los envases utilizados, pero el 42.18% no estuvieron de acuerdo en primer lugar porque los envases plásticos no son biodegradables o amigables con el medio ambiente, en segundo lugar los envases con el movimiento de la motocicleta los líquidos se derraman, si no están asegurados de manera correcta, otra razón que se mencionó es que los envases al momento de calentarlos en microondas son dañinos para la salud, lo que también nos lleva a otra razón que es que no conservan la temperatura, con pocos minutos en el envase los alimentos ya no están a la temperatura que el cliente requiere.

Por último, se investigó cual es la percepción del cliente ante los precios establecidos por los envíos a domicilio, con lo que el 74.37% de los encuestados expresaron sentir que los precios establecidos son costosos, y el 23.10% de personas afirmaron que los precios que se pagaba

por el servicio eran precios justos por todo el servicio que la empresa les ofrece.

El servicio de transporte tiene una ventaja muy importante ya que el tiempo promedio de espera después de haber solicitado un taxi por medio de una aplicación móvil es de 0 – 5 minutos y son pocos los casos en los que el transporte puede llegar a tardar de 6 – 10 minutos lo que significa que el tiempo de espera es relativamente corto.

Las aplicaciones móviles se han ido introduciendo en nuestras vidas poco a poco, en especial a partir de la emergencia sanitaria que fue declarada a nivel mundial, las apps empezaron a ocupar un papel aún más importante, pues era la manera más segura de obtener productos de primera necesidad manteniendo el confinamiento, adicional a eso las empresas que prestan los servicios tanto de transporte privado como de venta de alimentos, lograron manejar la situación de manera favorable y rápida, adaptándose a las medidas de bioseguridad necesarias.

8. REFERENCIAS

- Acosta, M., Yagual Velestegui, A., & Coronel Pérez, V. (2018). Perspectivas de la economía digital en latinoamérica: Caso Ecuador . *3c empresa. Investigación y pensamiento crítico.* .
- Alcaide, J. C. (2015). Fidelización de Clientes. En J. C. Alcaide, *Fidelización de Clientes* (pág. 394). España: ESIC Editorial.
- Arroyo, N. (2011). información en el Móvil. En N. Arroyo, *información en el Móvil*. Barcelona: Editorial UOC.
- Aucay Piedra, E., & Herrera Torres, P. (2017). Nivel de uso de las redes sociales en el proceso de Comunicación en las MIPES de Cuenca. *Retos: Revista de Ciencias de la Administración y Economía*, 18.
- Chávez Vivó, A. R. (2012). *Proquest Ebook Central*. Recuperado el 20 de 07 de 2020, de Proquest Ebook Central:
<https://bibliotecas.ups.edu.ec:2708/lib/bibliotecaupssp/reader.action?docID=3201891&query=satisfaccion+del+cliente>
- Comercio, D. E. (03 de 01 de 2015). La oferta de las Apps de servicio aumenta en el Ecuador. *Diario El Comercio*.

- Díaz S., M., Gómez M., J., Araujo Ochoa, G., & Ortega, D. (2021). Factores limitantes para el crecimiento de los proyectos de emprendimientos comunitarios rurales del sector sur del cantón Cuenca. *Journal of Science and Research*, 125 - 143. Obtenido de <https://revistas.utb.edu.ec/index.php/sr/article/view/979>
- Duarte Cueva, F. (2010). Economía digital, sitios web y PYMES del sector artesanías en el Perú. *Contabilidad y Negocios*.
- Elder, L., Samarajiva, R., Gillwald, A., & Galperin, H. (2014). *Los pobres en la era de la información: Combatiendo la pobreza con tecnología*. Canandá.
- Encalada Tenorio, G., Sandoya Mayorga, L., Troya Terranova, K., & Camacho Villota, J. (2019). El marketing digital en las empresas de Ecuador . *Journal of Science and Reaserch*, 10.
- Escandón M., M. S., & Aguirre Maxi, J. C. (2016). CARACTERIZACIÓN DE UN MODELO DE GESTIÓN PARA LAS COOPERATIVAS Y COMPAÑÍAS DE TAXIS DEL ECUADOR: CASO DE ESTUDIO ORGANIZACIONES DE LA CIUDAD DE CUENCA. *Economía Y Política*, 11.
- Espinoza, R. (2013). Innovación de negocios para mentes digitales. En R. Espinoza, *Innovación de negocios para mentes digitales* (pág. 225). Santiago de Chile: RIL Editores.
- Fischer, L., & Espejo, J. (2017). *Mercadotecnia*. México: Mc Graw Hill Education.
- Gariboldi, G. (1999). *Comercio Electrónico: conceptos y reflexiones básicas*. Buenos Aires: BID-INTAL .
- Gonzalez Romo, Z., & Contreras Espinosa, R. S. (2012). Apps como una posibilidad mas de comunicación entre la marca y su público: un analisis basado en la valoración de los usuarios. *Gale Power Search*, 13.
- González, I. (2018). Market Cart App: aplicación móvil para la gestión de compra de víveres en línea. *Gale Power Search*.
- INEC. (2018). *Tecnologías de la Información y Comunicación*. Ecuador.
- ISO. (2015). *Sistema de Gestión de calidad*.
- Juárez, L. M., Medina, F. X., & López García, J. (2017). Comida y mundo Virtual: Internet, redes sociales y representaciones visuales . En L. M. Juárez, F. X. Medina, & J. López García, *Comida y mundo Virtual: Internet, redes sociales y representaciones visuales* (pág. 357). Barcelona: Editorial UOC.
- Lideres. (2020). Los pedidos de las apps de delivery crecen en medio del coronavirus. *Lideres*.
- Martínez Sala, A. M., & Peña Acuña, B. (2018). Convergencia digital: Estudio de apps de empresas de franquicia de fast food. *Chasqui. Revista Latinoamericana de Comunicación*, 18.

- Mobile Marketing Handbook. (2012). *iab (Interactive Advertising Bureau) México*, 35.
- Moliner Velázquez, B., & Berenguer Contri, G. (2011). El efecto de la satisfacción del cliente y la lealtad: Aplicación en establecimientos minoristas. *Cuadernos de Administración*.
- Punín, M., Martínez, A., & Rencoret, N. (2013). Medios digitales en Ecuador: perspectivas de futuro. *Comunicar: Revista científica iberoamericana de comunicación y educación*.
- Reyes Guerrero, S., & Cavazos Arroyo, J. (2014). Rumbos y Estrategias en el Comercio Móvil. En S. Reyes Guerrero, & J. Cavazos Arroyo, *Rumbos y Estrategias en el Comercio Móvil* (pág. 174). México: Grupo Editorial Patria.
- Rivas, J. A., & Ildefonso Grande, E. (2017). Comportamiento del Consumidor: decisiones y estrategias de marketing. Madrid: ESIC Editorial.
- Rodríguez Canfranc, P. (2019). *Teléfonos Inteligentes: abriendo la puerta al mundo digital*. España : Fundación Telefónica.
- Rouillon Puig-Mir, E. (2015). El desarrollo de aplicaciones móviles. *RP3 Retail Software*.
- San Mauro Martín, I., González Fernández, M., & Collado Yurrita, L. (2014). Aplicaciones móviles en nutrición, dietética y hábitos saludables. *Scielo*, 10.
- Santos, J. (2003). “E-Service Quality: A Model of Virtual Service Quality Dimensions”. *The Emerald Reaserch*, 13.
- Somalo Peciña, I. (2017). *El comercio Electrónico: una guía completa para gestionar la venta online*. Madrid: ESIC EDITORIAL.
- Telégrafo, E. (26 de Noviembre de 2018). InDriver entra a Ecuador a pelear en el mercado de las apps de transporte. *El Telégrafo*.
- Universidad espíritu santo. (2017). *Antecedentes y situación del e-commerce en Ecuador*. Guayaquil.
- Universo. (23 de 10 de 2018). Incrementan las aplicaciones de entrega a domicilio en Ecuador.
- Universo, E. (23 de Diembre de 2019). Las aplicaciones móviles darán un salto con la llegada de la tecnología 5G en el 2020. *El Universo*.
- Zurita Polo, S. M., Monge Moreno, P., & Montoya Ramirez, N. (2019). Uso de APPs para la difusión de la gastronomía y establecimientos turísticos de alimentos y bebidas en la ciudad de Riobamba- Ecuador. *Ciencia Digital*.

ANÁLISIS DE LA OFERTA DE PRODUCTOS AGROECOLÓGICOS EN EL CANTÓN CUENCA MEDIANTE REGRESIÓN LINEAL POR EL MÉTODO DE MÍNIMOS CUADRADOS PARA REDUCIR EL ERROR AL PLANIFICAR LA PRODUCCIÓN

JACQUELINE STEFANÍA SILVA CEDILLO

Universidad Politécnica Salesiana, Ecuador

GABRIELA ARAUJO OCHOA

Universidad Politécnica Salesiana, Ecuador

Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, México

1. INTRODUCCIÓN

La agroecología fomenta un modo de producción sustentable en pequeños predios (Cohn, Cook, Fernández, Reider, & Steward, 2006), donde la distribución y el acceso a los recursos son más equitativos y existe un tipo de producción basada en la agrobiodiversidad (Altieri M. , 2002). Por lo tanto, se puede definir a la agroecología como un sistema de producción que mantiene los equilibrios en el ciclo vital de las frutas y hortalizas, lo que permite obtener una mayor composición de vitaminas, minerales y sustancias antioxidantes (Heifer, 2014); así como el mayor provecho de los procesos naturales y de las interacciones positivas en las explotaciones agrícolas con el fin de reducir el uso de insumos externos y crear sistemas agrícolas más eficientes (Altieri & Nicholls, 2012) (Swiderska, 2011).

La agroecología promueve niveles crecientes en sus múltiples dimensiones, obteniendo un sistema agroalimentario sostenible (SCHWAB, Calle, & Muñoz, 2019). Es imprescindible implementar métodos de producción específicos con mejores prácticas lo que permitirá reducir el agua, fertilizantes, plaguicidas, entre otras (DeBoe, 2020).

Las exportaciones de las empresas de países en vía de desarrollo, así como la participación de agricultores son impulsadas por las cadenas de valor mundiales lo que permiten obtener beneficios (FAO, 2020). No obstante, en América Latina la mayoría de las áreas agrícolas poseen un bajo nivel de tecnificación y modernización; al igual, la mayor parte de sus comunidades rurales soportan un alto grado de exclusión política y socioeconómica, lo que genera que estas comunidades sean dependientes de los recursos naturales y las condiciones climáticas (De Los Ríos-Cardona, 2008), por lo cual, no se realiza ningún tipo de planificación en la producción.

En América del Sur el producto agroecológico más exportado en el 2019 fue la soja 33%, seguido de maíz 30%, trigo 4% y banano 3%. Entre estas exportaciones la soja representa 30% de ingresos, seguido de maíz 13%, café 7% y banano 4%. En este periodo, Brasil lidera en la producción de productos agroecológicos con 72.99%, seguido de Argentina 12.12%, Colombia 4.66%, Perú 2.53%, Paraguay representa 1.89% y Ecuador 1.63% encontrándose en sexto lugar (Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y Agricultura FAO, 2021).

En referencia a la soberanía alimentaria, la agricultura garantiza la alimentación de los 841.045 hogares vinculados a la actividad agropecuaria (Bourgeois, 2013). Provee al menos el 97% de su consumo alimenticio básico y asegura la alimentación básica de más de 16 millones de ecuatorianos. Históricamente la agricultura ha sido la base de la supervivencia de la población ecuatoriana. Apenas se importa el 2,7% de los alimentos, de éstos, el 2,6% son primarios y el 0,1% son industrializados (Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, 2016)

En Ecuador los primeros esfuerzos para introducir la agricultura ecológica fueron liderados por ONGs durante la década de los noventa (Vasco, Palacios, & Pasquel, 2015), posteriormente la superficie cultivada se ha incrementado sustancialmente llegando a ocupar el 0.69% de la superficie total cultivada en 2011 (International Federation of Organic Agriculture Movements-IFOAM, 2013), los cultivos permanentes representaron el 28,17% en el 2019 (INEC ESPAC, 2019).

En el ranking de los productos agroecológicos con mayor producción en Ecuador en el año 2019 son: caña de azúcar, bananos, nuez de palma (aceite), maíz, uvas, arroz, hortalizas frescas, papas y sandías (Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y Agricultura FAO, 2021). Con respecto a la recaudación del Servicio de Rentas Internas - SRI en este mismo periodo el sector de la agricultura, ganadería, silvicultura y pesca representó el 2,98% de las actividades económicas en el Ecuador; por otra parte, de enero a agosto del 2020 la recaudación de este sector representa el 3,03% (Servicio de Rentas internas, 2020).

En Azuay se ha generado la producción de nuevos productos, gracias a la ubicación geográfica la cual ha sido favorable, no obstante, en los mercados de comercialización del Azuay existe una baja presencia de estos productos, debido a la poca información que la población tiene acerca de los mismos. Los agricultores han podido mejorar su producción con el apoyo del MAGAP para producir de forma agroecológica, sin embargo, la incertidumbre de los productores por falta de control de precios, para la venta de sus productos como para la adquisición de materia prima e insumos necesarios para la producción, provoca que los productores prefieran dedicarse a otras actividades (Rivera, 2019).

Para los productores de alimentos agroecológicos es de vital importancia poder planificar su producción tomando en consideración que la planificación es el proceso en el que se define cantidades y se programa la producción en un determinado tiempo tomando en consideración variables como: tasa de producción, inventario, mano de obra, horas extras, subcontratación y otras (Caba, Chamorro, & Fontalvo); obteniendo cantidades adecuadas para ofertar sus productos y que sean vendidos en su totalidad, de esta forma se generará ganancias para los productores y se mitigará el riesgo de que los productos se dañen.

Es importante conocer también que en el cantón Cuenca, el perfil de los agros productores es el siguiente: género femenino 76% y masculino 24%; el 67% tienen únicamente educación primaria y solamente el 1% realiza la comercialización en su lugar de producción (Araujo Ochoa et al., 2021).

2. OBJETIVOS

2.1. OBJETIVO GENERAL:

- Analizar la oferta de productos agroecológicos en el cantón Cuenca mediante regresión lineal por el método de mínimos cuadrados para reducir el error al planificar la producción.

2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Sistematizar el estado de arte relacionado al tema de investigación.
- Analizar la situación actual de la oferta de los productos agroecológicos.
- Realizar un análisis matemático de la oferta de productos agroecológicos mediante regresión lineal.

3. METODOLOGÍA

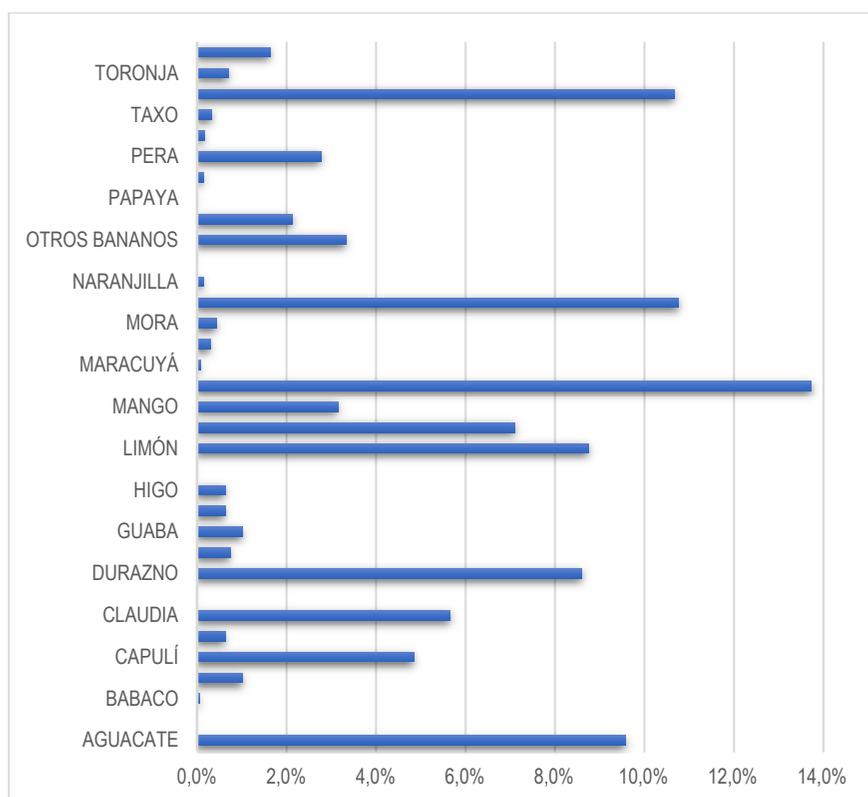
La investigación utiliza un enfoque cuantitativo mismo que tiene tres pilares fundamentales, primero una caracterización de información primaria con una recopilación de las bases de datos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos- INEC. El método de mínimos cuadrados permite establecer una base para el ajuste de variables relacionadas, mediante una curva que minimice la discrepancia entre los puntos generados por la función y la curva (Chapra y Canele, 2006), que permite representar la mejor la relación entre dos variables y proporciona lo que se conoce como recta del mejor ajuste (Lind, Marchal, & Wathen, 2012). Este método permite estimar cantidades determinadas, minimizando la suma de los cuadrados de las diferencias entre los valores observados y los valores estimados, considerando el error que se puede cometer en la estimación, el cual debe ser mínimo, para que proporcione una buena representación de esos puntos por la línea de regresión establecida (Martínez Bencardino, 2016). La información obtenida es de la encuesta de superficie y producción agropecuaria continua –ESPAC, una encuesta realizada de forma anual por el Instituto Nacional

de Estadísticas y Censos – INEC. Para el análisis de regresión lineal por el método de mínimos cuadrados se estudia las cantidades de producción de los alimentos agrícolas del cantón Cuenca, tomando en cuenta las variables años y libras de producción de los productos, considerando que dentro de estos se encuentran también los productos agroecológicos, para poder obtener la proyección de la oferta de la producción.

4. RESULTADOS

De acuerdo con las bases de datos del INEC, en Cuenca se produjeron 34 productos agroecológicos en el periodo 2012 – 2017.

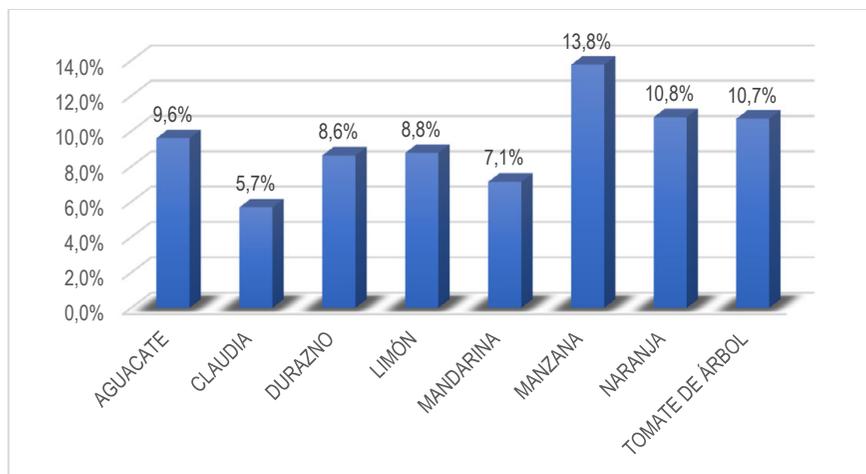
GRÁFICO 1. *Producción productos agroecológicos en Cuenca.*



Fuente: El Autor

Para el análisis se determinaron los productos con mayor producción en la ciudad de Cuenca, siendo la manzana el producto con mayor producción (13.8%), en segundo lugar, la naranja (10.8%) y en tercer lugar el tomate de árbol (10.70%), encontrándose en último lugar la claudia con (5.7%) como se muestra en el Gráfico 2.

GRÁFICO 2. Principales productos agroecológicos en Cuenca.

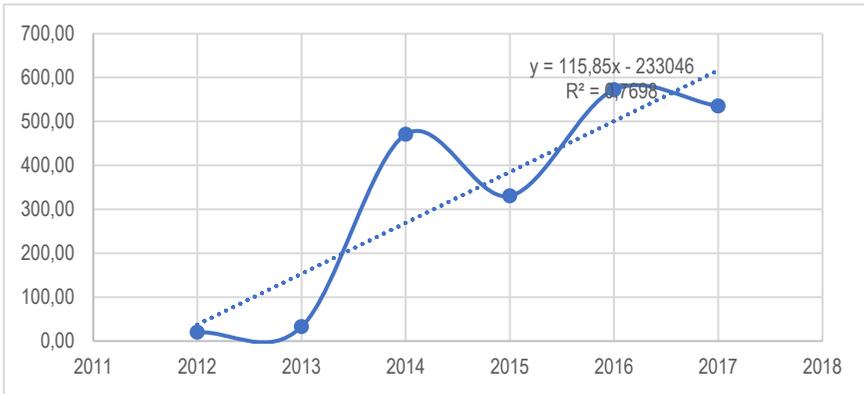


Fuente: El Autor.

La producción de la manzana en el cantón Cuenca en el periodo 2012 a 2018, se visualiza que a partir del 2012 tuvo un incremento hasta 2014 con 470.95 libras producidas, así como, en 2016 se produjo 572.50 libras; en este periodo se observó que tuvo disminuciones en dos años debido a que se cosechó en menor magnitud.

Se procede a realizar la aplicación del método de mínimos cuadrados a partir del producto manzana, en donde se observará la producción de los años 2012 a 2017.

GRÁFICO 3. Producción de manzana.



Fuente: El Autor

Con la producción histórica de la manzana, se obtuvo la proyección lineal y el error estándar.

$$y = 115,85x - 233046$$

$$R^2 = 0,7698$$

Posterior, se procedió a resolver la ecuación, completando así la producción para el año 2018 siendo de 739.30 libras de manzana.

$$y = 115,85(2018) - 233046$$

$$y = 739,3$$

De igual manera, se aplicó la ecuación para los años 2019 y 2020, los datos se observan en la Tabla 1.

Para el periodo 2021 hasta 2025 se aplicó el método de mínimos cuadrados. Siendo n el número de años del 2012 a 2020. Las variables x_i corresponde al número de años, por su parte la variable y_i corresponde a las libras producidas del producto, en este caso haciendo referencia a la manzana como ejemplificación se obtiene:

$$n = 9$$

$$\sum x_i = 45$$

$$\bar{x}_i = 5$$

$$\sum y_i = 4527.67$$

$$\bar{y}_i = 503.07$$

$$\sum x_i^2 = 285$$

$$\sum x_i y_i = 29650$$

Obteniendo así, los resultados para el periodo indicado, el error calculado representa una reducción del 98.39% de error de incertidumbre del original, se resuelve las ecuaciones normales obteniendo los siguientes resultados.

$$a_1 = \frac{n \sum x_i y_i - \sum x_i \sum y_i}{n \sum x_i^2 - (\sum x_i)^2}$$

$$a_1 = 116.86733$$

$$a_0 = \bar{y}_i - a_1 \bar{x}_i$$

$$a_0 = -81,26222$$

De esta manera, se genera el ajuste por mínimos cuadrados para la proyección de producción de la manzana.

$$y = a_0 + a_1 x$$

$$y = -81.262222 + 116.86733x$$

En la tabla No.1 se detalla la proyección resultante con el método de mínimos cuadrados aplicado para el periodo 2021 a 2025.

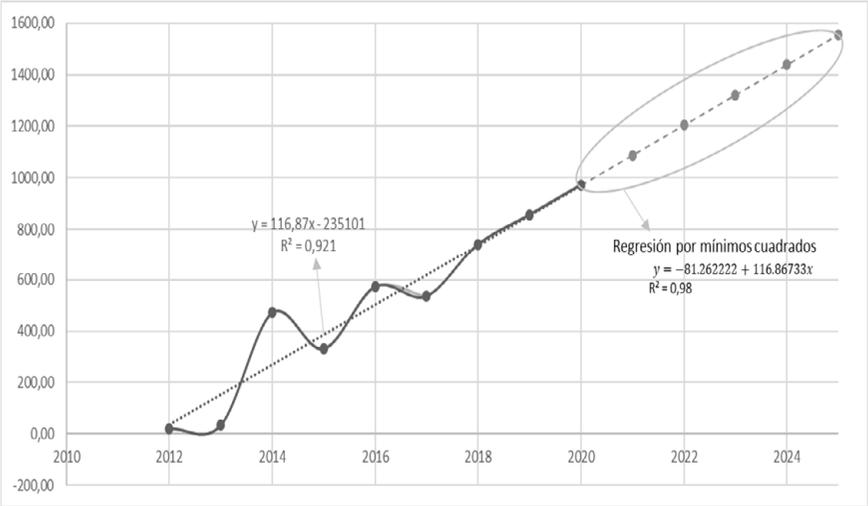
Tabla 1. Proyección de producción de la manzana.

N°	Años	Libras
7	2018	739.30
8	2019	855.15
9	2020	971.00
10	2021	1087.41
11	2022	1204.28
12	2023	1321.15
13	2024	1438.01
14	2025	1554.88

Fuente: El Autor

Al graficar la proyección de la producción de manzana en 2018 se prevé 739.30 libras, en los años siguientes se obtiene un incremento sobre el 10%, en 2021 se espera la producción de 1087.41 libras y en 2025 de 1554.88 libras, verificando que los puntos de la curva se han ido ajustando con la proyección a partir del 2018 a 2025.

GRÁFICO 4. Proyección de producción de manzana.

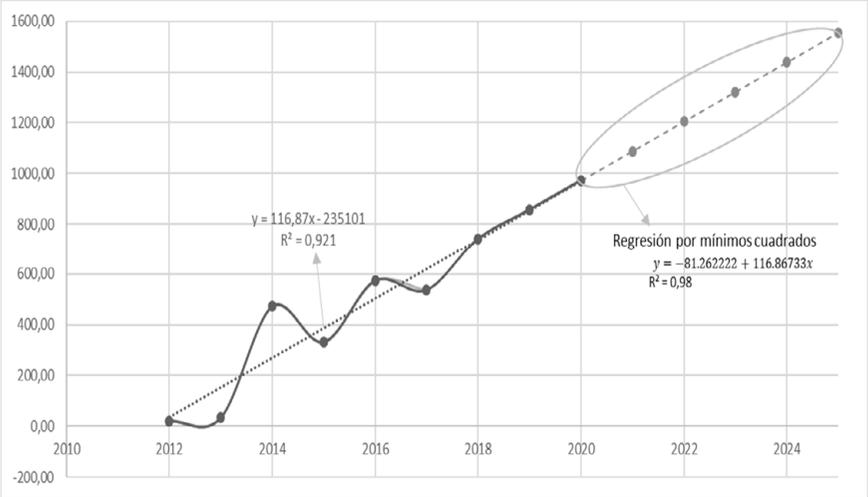


Fuente: El Autor

Se ha realizado la proyección para los productos con mayor producción y por el total de productos producidos en Cuenca. A continuación, se detalla los resultados obtenidos con la aplicación del método de regresión lineal.

El aguacate tuvo un incremento en su producción desde 2012 hasta 2016 con 825.10 libras producidas, sin embargo, en 2017 tuvo una disminución del 88% a comparación del año anterior debido a que este año se cosecho 14 árboles en contraste con 2016 que se cosechó 49 árboles. En la proyección se generó 0.8572 que representa una reducción del 85,72% de error de incertidumbre del original; obteniendo así, en 2018 510.92 libras producidas, en los años siguientes se tiene un incremento gradual por lo cual la ecuación de la curva se ha ido ajustando, se espera que 2021 se produzca 753.10 libras y hasta el 2025 una producción de 1076.10 libras de aguacate.

GRÁFICO 5. Producción del aguacate.

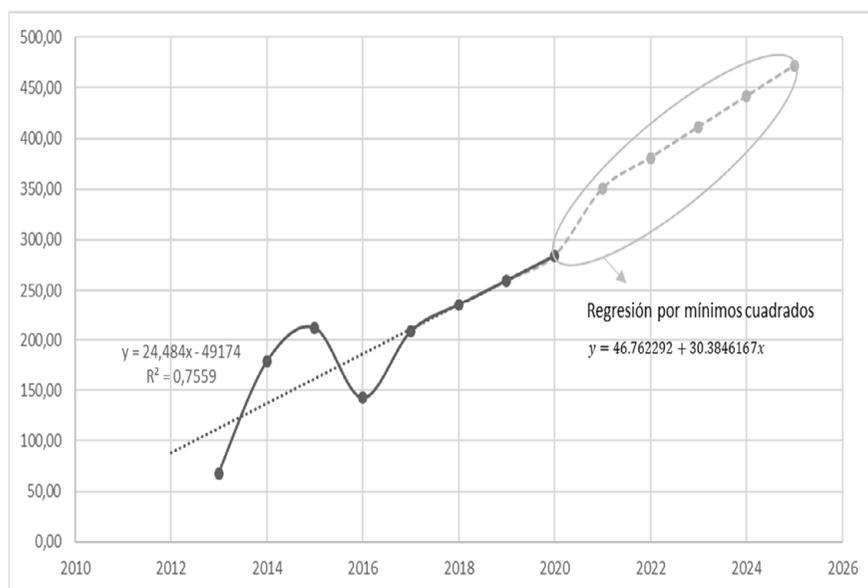


Fuente: El Autor

La producción de la fruta reina claudia ha tenido un incremento a partir del 2013 de 68.16 libras hasta 2015 con 212 libras, en 2016 se observa un decremento del 33% en su producción con 142.55 libras debido a que la cosecha en este periodo fue menor; sin embargo, desde el 2017

se produjo 208.50 libras. Se obtuvo en la proyección un resultado de 0.9435 que representa una reducción del 94.35% de error de incertidumbre del original. De esta forma, en 2018 se obtuvo como proyección 235.44 libras, en 2021 350.61 libras y 472.15 libras para 2025.

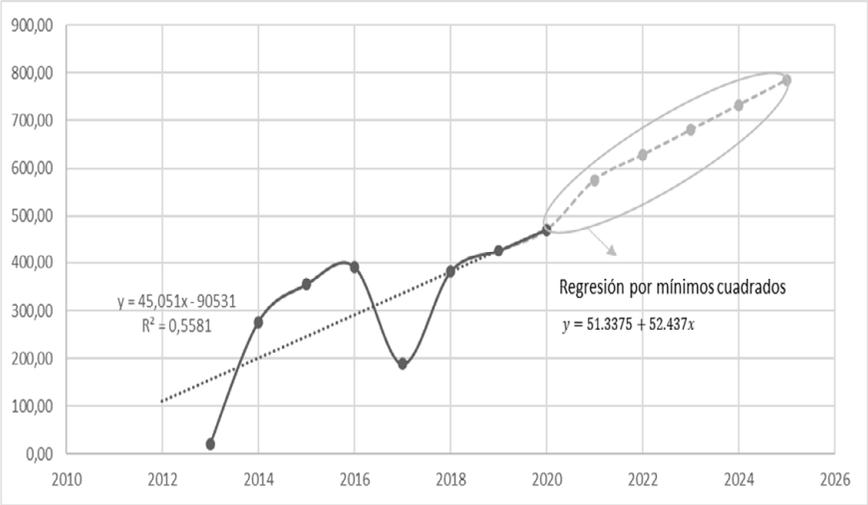
GRÁFICO 6. Producción de la fruta reina claudia.



Fuente: El Autor

El durazno ha presentado un incremento desde el 2013 hasta 2016 de 391.17 libras producidas, en 2017 tuvo un decremento llegando a 188.32 libras de producción a pesar de que se cosechó 88 árboles, la producción fue mucho menor. En la proyección se generó el 0.9096 que representa una reducción del 90.96% de error de incertidumbre del original los años siguientes tuvo un incremento gradual en 2018 se proyecta 380.98 libras producidas, en 2021 se proyecta 575.71 libras y 785.46 libras en 2025.

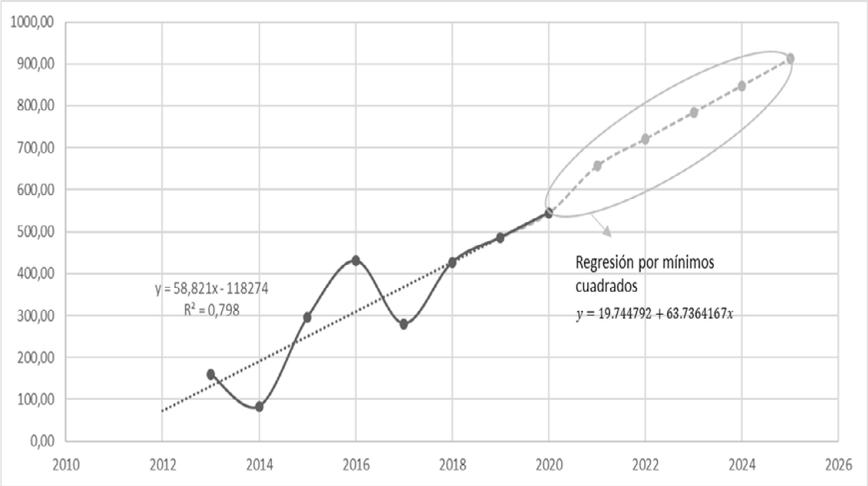
GRÁFICO 7. Producción de durazno.



Fuente: El Autor

A partir del 2013 se produjo 160 libras de limón, en 2014 tuvo un descenso siendo de 83.87 libras, posteriormente, tuvo un incremento desde 2015 con 295.93 y 2016 con 430.50 libras hasta 2017 que disminuyo su producción en 2801.51 libras; en la proyección en 2018 se produce 426.77 y se incrementa gradualmente en 2021 con 657.11 libras y 912.05 libras hasta 2025 que se espera producir.

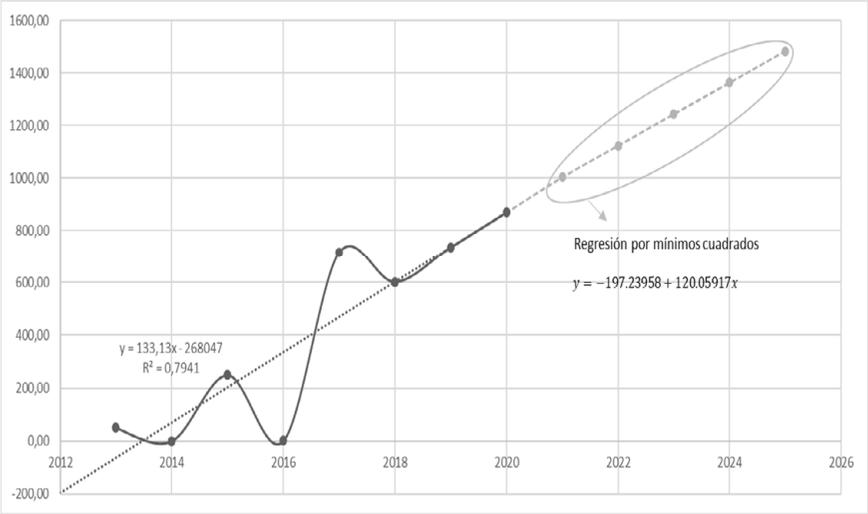
GRÁFICO 8. Producción de limón.



Fuente: El Autor

El histórico de producción de mandarina indica que en 2013 se produjo 50.25 libras, teniendo una disminución en 2014 y 2016 debido a que se cosecharon 10 y 7 árboles correspondientes de acuerdo con la ESPAC; no fue hasta 2017 que tuvo un incremento de 715.20 libras producidas, cosechando 297 árboles de mandarina. De acuerdo con la proyección se obtuvo un resultado de 0.9507 que representa una reducción del 95,07% de error de incertidumbre del original. En la proyección realizada en 2018 existió una disminución y desde 2019 incremento en 735.95 libras, en 2021 se espera 1033.55 libras hasta 2025 que se proyecta producir 1483.59 libras de mandarina.

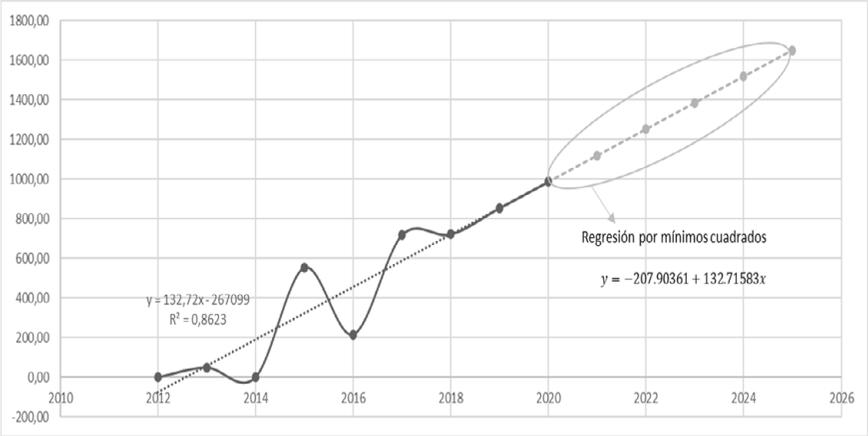
GRÁFICO 9. Producción de mandarina.



Fuente: El Autor

La producción de naranja incremento en 2015 con 553.55 libras producidas, disminuyendo en 2016 en 216,50 libras; a pesar de ello, a partir del 2017 tuvo un incremento en 717.90 libras. En la proyección se generó un resultado de 0.9704 que representa una reducción del 97.04% de error de incertidumbre del original; obteniendo de esta forma 1119.25 libras en 2021 hasta 2025 en 1650.12 libras de naranja en donde se observa que los puntos de las variables se han ido ajustando.

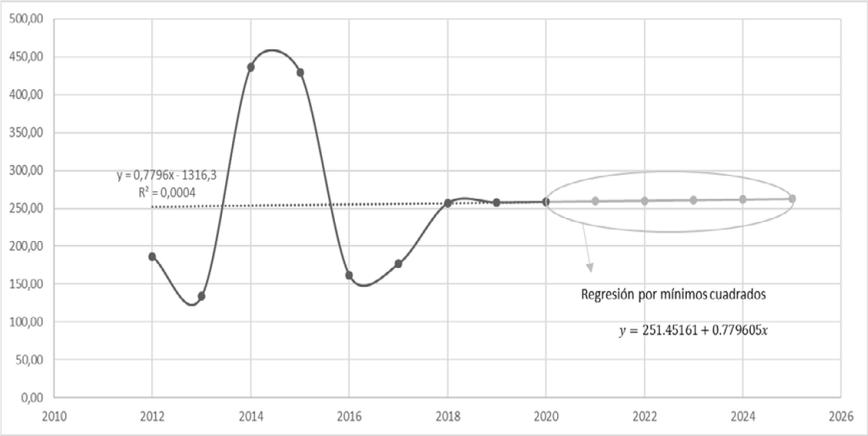
GRÁFICO 10. Producción histórica de naranja.



Fuente: El Autor

La producción de tomate de árbol en 2012 fue 186.50 libras, en 2013 fue 133.72 libras, posterior tuvo un incremento hasta 2015 con 429.55 libras, no obstante, tuvo una disminución en 2016 en 161.85 libras cosechando 125 árboles. En la proyección se obtuvo un resultado de 0.0019 que representa una reducción del 0.20% de error de incertidumbre del original; se proyecta en 2021 se tenga un incremento de 259.25 libras hasta 2025 en 262.37 libras de tomate de árbol.

GRÁFICO 11. Producción de tomate de árbol.



Fuente: El Autor

La producción total de productos agroecológicos en 2012 era de 335.55 libras, la producción se ha ido incrementando en 2015 en 3223.55 libras y en 2017 en 4189.84 libras. En la proyección se obtuvo el resultado de 0.9294 que representa una reducción del 92.94% de error de incertidumbre del original. En la proyección total por año de la producción agroecológica del cantón Cuenca se obtiene: en 2018 un incremento exponencial siendo de 61739.04 libras de producidas, a partir del año 2019 se tiene un incremento paulatino hasta el año 2025 siendo de 106188.65 libras producidas, está proyección permitirá revisar, definir y programar las cantidades necesarias a producir.

5. DISCUSIÓN

Para poder obtener datos específicos de la producción agroecológico, se necesitaría un levantamiento de información tipo censo, puesto que muchos productores no se encuentran registrados en ningún organismo y tampoco pertenecen a una asociación. Es también indispensable entender que cuando de manera gubernamental se realiza este tipo de levantamiento de información, no se la ha dividido en diferente tipo de productor, por lo que, para hacer un estudio como el presente, es necesario realizarlo con datos generales.

A la vez, es indispensable entender qué modelos matemáticos como estos se los puede utilizar y generalizar, puesto que la información es de utilidad para la aplicación de cualquier tipo de productor incluidos los agroecológicos.

Es necesario considerar que existen métodos matemáticos que pueden ayudar a disminuir aún más el error, por lo que el presente estudio, puede ser el inicio para futuras investigaciones de aplicaciones matemáticas en esta área de estudio.

6. CONCLUSIONES

La propuesta de la presente investigación es plantear un modelo de proyección, en base a las variables descritas, mismas que pueden ser replicadas en otras áreas.

Los agricultores del cantón Cuenca han tenido cantidades producidas muy variadas de sus productos, se refleja en determinados años, ha existido incrementos súbitos y decrementos por lo cual su producción no es constante, y una característica predominante en los productores sean agrícolas o agroecológicos es que su producción no es planificada, debido a que los agricultores no tienen una segmentación adecuada de los productos a cultivar, es necesario diversificar la producción que permitirá ofertar productos variados en las ferias agroecológicas de la ciudad y puedan tener un mayor beneficio al vender la totalidad de sus productos.

La proyección de las cantidades a producir permitirá tener una programación de su producción con el fin de disminuir costos y pérdidas económicas en su producción agrícola y en beneficio también de la producción agroecológica. Es importante que se realicen análisis de la mayor producción de sus productos contrastando con la demanda de estos, lo cual permitirá poder establecer las cantidades óptimas de producción.

La presente investigación, realiza un apoyo a la proyección de productos agrícolas, pero también agroecológicos, considerando que la base de datos utilizada conlleva la información completa de este sector. Es por esto, que esta proyección puede ser utilizada por todo tipo de agricultores, dentro de ellos los agroecológicos, sean de manera asociada o individual.

Es recomendable la asociatividad, para que se pueda coordinar entre los agricultores asociados la posibilidad de mantener una feria que provea productos variados para los consumidores lo que será mucho más atractivo; a su vez, los agricultores podrán coordinar los productos que cultivan de esta forma se beneficiarán al poder vender todos sus productos debido a que no se repetirán los productos que podrán comercializar entre sus asociados, el análisis realizado permitirá mantener una visión de lo que se debe producir en base a los históricos en la ciudad.

Existen varias ferias agroecológicas en la ciudad, sin embargo, la ciudadanía no las conoce por lo cual es necesario de realizar publicidad y el ente regulador adopte iniciativas y acciones para promocionarlas; de esta forma, no solo se apoya al agricultor, sino que se brinda al consumidor productos agroecológicos libres de tóxicos, con nutrientes y sabores únicos, siendo beneficio para la salud de las personas.

8. REFERENCIAS

- Altieri, M. (2002). Agroecology: the science of natural resource management for poor farmers in marginal environment. *Agriculture, Ecosystems and Environment*, 1-24.
- Altieri, M., & Nicholls, C. (2012). Agroecología: Única esperanza para la soberanía alimentaria y la resiliencia socioecológica. 65-83.
- Araujo Ochoa, G., Mayett Moreno, Y., Figueroa Rodríguez, K., & Arvizu Barrón, E. (2021). Asociatividad óptima en las zonas rurales del Ecuador utilizando la teoría de juegos. *Revista Mexicana de Ciencias Agrícolas*, 12(7), 1287-1295.
- Caba, N., Chamorro, O., & Fontalvo, T. (n.d.). *Gestión de la Producción y Operaciones*.
- Chapra y Canele, S. C. (2006). *Métodos numéricos para ingenieros*. McGraw-Hill Interamericana.
- Cohn, A., Cook, J., Fernández, M., Reider, R., & Steward, C. (2006). Agroecology and the Struggle for Food Sovereignty in the Americas. *CEESP*.
- De Los Ríos-Cardona, J. (2008). La agricultura latinoamericana y sus posibilidades de adaptación a los cambios climáticos globales. *Ideas*, 2(1), 53-75.
- DeBoe, G. (2020). Economic and environmental sustainability performance of environmental policies in agriculture. *OECD Food, Agriculture and Fisheries*, 10.
- FAO. (2020). El estado de los mercados de productos básicos agrícolas 2020. Los mercados agrícolas y el desarrollo sostenible: cadena de valor mundiales, pequeños agricultores e innovaciones digitales. 38. doi:<https://doi.org/10.4060/cb0665es>
- Heifer, E. (2014). *La agroecología está presente. Mapeo de productos agroecológicos y del estado de la agroecología en la sierra y costa ecuatoriana*. Quito: Fundación Heifer Ecuador.
- INEC ESPAC. (2019). *Ecuador en cifras*. Retrieved from <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/>
- International Federation of Organic Agriculture Movements-IFOAM. (2013). *The World of Organic Agriculture*.
- Lind, D., Marchal, W., & Wathen, S. (2012). *Estadística aplicada a los negocios y la economía*. México: The McGraw-Hill.
- Martínez Bencardino, C. (2016). *Estadística y muestreo*. Bogotá: ECOE.

- Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca. (2016). La política agropecuaria ecuatoriana: Hacia el desarrollo territorial sostenible 2015-2025. Quito, Pichincha, Ecuador: Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca.
- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y Agricultura FAO. (2021, 01). *FAO*. Retrieved from <http://www.fao.org/>
- Rivera, C. (2019). *Desarrollo de estrategias para el incremento de consumo de productos agroecológicos en la provincia del Azuay-Ecuador*. Buenos Aires.
- SCHWAB, F., Calle, A., & Muñoz, R. (2019). Economía social y solidaria y agroecología en cooperativas de agricultura familiar en Brasil como forma de desarrollo de una agricultura sostenible. *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 189-211.
- Swiderska, K. (2011). The Role of Traditional Knowledge and Crop Varieties in Adaptation to Climate Change and Food Security in SW China, Bolivian Andes and coastal Kenya. *IEED London*.
- Vasco, C., Palacios, G., & Pasquel, S. (2015). Determinantes socioeconómicos del consumo de productos ecológicos en Quito. *Siembra*, 23-28.

LA METODOLOGÍA DE ANÁLISIS DE CICLO DE VIDA (ACV) COMO HERRAMIENTA PARA EL ANÁLISIS DE LA CONTRIBUCIÓN DEL TREN DE ALTA VELOCIDAD (TAV) A LA MOVILIDAD SOSTENIBLE

ANDONI KORTAZAR GARCÍA
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

1. INTRODUCCIÓN

El aumento de la temperatura media global del planeta Tierra o el cambio climático son solo parte de un problema más amplio. La crisis ambiental global no puede obviarse, sus graves consecuencias son evidentes, por lo que ya no se pueden diseñar solo actuaciones a largo plazo; hay que empezar a actuar en el presente y con medidas urgentes. Así, para dar una respuesta coordinada al aumento de la temperatura media global y al cambio climático que se viene produciendo desde la época preindustrial y que se ha acelerado en las últimas décadas, el Acuerdo de París se ha convertido en una referencia y un marco global. Según este acuerdo, el objetivo es mantener los incrementos de temperatura media mundial muy por debajo de los 2 °C respecto a los niveles preindustriales, pero continuar con los esfuerzos para limitar el aumento de temperatura a 1.5 °C. En consecuencia, la Unión Europea (UE) y sus Estados miembros deben reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) en al menos un 55% respecto a 1990 para 2030 y alcanzar la neutralidad de sus emisiones para el año 2050. En el caso de España, la reducción comprometida de emisiones de GEI para 2030 es del 23%.

El sector del transporte es uno de los mayores emisores de gases de efecto invernadero en Europa y estas emisiones han aumentado un 29% desde 1990 hasta 2018 (European Environment Agency, 2018). Además,

se prevé duplicar la actividad de transporte para 2050 (European Commission, 2011, 2013a). En este contexto, parece evidente que las actuales medidas para limitar los impactos ambientales y climáticos del sector del transporte europeo no serán suficientes para alcanzar los objetivos a largo plazo de la Unión Europea. Se necesitan nuevas medidas que limiten aún más la contribución de la actividad del transporte al cambio climático y nos acerquen a la movilidad sostenible de personas y mercancías. Así, es imprescindible fomentar los medios de transporte más respetuosos con el medio ambiente.

Como solución a este problema de transporte contaminante se viene presentando al Tren de Alta Velocidad (TAV) como el medio estrella de la transición ecológica del sector y que se ha ido expandiendo a un ritmo vertiginoso por Europa y el mundo. Al tratarse de un medio de transporte eléctrico, se argumenta a su favor que todo el transporte que atrae de otras formas más contaminantes (pasajeros y mercancías), en términos de emisiones de GEI y ahorro energético, supone una mejora directa (California High-Speed Rail Authority, 2016; European Court of Auditors, 2018; Jehanno et al., 2011). Sin embargo, estas afirmaciones se basan normalmente en estudios parciales sobre el rendimiento ambiental del TAV, es decir, que la mayoría de los estudios ambientales que se han realizado sobre este medio de transporte sólo analizan la operación del tren y no tienen en cuenta las cargas asociadas a las fases de construcción y mantenimiento de la infraestructura. Y la infraestructura que necesita un TAV no es precisamente simple: requiere una cantidad ingente de recursos materiales y naturales como el hormigón y el acero, así como los movimientos de terreno. Por tanto, se consume mucha energía y se emiten muchas sustancias contaminantes a la atmósfera, que también deberían contabilizarse.

A la hora de evaluar la respuesta ambiental de un proyecto del TAV es fundamental realizar un análisis riguroso de todos los impactos ambientales positivos y negativos que puedan producirse a lo largo de toda la vida útil del proyecto. Esto implica incluir en el estudio todas las fases que conforman la vida útil de una infraestructura del TAV, no sólo la fase operativa del tren, sino también las fases de construcción y mantenimiento de la infraestructura. Para llevar a cabo este análisis la

metodología de Análisis de Ciclo de Vida (ACV) es idónea ya que considera todas las fases que componen el ciclo de vida de un producto o servicio.

2. OBJETIVO

El objetivo de este trabajo es revisar y analizar aplicación del ACV sobre diferentes infraestructuras ferroviarias de alta velocidad para evaluar su potencial en la mitigación del cambio climático y la reducción del consumo de energía, así como de otros impactos ambientales. Se han revisado estudios de ACV sobre líneas de AV de varios países, algunos con los proyectos finalizados y en operación, y en algunos otros casos todavía en proyecto.

3. LA METODOLOGÍA DE ANÁLISIS DE CICLO DE VIDA (ACV)

En este trabajo se ha realizado un exhaustivo repaso bibliográfico sobre los estudios de ACV sobre diferentes infraestructuras ferroviarias de alta velocidad.

La metodología de ACV es relativamente nueva ya que, si los primeros pasos se empezaron a dar en los años 60 del siglo pasado, no ha sido hasta el nuevo siglo cuando ha experimentado una expansión significativa en términos de desarrollo metodológico, de estandarización y de aplicación. Igualmente, cada vez más empresas, consumidores y gobiernos promueven la producción y consumo sostenibles y piensan en términos de ahorro de recursos en todo el ciclo de vida del producto o servicio (Mazzi, 2020).

La creciente preocupación por la contaminación, escasez de recursos y en general la degradación del medioambiente a principios de la segunda mitad del siglo XX, jugarían un papel importante en la motivación del desarrollo de metodologías de análisis de impactos ambientales y de consumo de recursos materiales y energéticos. Los inicios de una metodología orientada al cómputo de los impactos ambientales con una perspectiva de toda la vida útil de un producto o proceso se dieron en

la década de los 60 del siglo pasado. De la colaboración de los sectores académicos e industriales de Estados Unidos y Europa, principalmente, surgieron las primeras bases que centrarían su atención en la contabilización física de recursos materiales y energéticos. Se trataba de una contabilización exhaustiva y confidencial de los recursos consumidos y vertidos generados por parte de las empresas durante toda la vida útil del producto o el servicio, para obtener así un dato global que asociar al consumo de un producto o servicio. Uno de los primeros estudios que aplicaría una perspectiva de ciclo de vida completo fue el realizado en 1969 por la empresa Coca Cola para el análisis de su envase (Bjørn et al., 2018). El envasado de alimentos y bebidas en general era ya en esos tiempos un sector con altos consumos de recursos y por consiguiente generadores de residuo sólido a escalas importantes. La gestión del residuo era un problema ya y por eso en Europa en la década de los 80 se realizaron multitud de estudios con perspectiva de ciclo de vida donde se comparaban diferentes alternativas para el envasado de la leche y sus correspondientes impactos ambientales asociados a cada alternativa (Mekel et al., 1990).

Es en la década de los 90 cuando esta metodología experimenta un avance y desarrollo en todos los ángulos. Cada vez más productos y procesos de multitud de disciplinas diferentes, desde la empresa hasta el sector de la educación, eran analizados con esta metodología. El problema era que al existir múltiples visiones sobre la aplicación de la metodología y no existir un consenso científico al respecto, diferentes estudios sobre el mismo producto podrían dar resultados divergentes. Igualmente, las cuantificaciones derivarían en unos inventarios cada vez más extensos y complejos, pero con formato heterogéneo que difícilmente podían ser compartidos. Tampoco había consenso acerca de las categorías de impacto a analizar. De esta manera, comenzaría en esta década de los 90 un proceso de coordinación y colaboración internacional promovido por la SETAC (Sociedad de Toxicología y Química Ambiental) que tendría como resultado la publicación de informes y guías de aplicación para diferentes partes de la metodología ACV. Todo esto se recoge en el Código de Prácticas para el ACV (SETAC, 1994), primera guía y manual publicado en 1993 para la aplicación de

la metodología. Partiendo de este marco inicial comenzaría una colaboración entre el SETAC y el Programa de Naciones Unidas para el Medioambiente (PNUMA). Esta asociación daría como resultado en 2002 la Iniciativa de Ciclo de Vida (ICV) con el objetivo de difundir mundialmente la visión metodológica del ACV. Asimismo, y de manera paralela, se fue desarrollando la estandarización y armonización de los principios y criterios que tendría como objetivo establecer un marco de referencia técnico para el ACV. Así comenzaría el proceso de estandarización bajo la tutela de la Organización Internacional de Normalización o Estandarización. Con la publicación de la serie de normas ISO 14040-14043 en 1997 se establecen las bases para la aplicación universal de la metodología ACV. A pesar de que hoy en día se sigue trabajando en el desarrollo metodológico, las bases de la estructura definidas por esas normas continúan vigentes (Toniolo et al., 2019). Estas, sin embargo, no son directrices metodológicas específicas y detalladas de aplicación del ACV, por lo que la Comisión Europea puso en marcha en 2005 la European Platform on Life Cycle Assessment (European Commission, 2021). Sus principales hitos han sido el desarrollo del Sistema Internacional de Datos del Ciclo de Vida (ILCD) que resultaría en una base de datos de los inventarios de ciclo de vida y en una serie de guías de aplicación de la metodología; la recomendación de la Comisión Europea para el cálculo de la huella ambiental de productos y organizaciones (European Commission, 2013b); y el impulso de diversos proyectos, plataformas y herramientas relacionadas con el pensamiento de ciclo de vida y el análisis de ciclo de vida.

Para facilitar la transparencia, la interpretación de los datos, su transmisión, en definitiva, para aumentar la calidad de los datos y su homogenización, con el cambio de siglo surgirán los primeros formatos de datos específicos. El formato más conocido y utilizado por las principales herramientas de ACV es Ecospold. Asimismo, aparecerían las primeras bases de datos almacenando los inventarios de ciclo de vida de diversos productos, procesos y servicios. También comienzan a recopilarse diversos métodos de evaluación de impacto ambiental, que mediante determinados factores de caracterización permiten relacionar los flujos elementales de consumo de energía y materiales y de vertidos a

la atmósfera, el agua y el suelo inventariados en las bases de datos con información específica sobre los impactos concretos en diversas categorías de impacto ambiental. Ecoinvent es, hoy en día, una de las bases de datos, con formato de datos Ecospold, más utilizada que cubre multitud de sectores y actividades. Igualmente, para la aplicación de esta metodología ACV cada vez más compleja y explotar las bases de datos más extensas, nacerían las primeras versiones de software específico de ACV, como son SimaPro y GaBi (Ormazabal et al., 2014).

A partir de la entrada en el siglo XXI cada vez más empresas privadas empezarían a hacer públicos los resultados de sus estudios ACV en forma de informes. Las revistas académicas tuvieron un fuerte aumento de artículos publicados relacionados con el ACV y en 1996 nació la primera revista académica especializada en ACV, *The International Journal of Life Cycle Assessment*. En los últimos veinte años el crecimiento de la publicación de este tipo de artículos ha sido exponencial. Por otro lado, el crecimiento en la utilización de esta metodología por parte de las autoridades e instituciones públicas europeas para la toma de decisiones en materia medioambiental es extraordinario. De esta manera se crearían los primeros sistemas de etiquetado ecológico de productos basadas en estudios de ACV que deberían guiar al consumidor a identificar los productos con menores impactos ambientales.

3.1. EL PROCESO DE ACV SEGÚN ISO

De acuerdo a las normas ISO, el Análisis de Ciclo de Vida es una herramienta de evaluación de los impactos ambientales generados a lo largo de la vida útil de un producto, servicio o actividad, desde la adquisición de la materia prima, pasando por las etapas de producción y uso, y hasta su fin de vida (ISO, 2006). Se suele describir como el análisis o Balance Ambiental de la cuna a la tumba ya que tiene como referencia el ciclo biológico de los organismos. La identificación de todos los procesos ambientales que integran el ciclo de vida de un producto o servicio es muy laboriosa y profunda. Analizar exhaustivamente cada fase y sus consumos de materias primas, energía, etc. no es fácil y el ACV permite realizar esa evaluación integral de manera ordenada. A través de métodos cuantitativos, realiza un inventario y cuantifica los

recursos consumidos y las emisiones generadas a lo largo de su ciclo de vida, comenzando por la extracción de materias primas y la producción de energía utilizada para fabricar el producto, uso del mismo y disposición final, y muestra los resultados del balance ambiental como impactos ambientales en términos empíricos. A menudo, el ACV de un producto o servicio se basa en el uso de bases de datos exhaustivas que agrupa el inventario del ciclo de vida de otros productos y procesos ya analizados (se denomina ACV híbrido). Esta naturaleza cuantitativa del ACV permite después comparar los impactos ambientales (que también están caracterizados, clasificados y estandarizados) de diferentes procesos y poder así identificar aquellos procesos que son más respetuosos con el medioambiente. Igualmente, permite identificar las fases donde se producen mayores impactos ambientales y previene que se trasladen cargas ambientales de una fase a otra cuando por ejemplo se realizan esfuerzos por rebajar las cargas de una fase concreta sin tener en cuenta las otras.

3.1.1. Las fases del ACV

A continuación, se describen brevemente las diferentes fases metodológicas que componen el proceso del ACV. Estas fases vienen recogidas en la norma ISO 14040.

1. Definición del objetivo y alcance. Persigue determinar la pregunta para la que se pretende buscar una respuesta, es decir, la razón del estudio. Se establece así el contexto en el cual se va a realizar el estudio de ACV y delimita el alcance. Esto implica definir la unidad funcional del sistema a analizar, identificar las actividades y procesos principales asociados al producto o servicio del estudio, seleccionar las categorías de impacto ambiental que se van a analizar, definir el alcance geográfico y temporal del sistema bajo estudio, etc.

2. Inventario. Esta fase persigue recoger y reunir datos e información sobre todos los flujos físicos vinculados a la prestación del servicio o función descrita por la unidad funcional. El Inventario de Ciclo de Vida (ICV) agrupa en una lista de cantidades todos los inputs (recursos materiales, energéticos o semiproductos y servicios (p.e. transporte, o

tratamiento de fin de vida)) y outputs (emisiones y vertidos, residuos generados) del producto o servicio asociados a toda su vida útil.

3. Evaluación de impactos. Las cuantificaciones de los flujos del inventario son interpretadas en términos de impactos ambientales. Para eso es necesario diseñar una modelización que transforme las entradas y salidas del inventario en indicadores de impactos ambientales. La Evaluación de Impactos de Ciclo de Vida (EICV) dimensiona el alcance e intensidad de los impactos ambientales a través de la transformación de los datos recogidos en el ICV, en resultados ambientales concretos. De acuerdo con la norma ISO 14040 la evaluación de impacto ambiental consiste en el desarrollo de cinco pasos, de los cuales los tres primeros son obligatorios:

- a. Selección de las categorías de impacto ambiental más representativas y los indicadores principales para cada una de ellas. Esta selección dependerá del objetivo de estudio y las principales categorías pueden ser las siguientes: calentamiento global, agotamiento de combustibles fósiles, eutrofización, acidificación o agotamiento de materiales.
- b. Clasificar los flujos/sustancias en las categorías de impacto según la contribución que tengan sobre el indicador que corresponda. Es perfectamente normal que un mismo elemento del ICV pueda tener efectos sobre varias categorías de impacto (p.e., las emisiones de metano al aire dan lugar a calentamiento global y también a oxidación fotoquímica).
- c. Cálculo de la contribución de un elemento sobre una categoría de impacto ambiental con respecto al elemento de referencia de dicha categoría (caracterización). Este paso consiste en multiplicar el dato recogido para un elemento concreto en el ICV por su factor de caracterización en una categoría ambiental determinada, y así obtener su impacto ambiental en unidades equivalentes.
- d. Normalización para la conversión de los resultados en unidades neutras. Los resultados de la caracterización son divididos por un factor de normalización.

- e. Ponderación para obtener los resultados globales como puntuaciones totales que representen el impacto ambiental. A los resultados de la normalización se les aplica un factor de ponderación.

Existen diversas metodologías de EICV que sirven de guía para realizar de manera ordenada los pasos descritos: ReCiPe (Huijbregts et al., 2017), Ec99, CML (Guinée et al., 2002).

Una vez que se obtienen los resultados globales de impacto ambiental, éstos se deben interpretar para responder adecuadamente a las preguntas planteadas como parte del objetivo del estudio. Es decir, el ACV también tiene un carácter subjetivo a la hora de poder conceder diferente peso a determinados impactos ambientales. Por último, es importante realizar un análisis de sensibilidad para ver el cambio en los resultados y dar mayor solidez al análisis y sus conclusiones.

4. RESULTADOS DE LA REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA

Esta revisión bibliográfica se centra en el ACV de infraestructuras ferroviarias de alta velocidad para evaluar su potencial en la mitigación del cambio climático y la reducción del consumo de energía, así como de otros impactos ambientales. Existe diversa literatura sobre ACV de líneas ferroviarias de alta velocidad. En la Tabla 1 se recogen varios estudios de ACV realizados sobre líneas ferroviarias de AV. Chester y Horvath (2010) realizan un estudio sobre la línea de alta velocidad de California (CAHSR, 1100 km), actualmente en construcción, estimando que se necesitarían entre seis y ocho años para equilibrar la huella de carbono de la construcción de la infraestructura, siempre que la tasa de ocupación del TAV se mantuviera por encima del resto de modos de transporte. Chang y Kendall (2011) obtienen conclusiones similares en su análisis de la línea San Francisco-Anaheim (CAHSR, 725 km), y consideran que se necesitarían seis años para amortizar las emisiones de GEI, aunque podrían ser necesarios más de 20 años si las tasas de ocupación fueran más bajas de lo esperado. Barnes (2014) también analiza la línea de California y concluye que reemplazar parte del cemento con cenizas volantes en la producción de hormigón, por un lado,

y el uso de energía renovable para el TAV, por otro lado, son las opciones más factibles para que el CAHSR sea más eficiente en la lucha contra el cambio climático. Yue et al. (2015) han realizado el ACV de la línea de AV de Beijing-Shanghai de China y determinan que la fase de operación del TAV tiene una contribución más significativa en el medioambiente que la fase de construcción de su infraestructura. Además, exponen que los impactos ambientales en términos generales se pueden reducir sustancialmente si en la producción eléctrica el consumo de carbón es limitado, se optimiza el uso de trenes, se utilizan cenizas volantes, o si la construcción de puentes y túneles es limitada.

Diversos estudios también analizan varias líneas de AV de Europa. Banar y Özdemir (2015) realizan el ACV de la red de AV en Turquía determinando que, de todas las cargas ambientales, el 58% corresponde a la fase de construcción y el 42% a la fase de operación. Akerman (2011) analiza la línea sueca Europabanan desde una perspectiva de ACV y señala que las emisiones totales podrían reducirse en 0.55 millones de toneladas de CO₂ equivalente por año. Cornet et al. (2017) examinan la huella de carbono del mayor proyecto de infraestructura de transporte del siglo en el Reino Unido, el TAV que unirá Londres con diferentes ciudades del norte, y concluyen que no contribuirá a una reducción neta de emisiones de CO₂. Jones et al. (2016) analizan los impactos ambientales totales de la futura línea de AV portuguesa entre Lisboa y Oporto. Los resultados indican que la operación del TAV es el mayor contribuyente a las emisiones atmosféricas totales del proyecto (69% de CO₂, 76% de SO₂, 82 % de PM10), mientras que el resto correspondería a cargas asociadas a la construcción, mantenimiento y tratamiento al final de la vida útil de la infraestructura.

En lo que respecta a la red AVE en España, y después de analizar la bibliografía especializada, solamente encontramos un trabajo de ACV que incluya todas las fases que componen el ciclo de vida de la infraestructura y que considere la totalidad de la extensión de la red de alta velocidad. Este trabajo es el realizado por Kortazar et al. (2021a) y analizan los cuatro corredores que componen la red de AVE en el año 2016 e integran todas las fases. Además, todos los datos utilizados en el análisis están disponibles en Kortazar et al. (2021b). Este estudio de ACV

de la red AVE es bastante sólido al afirmar que los lanzamientos de los corredores de AV de Cataluña y Andalucía han generado un beneficio ambiental neto en CO₂eq después de nueve y doce años de operación, respectivamente. Sin embargo, también muestra que los resultados empeoran a medida que la red se expande a corredores con menor demanda de transporte (corredores de Levante y del Norte). La demanda de transporte en las infraestructuras de AV tiende a tener rendimientos decrecientes una vez ya sobrepasado el pico de demanda y haber conectado los núcleos demográficamente más densos del territorio. Existe otro estudio de ACV que analiza también el AVE. Este trabajo es el de García Álvarez (2010) que concluye que cada pasajero de la línea de AV Madrid-Barcelona podría contribuir a una reducción de emisiones de 30 kg de CO₂, pero sin tener en cuenta las cargas de construcción de la infraestructura. Bueno et al. (2017) realizan un ACV de la futura línea de alta velocidad en el País Vasco (Y Vasca) que será parte del Corredor Norte de la red AVE. Incluyen en el análisis la fase de construcción y mantenimiento de la infraestructura y exponen en las conclusiones que las emisiones de CO₂ vinculadas a las fases de construcción y mantenimiento de la infraestructura nunca serían compensadas y que se necesitarían 55 años de funcionamiento antes de que comenzaran los ahorros netos de energía.

Por último, Cuenot (2016) realiza para la UIC (Unión Internacional de Ferrocarriles) una síntesis de los trabajos sobre las principales metodologías para el cálculo de la huella de carbono de diferentes líneas ferroviarias, concluyendo que el trabajo más preciso, transparente y con las mejores garantías de ofrecer los resultados más fiables, es el realizado por Tuchschnid et al. (2011). Este trabajo realiza un exhaustivo inventario y valoración de todos los elementos de la infraestructura ferroviaria y los resultados quedan plasmados en los factores de impacto para cada elemento constructivo.

TABLA 1. Principales estudios de ACV sobre líneas de alta velocidad ferroviaria.

Proyecto	País	Referencia	km	Incluido en este estudio
California HSR (CAHSR)	EE.UU	Chester y Horvath (2010)	1100	Construcción infraestructura, operación.
San Francisco-Anaheim (CAHSR)	EE.UU	Chang y Kendall (2011)	725	Construcción infraestructura.
California HSR (CAHSR)	EE.UU	Barnes E. (2014)	1100	Fase Diseño/Construcción; fase de uso.
Beijing-Shanghai	China	Yue et al. (2015)	1318	Fabricación vehículo, mantenimiento y enajenación; construcción infraestructura; operación.
Turkish HSR	Turkía	Banar y Özdemir (2015)	888	Construcción, mantenimiento y operación de la infraestructura ferroviaria; producción, mantenimiento y operación de trenes
Europabanan line	Suecia	Akerman J. (2011)	740	Construcción, mantenimiento y operación de la infraestructura ferroviaria; producción, mantenimiento y operación de trenes
UK HS2	Reino Unido	Cornet et al. (2017)	556	Construcción infraestructura, operación.
Lisbon and Porto	Portugal	Jones et al. (2016)	297	Construcción, mantenimiento, operación y enajenación de la infraestructura ferroviaria; fabricación, mantenimiento, operación y enajenación de trenes.
Madrid-Barcelona	España	García Álvarez A. (2010)	621	Operación de trenes.
AVE	España	Kortazar et al. (2021)	2583	Construcción infraestructura, mantenimiento y operación.
Y Vasca	España	Bueno et al. (2017)	180	Construcción infraestructura, mantenimiento y operación.

Fuente: elaboración propia

5. DISCUSIÓN

Tras analizar los principales estudios de ACV sobre líneas de alta velocidad ferroviaria, se constata que la mayoría de los estudios de ACV de infraestructuras de alta velocidad analizados no integran en el análisis

todas las fases que componen el ciclo de vida de la infraestructura. Este ciclo lo componen las fases de construcción, mantenimiento y operación del proyecto en cuestión y considerar solo alguna de ellas supone realizar un ACV parcial y faltar a los fundamentos conceptuales de la metodología. Los supuestos beneficios ambientales del TAV normalmente provienen de trabajos que solamente analizan la operación del tren y no consideran las fases de construcción, mantenimiento y desmantelamiento de la infraestructura (Bueno et al., 2017; Chester and Horvath, 2010; Heather Jones et al., 2016).

Uno de los factores más influyente sobre el rendimiento medioambiental de una infraestructura de AV es claramente la densidad de transporte, y para que este resultado sea beneficioso esta demanda debe proceder del desplazamiento de transporte desde otros modos más contaminantes (aéreo o por carretera) y no corresponder a una nueva demanda inducida. La densidad de transporte, medida en pasajeros o toneladas equivalentes sobre infraestructura completa, debe ser suficientemente alta para compensar con operación las cargas asociadas a las fases de construcción y mantenimiento de la infraestructura. En la literatura específica, hay autores que estiman que se necesita una demanda de 10 M de pasajeros en el primer año de operación para que una línea de AV típica sea social y ambientalmente viable (De Rus, 2011; Westin & Kågeson, 2012). En la Tabla 2 se recogen las densidades de transporte soportada por redes de AV en el mundo. Como se puede observar las densidades de transporte las redes europeas de AV del AVE con 4.75 Mp (datos de Railissa), la Y Vasca con 3.1 Mp y la de Italia con 3.74 Mp están muy lejos de las densidades de otras líneas como Japón con casi 100 Mp o Francia con 25 Mp. Y es que la densidad de transporte de las redes de AV parece presentar rendimientos decrecientes con respecto a las ampliaciones de la extensión del trazado. Es decir, la densidad empeora a medida que la red se expande a corredores con menor demanda de transporte. España llegó a su punto máximo en año 2008 (10 Mp) tras inaugurar la línea Madrid-Barcelona, pero tras extender la red (Norte y Levante) la densidad ha disminuido. Y parece lógico pensar que tras haber conectado ya las zonas con mayor densidad demográfica no se espera que próximas extensiones aumenten la densidad de

transporte, al contrario, la empeoraría. Por lo tanto, en los casos en que esta densidad de transporte no es suficientemente alta y provenga de otros modos de transporte, el rendimiento ambiental de esas líneas de AV se verá claramente perjudicado. Así, por ejemplo, las reducciones generales del impacto ambiental derivadas de la operación del AVE y de la Y Vasca (balance negativo) son muy limitadas, si no insignificantes. En el caso del AVE, este proyecto solamente ayudaría a reducir en menos de un 1% las emisiones de transporte y en menos de un 0.5% el consumo energético del sector transporte en España en 2016 (International Energy Agency, 2017). Y en el caso de la Y Vasca, este proyecto solamente ayudaría a reducir en menos de un 3% las emisiones de transporte y en menos de un 1% las emisiones de GEI de Euskadi. Resultados con poco peso sobre los objetivos marcados para 2030 y 2050. Es decir, la capacidad de la red AVE para mitigar el cambio climático y reducir la dependencia de la energía es claramente insuficiente en el actual contexto de crisis ambiental global, que exige una drástica reducción de las emisiones de GEI.

TABLA 2. Densidad de transporte de pasajeros en las redes nacionales de TAV en 2016.

		Extensión red, Velocidad máxima entre 160 y 250 km/h	Extensión red, Velocidad máxima superior a 250 km/h	Transporte	Densidad media de transporte (pasajeros sobre infraestructura completa)
Red Nacional	Año	(km)	(km)	(Mpkm)	(Mp)
Y Vasca	2020	188	188	587	3.1
AVE España	2016	669	2503	15059	4.75
Francia	2015	0	2043	49980	24.46
Alemania	2016	1511	994	27213	10.86
Italia	2012	2767	653	12794	3.74
China	2017	12276	20305	577635	17.73
Japón (CJRC)	2017	0	553	54756	99.02
Japón (EJR)	2017	0	1194	23371	19.57
Japón (WJRC)	2017	0	813	21023	25.87
Taiwan (THSRC)	2016	0	350	10488	29.97

Fuente: elaboración propia a partir de las estadísticas de la UIC (2016) (RAILISA).

6. CONCLUSIONES

De acuerdo con el repaso bibliográfico sobre estudios de ACV sobre infraestructuras ferroviarias de alta velocidad, se puede concluir que existen pocos trabajos que incluyan en el análisis todas las fases que componen el ciclo de vida de la infraestructura. Algunos trabajos centran su análisis solamente en la fase de operación del tren lo que lleva a una contabilización parcial de los impactos generados por esos proyectos. En las fases de construcción y mantenimiento se dan gran parte de las cargas ambientales de cada proyecto por lo que es preciso incluirlas en los estudios.

Además, el volumen de pasajeros y mercancías desplazados desde otros modos de transporte es un dato crucial para el rendimiento ambiental de TAV y si esta demanda no es suficientemente alta, la inversión pública en infraestructuras de TAV puede ser perjudicial en términos ambientales (Kortazar et al., 2021a). Así, hemos visto que en algunos casos la densidad de transporte no llega al mínimo necesario para considerar estos proyectos como mejora de las condiciones medioambientales. En estos casos, la capacidad de la red de AV para mitigar el cambio climático y reducir la dependencia de la energía es claramente insuficiente en el actual contexto de crisis ambiental global, que exige una drástica reducción de las emisiones de GEI y ahorro energético. Por lo tanto, y desde una perspectiva ambiental, solamente se deberían considerar construir aquellos proyectos de AV que garanticen una densidad de transporte suficiente y esta provenga mayoritariamente del desplazamiento de pasajeros y mercancías desde otros modos de transporte hacia el TAV.

Para concluir, recordar una frase contundente de la Agencia Europea de Medioambiente que afirma que “las medidas actuales para limitar los impactos ambientales y climáticos del sector del transporte en Europa no parecen ser suficientes para alcanzar los objetivos a largo plazo de la UE” (European Environment Agency, 2018).

8. REFERENCIAS

- Akerman, J. (2011). The role of high-speed rail in mitigating climate change – The Swedish case Europabanan from a life cycle perspective. *Transportation Research Part D: Transport and Environment*, 16(3), 208-217. <https://doi.org/10.1016/j.trd.2010.12.004>
- Banar, M., & Özdemir, A. (2015). An evaluation of railway passenger transport in Turkey using life cycle assessment and life cycle cost methods. *Transportation Research Part D: Transport and Environment*, 41, 88-105. <https://doi.org/10.1016/j.trd.2015.09.017>
- Barnes, E. (2014). California High Speed Resilience to Climate Change. En *Center for Earth Systems Engineering and Management*. <http://hdl.handle.net/2286/R.I.25239>
- Bjørn, A., Owsianiak, M., Molin, C., & Hauschild, M. Z. (2018). LCA History. En M. Z. Hauschild, R. K. Rosenbaum, & S. I. Olsen (Eds.), *Life Cycle Assessment: Theory and Practice* (pp. 17-30). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-319-56475-3_3
- Bueno, G., Hoyos, D., & Capellán-Pérez, I. (2017). Evaluating the environmental performance of the high speed rail project in the Basque Country, Spain. *Research in Transportation Economics*, 62, 44-56. <https://doi.org/10.1016/j.retrec.2017.02.004>
- California High-Speed Rail Authority. (2016). *California High-Speed Rail Sustainability Report*. 54.
- Chang, B., & Kendall, A. (2011). Life cycle greenhouse gas assessment of infrastructure construction for California's high-speed rail system. *Transportation Research Part D: Transport and Environment*, 16(6), 429-434. <https://doi.org/10.1016/j.trd.2011.04.004>
- Chester, M., & Horvath, A. (2010). Life-cycle assessment of high-speed rail: The case of California. *Environmental Research Letters*, 5(1), 014003. <https://doi.org/10.1088/1748-9326/5/1/014003>
- Cornet, Y., Dudley, G., & Banister, D. (2017). High Speed Rail: Implications for carbon emissions and biodiversity. *Case Studies on Transport Policy*. <https://doi.org/10.1016/j.cstp.2017.08.007>
- Cuenot, F. (2016). Carbon Footprint of Railway Infrastructure: Comparing existing methodologies on typical corridors. *UIC-ETF*, 51.
- De Rus, G. (2011). The BCA of HSR: Should the Government Invest in High Speed Rail Infrastructure? *Journal of Benefit-Cost Analysis*, 2(1), 1-28. <https://doi.org/10.2202/2152-2812.1058>
- European Commission. (2011). *White paper on transport. A roadmap to a single European transport area*. http://ec.europa.eu/transport/themes/strategies/doc/2011_white_paper/white-paper-illustrated-brochure_es.pdf

- European Commission. (2013a). *EU energy, transport and GHG emissions—Trends to 2050: Reference scenario 2013*. European Commission.
- European Commission. (2013b). 2013/179/EU: Commission Recommendation of 9 April 2013 on the use of common methods to measure and communicate the life cycle environmental performance of products and organisations Text with EEA relevance. En *OJ L* (N.º 32013H0179; Vol. 124). <http://data.europa.eu/eli/reco/2013/179/oj/eng>
- European Commission. (2021). *European Platform on Life Cycle Assessment*. <https://eplca.jrc.ec.europa.eu/>
- European Court of Auditors. (2018). *A European high-speed rail network: Not a reality but an ineffective patchwork*. https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR18_19/SR_HIGH_SPEED_RAIL_EN.pdf
- European Environment Agency. (2018). *Transport: Increasing oil consumption and greenhouse gas emissions hamper EU progress towards environment and climate objectives*. European Environment Agency.
- García Álvarez, A. (2010). Energy Consumption and Emissions of High-Speed Trains. *Transportation Research Record: Journal of the Transportation Research Board*, 2159, 27-35. <https://doi.org/10.3141/2159-04>
- Guinée, J. B., Gorrée, M., Heijungs, R., Huppes, G., Kleijn, R., Koning, A. de, Oers, L. van, Wegener Sleeswijk, A., Suh, S., Udo de Haes, H. A., Bruijn, H. de, Duin, R. van, & Huijbregts, M. A. J. (2002). *Handbook on life cycle assessment. Operational guide to the ISO standards. I: LCA in perspective. Iia: Guide. Iib: Operational annex. III: Scientific background*. Kluwer Academic Publishers.
- Huijbregts, M. A. J., Steinmann, Z. J. N., Elshout, P. M. F., Stam, G., Verones, F., Vieira, M., Zijp, M., Hollander, A., & van Zelm, R. (2017). ReCiPe2016: A harmonised life cycle impact assessment method at midpoint and endpoint level. *The International Journal of Life Cycle Assessment*, 22(2), 138-147. <https://doi.org/10.1007/s11367-016-1246-y>
- International Energy Agency. (2017). *Statistics | Spain—Total Primary Energy Supply (TPES) by source (chart)*. <https://www.iea.org/statistics/?country=SPAIN&year=2016&category=Key%20indicators&indicator=TPESbySource&mode=chart&dataTable=BALANCES>
- ISO. (2006). *ISO 14040:2006(es), Gestión ambiental—Análisis del ciclo de vida—Principios y marco de referencia*. <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:14040:ed-2:v1:es>
- Jehanno, A., Palmer, D., & James, C. (2011). *High Speed Rail and Sustainability*. International Union of Railways, UIC. <http://old.uic.org/download.php/publication/531E.pdf>

- Jones, H., Moura, F., & Domingos, T. (2016). Life cycle assessment of high-speed rail: A case study in Portugal. *The International Journal of Life Cycle Assessment*, 22. <https://doi.org/10.1007/s11367-016-1177-7>
- Kortazar, A., Bueno, G., & Hoyos, D. (2021a). Environmental balance of the high speed rail network in Spain: A Life Cycle Assessment approach. *Research in Transportation Economics*, 101035. <https://doi.org/10.1016/j.retrec.2021.101035>
- Kortazar, A., Bueno, G., & Hoyos, D. (2021b). Dataset for the life cycle assessment of the high speed rail network in Spain. *Data in Brief*, 36, 107006. <https://doi.org/10.1016/j.dib.2021.107006>
- Mazzi, A. (2020). Chapter 1—Introduction. Life cycle thinking. En J. Ren & S. Toniolo (Eds.), *Life Cycle Sustainability Assessment for Decision-Making* (pp. 1-19). Elsevier. <https://doi.org/10.1016/B978-0-12-818355-7.00001-4>
- Mekel, O., Huppes, G., Huele, R., & Guinée, J. (1990). Environmental Effects of Different Package Systems for Fresh Milk. (1990).
- Ormazabal, M., Jaca, C., & Puga-Leal, R. (2014). Analysis and Comparison of Life Cycle Assessment and Carbon Footprint Software. En *Advances in Intelligent Systems and Computing* (Vol. 281, pp. 1521-1530). https://doi.org/10.1007/978-3-642-55122-2_131
- SETAC. (1994). Guidelines for Life-Cycle Assessment: A 'Code of Practice' from the workshop held at Sesimbra, Portugal, 31 March – 3 April 1993. *Environmental Science and Pollution Research*, 1(1), 55-55. <https://doi.org/10.1007/BF02986927>
- Toniolo, S., Mazzi, A., Mazzarotto, G., & Scipioni, A. (2019). International standards with a life cycle perspective: Which dimension of sustainability is addressed? *The International Journal of Life Cycle Assessment*, 24(10), 1765-1777. <https://doi.org/10.1007/s11367-019-01606-w>
- Tuchs Schmid, M., Knörr, W., Schacht, A., Mottschall, M., & Schmied, M. (2011). *Carbon Footprint and environmental impact of Railway Infrastructure*. International Union of Railways, UIC. https://uic.org/IMG/pdf/uic_rail_infrastructure_111104.pdf
- Westin, J., & Kågeson, P. (2012). Can high speed rail offset its embedded emissions? *Transportation Research Part D: Transport and Environment*, 17(1), 1-7. <https://doi.org/10.1016/j.trd.2011.09.006>
- Yue, Y., Wang, T., Liang, S., Yang, J., Hou, P., Qu, S., Zhou, J., Jia, X., Wang, H., & Xu, M. (2015). Life cycle assessment of High Speed Rail in China. *Transportation Research Part D: Transport and Environment*, 41, 367-376. <https://doi.org/10.1016/j.trd.2015.10.005>

AGENCIAS ESPAÑOLAS Y USO DE ESTRATEGIAS DE MARKETING DIGITAL POR SEGMENTACIÓN GENERACIONAL

IRINA RAMOS SANTANA

Universidad Internacional Isabel I de Castilla

SANTIAGO MAYORGA ESCALADA

Universidad Internacional Isabel I de Castilla

1. INTRODUCCIÓN

Para los especialistas dedicados a la investigación en marketing, el factor predominante entre las características demográficas de los individuos se corresponde con la edad de estos (Mitchell, 1995). Esta puede ser una variable determinante en el comportamiento que tendrán, así como en sus gustos y vivencias.

En la actualidad, la evolución del marketing ha sido tan importante que ahora pocas empresas pueden sobrevivir sin una potente estrategia de marketing digital. Pero sin duda, si el objetivo real se encuentra fijado en crecer y aspirar a convertirse en líder de un sector o abarcar un amplio público, es indispensable disponer de una sólida estrategia 2.0. Por ello, en un intento de dar luz a las estrategias de marketing digital más usadas por las agencias de marketing de contenido, el presente trabajo tiene como objetivo principal: analizar las estrategias de marketing digital más utilizadas por las principales agencias españolas de marketing de contenidos en redes sociales, en función de la distribución generacional a la que pertenece el target de las marcas de sus clientes.

2. OBJETIVOS

Con la intención de abordar el presente proyecto, se establece como objetivo principal conocer si los rangos generacionales de los usuarios condicionan el uso de diferentes estrategias de marketing.

Para dar respuesta al objetivo principal, se establecen una serie de objetivos secundarios:

- Conocer las características y estrategias que dan forma al marketing digital.
- Explicar la distribución de la población por rangos identitarios generacionales.
- Conocer las percepciones profesionales y estrategias de marketing digital de contenidos que utilizan las principales agencias españolas del sector en redes sociales para conectar a las marcas con su target, en función de rangos identitarios generacionales.

3. METODOLOGÍA

Para garantizar la coherencia interna y afrontar con garantías empíricas la consecución de los objetivos anteriormente señalados, se establece el uso de diferentes herramientas metodológicas que se van a utilizar para el desarrollo de la investigación.

La propia naturaleza del trabajo, teniendo en cuenta los objetivos trazados, hace que su estructura se divida en dos grandes bloques. Ambas partes persiguen complementarse para llegar a conocer la importancia que pueden tener las estrategias de marketing digital que las agencias desarrollan para conectar a las marcas con su target, en función de la distribución generacional.

La primera parte del trabajo se implementará a través de una revisión bibliográfica y documental. Para ello se realiza una búsqueda y consulta de publicaciones de expertos en la materia. De esta forma, se dará consistencia y coherencia al cuerpo del actual trabajo a la vez que se exponen los conceptos básicos que sientan las bases del marketing digital.

La segunda parte del trabajo va a desarrollarse a través de un análisis cuantitativo realizado con la ayuda de la construcción de una encuesta ‘ad-hoc’. Este documento será enviado a los principales profesionales del sector (agencias de marketing y publicidad) en España para que les den respuesta.

4. CUERPO TEÓRICO

4.1. ESTRATEGIAS DE MARKETING DIGITAL

SEO

La necesidad de adaptar el marketing al actual entorno en la red, ha derivado en la aparición de una de las principales estrategias, por no decir la más importante de las relativas al marketing digital. Las estrategias SEO “facilitan a empresas y organizaciones obtener un buen posicionamiento en los buscadores e incrementar el tráfico en su página web” (Sabate, F., Berbegal, J., Consolación, C., Cañabate, A., 2009, p.321). teniendo en cuenta el entorno de máxima competencia y saturación. Además, es relevante conocer que “la mayoría de los internautas sólo se fijan en las 2 primeras páginas de resultados que devuelven los buscadores”. (Sabaté, F., Arjones, R., Cañabate, A., Consolación, C., 2009, p.1711)

Actualmente se considera que “la captación de clientes a través del marketing basado en buscadores es una de las estrategias más atractivas para las empresas” (Sabate, F., Berbegal, J., Consolación, C., Cañabate, A., 2009, p.323). Es importante la capacidad que tengan las entidades de realizar estrategias SEO pues de esto dependerá, en gran medida, la posibilidad de poder captar nuevos clientes de manera más sencilla y eficiente.

SEM

El Search Engine Marketing (SEM) se refiere a cualquier acción que se lleva a cabo para la promoción de un sitio web en los buscadores mediante el uso de anuncios de pago (Orense y Rojas, 2010). Es una estrategia que normalmente es complementaria al SEO. En este caso, se paga

para que, una vez obtenido un buen posicionamiento, se promocióne en primera línea de buscadores a la marca anunciante.

Google Adwords es la herramienta de pago que permite a las marcas realizar SEM en el mayor buscador existente. Google Adwords se corresponde con una de las herramientas de promoción más utilizadas en la actualidad por las entidades.

Sitios Web

Poseer una página web no está considerado como una estrategia de marketing digital *per se*, sin embargo, se le presupone un medio idóneo por el cual poder ejecutarlas.

Una de las ventajas añadidas a poseer un sitio web es la capacidad que este alberga de potenciar la realización de cualquier tipo de publicidad, venta online y promociones entre muchas otras. Además, dado a los avances tecnológicos, se recomienda incluir en la web un blog que esté adaptado a las recomendaciones SEO, lo que permitirá mejorar el posicionamiento de nuestra página (Arias, 2013).

Marketing relacional

El marketing relacional es el que se encarga de promover una comunicación unidireccional con los clientes a través del marketing directo. La aplicación de este tipo de estrategias tiene aparejado un afán por fidelizar a los compradores.

Inbound marketing (o marketing de atracción 2.0)

Se basa en la combinación de varias acciones derivadas de las estrategias de marketing digital tales como el Search Engine Optimization (SEO), el marketing de contenidos, la presencia en plataformas digitales o la analítica web, entre otros (Castello, 2013).

El marketing de atracción 2.0 es menos agresivo que otros tipos de marketing. No se permiten, en este sentido, actos que perturben e interrumpen al usuario, respetando en todo momento su navegación a través de la web (Castello, 2013).

Storytelling

Este concepto hace referencia a una estrategia en la que se construye un relato, una historia con la que conectar con el usuario; creando significados, imagen de marca y *engagement* a través de piezas *transmedia* que resulten interesantes y cautivadores (Sánchez, J., Colomo, E., Sánchez, E., Ruiz, J., 2020).

Normalmente, para garantizar una mayor captación de la atención del cliente, la historia es contada a través de un inicio, un nudo y un desenlace en el que participan protagonistas y cuya trama data de la historia que representa a la marca objeto de estrategia.

Branded content

La abundancia de los anuncios y la publicidad hace del *branded content* un pilar fundamental en la realización de estrategias de marketing electrónico. La mayoría de los consumidores reciben todo tipo de publicidad, mucha de la cual, no les interesa. Por ello, el *branded content* se basa en la realización de una publicidad que resulte entretenida para el consumidor y que plasme sutilmente, los valores de una marca en él. (Costa-Sánchez; citado en Hidalgo, Segarra & Tur, 2016).

Se corresponde con un tipo de marketing mucho menos agresivo y directo por lo que goza de mayor aceptación en los consumidores. Además, el *branded content* no persigue una publicidad de servicios o productos sino meramente de marca. Realzar el valor de marca de la empresa es su principal objetivo. Para ello, se intenta referir a emociones o sentimientos que la marca puede hacer sentir a su distinguida clientela, generando de este modo una enorme capacidad de atracción y fidelización.

El *branded content* es adaptativo, por lo que se puede realizar a través de plataformas diversas, sitios webs, aplicaciones móviles etc. Además, se puede corresponder con vídeos identificativos de marca, podcasts, eventos o banners entre otros.

Marketing en redes sociales

Actualmente las redes sociales han tomado una fuerza indescriptible. Tanto, que son capaces hasta de influenciar en las decisiones de compra de los clientes como nunca se había visto. Se han convertido en un entorno de influencia a gran escala y facilitan la interacción entre personas y grupos, auspiciando, a priori, la confianza y el sentimiento de comunidad (Leimeister, Sidiras y Krcmar, 2006). Adicionalmente son un medio poseedor de una gran capacidad de feedback por el que las empresas son capaces de conocer qué es lo que los clientes demandan y ofrecerlos de manera casi instantánea. Así mismo, estas aplicaciones tienen la aptitud de hacer llegar información, contenidos, experiencias y publicidad para que pueda ser consumida en cualquier parte del mundo.

4.2. DISTRIBUCIÓN GENERACIONAL DE LOS USUARIOS

Se entiende como generación, tal y como recoge La Real Academia Española, a un “Conjunto de personas que, habiendo nacido en fechas próximas y recibido educación e influjos culturales y sociales semejantes, adoptan una actitud en cierto modo común en el ámbito de pensamiento o de la creación”. Por ello, cada generación se puede estudiar como un único elemento, formado por un número determinado de personas que posee características y singularidades comunes; haciendo que el estudio del comportamiento de los individuos que componen una cohorte sea más fácil de estudiar.

En cuanto al auge de las tecnologías y las redes sociales, estas han sido palpables en todos los rangos generacionales que existen actualmente cohabitando el mundo. Hoy en día, la edad no es un hándicap para el uso de las nuevas tecnologías. Incluso, tras la llegada de los smartphones que han supuesto una ventaja para el marketing digital, esta brecha generacional casi se ha extinguido. Prueba de ello es que la mayoría de las personas en la actualidad, indistintamente de la generación a la que pertenezcan, tienen un teléfono móvil propio o acceso a uno.

Baby boomers

Los Boomers, nacidos entre los años 1946 y 1964 crecieron bajo el sentimiento de esperanza que caracterizó el fin de la Segunda Guerra Mundial. Después del período de retroceso y escasez sufrido durante los años de enfrentamientos, los Boomers fueron criados con el objetivo de conseguir el avance que se les había negado a sus progenitores, la llamada generación silenciosa. Por ello, desde su niñez, se educaron en los valores de la independencia y la autonomía que les permitiera controlar su vida y su destino para que pudieran llegar tan lejos como quisieran (Mitchell, 1995).

La niñez de esta generación estuvo marcada por la dualidad entre el progreso deseado y el arraigo cultural de estancamiento existente motivado por el periodo bélico. Tuvieron que pasar unos años, se estima que, hasta su adolescencia, para que esta cohorte pudiera experimentar verdaderamente el cambio social que se fue cultivando tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial. Se caracterizaron por dejar atrás las costumbres y tradiciones pretéritas emprendiendo un camino que marcaría la revolución de la generación. “Reorientaron su sentido idealista revolucionario hacia los negocios y la industria del entretenimiento y mostraron además su gran interés por educarse” (Martínez, Rodríguez & Vargas, 2003, p.183). Cabe destacar que esta generación es la única que ha logrado pasar por todas las etapas más trascendentales de los últimos años. “Han vivido de todo: desde las televisiones en blanco y negro, hasta las pantallas más nítidas. Han jugado a las canicas, a la cuerda, al ping-pong, a la Atari y también con la Playstation.”.

Generación X (Baby busters)

Esta generación la componen personas nacidas entre 1965 y 1981. Nos encontramos ante una cohorte que, si bien presencié el nacimiento de internet y la televisión, no son considerados los acontecimientos cruciales que marcaron su existencia; más bien fueron sucesos que señalaron a un momento histórico concreto en el que convivían juntamente con otras generaciones. Sin embargo, a pesar de que como se ha señalado, esta generación no se encuentra caracterizada por ninguna

particularidad específica, se acaecieron numerosos cambios y movimientos en el mundo. Fruto de ello, la personalidad de los individuos que componen esta generación puede ser explicada a través de las siguientes circunstancias:

- Crecieron bajo la fuerte recesión económica que marcó la década de los ochenta, por ello, para (Martínez, Rodríguez & Vargas, 2003) los X son un grupo que, al contrario que sus predecesores, se identifican más con el realismo que con el idealismo.
- Entre muchos de los cambios, ubicamos en la figura de las mujeres que comprenden la generación X las pioneras en conciliación familiar y laboral.
- Para los X el fin de la vida se basaba en ganar el suficiente dinero que les permitiera comprar los productos que desean (Dunn 1993). Evidencia de que había calado de lleno en ellos la era del consumismo. Ya en su madurez, esta generación presencié uno de los primeros cambios revolucionarios de su historia: la televisión, que marcaría profundamente el transcurso de sus vidas (Roberts, 1998).
- En este ámbito, y a diferencia de los Baby Boomers, la Generación X no es hostil hacia la publicidad; “saben que la publicidad es vender un producto, y su actitud es cuéntame más sobre tu producto, dame información, razones por las que debería comprarlo” (Freeman, 1995, p. 30). Por estos dos últimos motivos, las empresas actualmente distinguen a los X como una generación clave a la que dirigir sus esfuerzos y realizar, entre otras estrategias de marketing, publicidad en todas sus variantes.

Generación Y (Millenials)

Conforman una generación que “la mayoría la definen como la compuesta por los nacidos entre los años 1981 y 2000.” (Ruiz, 2017, p.350). Su etapa de niñez estuvo marcada por el proteccionismo absoluto de

sus padres, por lo que son considerados personas apoyadas y queridas por parte de sus progenitores (Zemke, 2013).

Tres fueron los acontecimientos históricos más importante que marcaron la etapa evolutiva inicial de los Millenials. Los fatídicos ataques del 11 de septiembre, la evidente revolución que trajo consigo la era de Internet y el posterior el desencadenamiento de la globalización como consecuencia. (Ruiz, 2017).

Fueron ellos la primera cohorte en crecer bajo las reglas del nuevo contexto tecnológico. Haciendo que la forma que tenían de relacionarse con el mundo cambiara para siempre. (Bennett, Maton & Kervin, 2008; Wesner & Miller, 2008).

Actualmente a los Millenials se les considera que “constituye ya el principal segmento de consumidores del planeta” (Duffet, 2015; Ruiz, 2017, p.349), por lo que los profesionales del marketing tienen mucho interés en entender su comportamiento para lograr llegar a ellos de forma eficaz. Resalta que son una generación instantánea, capaces de adquirir cualquier producto con un solo “click”

Generación Z (Centennials)

Es la más joven de todas las generaciones, cuenta con una vida a través de una pantalla y sus mayores influyentes se encuentran detrás de las mismas. Los Centennials han nacido en plena globalización de las comunicaciones y el poder e influencia de las tecnologías en la población es palpable. Hijos de padres trabajadores con poca conciliación familiar han encontrado en las nuevas tecnologías, plataformas de contenidos y redes sociales una forma de entretenimiento y han hecho del consumo frecuente de ellas su estilo de vida.

Es una generación más cuidadosa y discriminatoria en relación a dónde gastar su dinero. (Béjar, V., Madrigal, F., y Madrigal, S., 2021). Sin embargo, ha activado otro tipo de comunicación empresa-cliente mucho más fuerte y potente gracias a su incesante auge en presencia en las redes sociales.

En términos tecnológicos y de acuerdo con The Australian Bureau of Statistics (2011) los Centennials, además de ser los que más utilizan la tecnología, son los que más manejan las redes sociales, lo que provoca en ellos nuevas necesidades de aprendizaje que los preparen para las nuevas economías. (Tal y como se cita en García, García, Huerta y Martínez, 2020): “son personas la mayoría de muy corta edad, pero a través de las cuales las empresas emplean métodos y estrategias de marketing que difieren mucho con respecto a los de las otras generaciones.

5. INVESTIGACIÓN

5.1. DISEÑO, PLANTEAMIENTO Y DESARROLLO

Una vez realizado todo el trabajo relativo a la parte teórica del estudio, se procede a trasladarlo a la práctica profesional con el propósito de poder cuantificar la información y dar respuesta a los objetivos propuestos. Este proceso permitirá finalmente que afloren una serie de conclusiones a través de las respuestas proporcionadas por los encuestados (profesionales de las principales agencias de publicidad y marketing digital de España).

La encuesta ha sido realizada ad-hoc para poder trabajar las cuestiones que determinan el presente trabajo. Se ha realizado a las agencias españolas de publicidad y marketing que, según la revista Marketing Eco-merce y la EAE, se encuentran entre las mejores del sector. Las agencias que han dado respuesta a la encuesta han rogado la mayor discreción posible en cuanto a las respuestas facilitadas dado la alta privacidad que envuelve al sector.

El cuestionario consta de seis preguntas; sus respuestas han sido tanto de carácter dicotómico como de carácter valorativo. Cada una de las preguntas realizadas se ha diseñado con el mayor rigor posible y en función de los objetivos propuestos en el trabajo. En ningún caso se ha tratado de inducir la respuesta a una pregunta. Se ha expresado el compromiso de anonimato y se ha respetado en todo momento la libertad de los encuestados para dar respuesta a las preguntas.

A continuación, se detalla pregunta por pregunta, la razón por la que se ha realizado de cara a la consecución de los objetivos establecidos para el trabajo:

Pregunta 1: ¿Cree que actualmente es viable realizar estrategias de marketing para un público masivo sin trabajar el ámbito digital?

La importancia de esta pregunta es imperativa, puesto que el conjunto del trabajo se ha realizado destacando la significación del ámbito digital en la consecución de las estrategias de marketing en la actualidad.

Pregunta 2: ¿Cómo valora, de forma general, la eficiencia de las siguientes redes sociales a la hora de establecer estrategias de marketing digital?

La relevancia de la respuesta de esta pregunta es evidente. Después de conocer cuáles han sido y son las redes sociales / plataformas que más poder tienen en la actualidad teóricamente, es necesario verificar que, en la práctica, también dominan las estrategias de publicidad y marketing online.

Pregunta 3: ¿Cree que los segmentos generacionales condicionan el uso de diferentes tipos de estrategia de marketing?

A pesar de que la intuición pueda llevar a la realización de conjeturas respecto de esta contestación, es curioso cómo la población, según el segmento de edad al que pertenezca, se rige por unos cánones sociales que se ven influenciados, incluso, el tipo de publicidad que consumen y a través de qué plataforma lo hacen.

Pregunta 4: ¿Qué rango o rangos de edad son más receptivos a sus estrategias de marketing digital?

Para la explicación empírica del trabajo, se procedió a dividir a la población en rangos generacionales por lo que fue necesario incluir una pregunta en el proceso de investigación que dividiera a la población tal y como se ha disgregado a lo largo del proyecto (generaciones).

Pregunta 5: Señale qué red social es la más relevante a la hora de establecer conexiones con los siguientes segmentos generacionales.

Una vez conocidas las principales redes sociales imperantes en la actualidad, así como los rangos generacionales a los que pertenecen los individuos que hacen uso de ellas y, por ende, a los que se les dedican las estrategias de marketing digital expuestas en el marco teórico del proyecto, es imprescindible conocer la interconexión entre ambos destacados factores. Por ello, esta pregunta viene a indicar el nexo de unión (o no) de las redes sociales según los ámbitos generacionales.

Pregunta 6: ¿Cuál crees que es, por normal general, la estrategia de marketing más adecuada para impactar a los distintos grupos generacionales?

El objetivo principal del trabajo radicaba en conocer las percepciones profesionales y estrategias de marketing digital de contenidos que utilizan las principales agencias españolas del sector en redes sociales para conectar a las marcas con su target, en función de rangos identitarios generacionales. Es por ello que, con la respuesta a esta pregunta, se culmina exitosamente la parte dedicada a cuantificar los objetivos propuestos en el estudio.

La encuesta fue respondida por un total de 23 profesionales de las agencias de publicidad y marketing más importantes del sector en España. Han respondido en todos los casos a las seis preguntas del cuestionario. Con todo ello y, tras las respuestas obtenidas, se procede a presentar los resultados alcanzados con el fin de poder redactar unas conclusiones que avalen todo el estudio llevado a cabo.

5.2. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS Y DISCUSIÓN

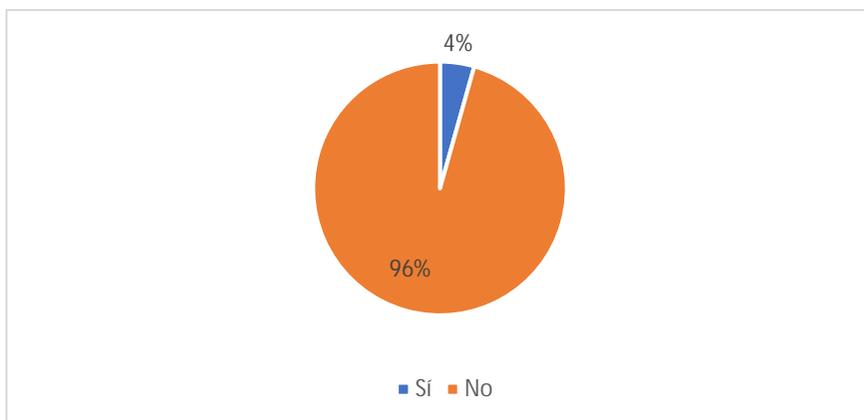
Se procede a presentar los datos extraídos de cada pregunta, así como la realización de una breve referencia sobre cada una de ellas.

Pregunta 1.

Según los encuestados, en un 96% de los casos se cree que **no** es viable la realización de estrategias de marketing a un público amplio sin la

utilización del ámbito digital. Por el contrario, un 4% sería capaz de realizar dichas estrategias de forma masiva sin necesidad de que estas sean realizadas en un entorno digital.

GRÁFICO 1. Viabilidad de realizar estrategias de marketing digital a un público masivo prescindiendo del ámbito digital.



¿Es viable realizar estrategias de marketing digital dirigida a un público masivo sin el uso del ámbito digital?

Pregunta 2.

Para la elaboración de esta pregunta se cuestionó a las agencias de publicidad y marketing por las diferentes plataformas estudiadas a lo largo del trabajo; Facebook, Instagram, Tik Tok, Twitch y Twitter. Para cada una de ellas, se les solicitó un valor, entre el 1 siendo este el más bajo y el 10 siendo este el más alto, que reflejara el nivel de eficiencia a la hora de establecer estrategias de marketing digital. Es importante mencionar que, en esta pregunta, no se le indicó a qué segmento de la población la realizaban dichas estrategias.

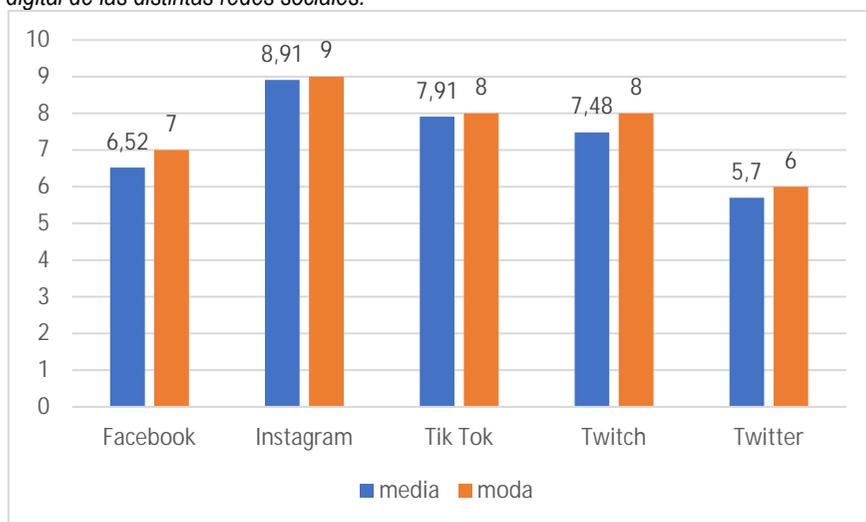
Con los datos obtenidos de las respuestas, se procedió a calcular la media y la moda de cada una de las plataformas estudiadas. Los datos recogidos fueron los siguientes:

- Facebook: de media un 6,52 y moda un 7.
- Instagram: de media un 8,91 y moda un 9.
- Tik Tok: de media un 7,91 y moda un 8.

- Twitch: de media un 7,48 y moda un 8.
- Twitter: de media un 5,7 y moda un 6.

Como primera aproximación se puede afirmar que la plataforma mejor valorada por las agencias de publicidad españolas ha sido un 8,91, por lo que, probablemente, sea esta una de las principales plataformas por las cuales realizan sus estrategias de marketing.

GRÁFICO 2. Valoración de la eficiencia para el establecimiento de estrategias de marketing digital de las distintas redes sociales.

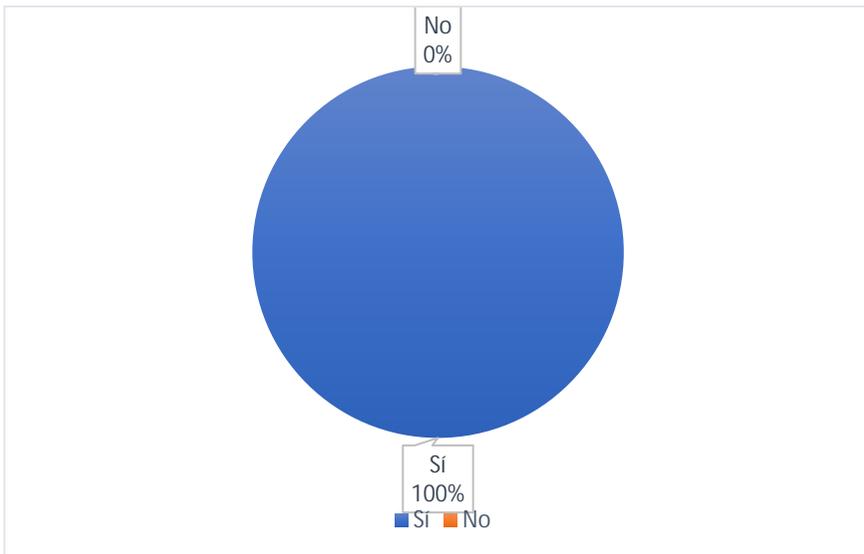


¿Varia la eficiencia de la aplicación de estrategias de marketing digital en las distintas redes sociales?

Pregunta 3.

En un 100% de los casos, las agencias encuestadas han respondido que, los diferentes rangos generacionales requieren de distintas estrategias de marketing digital. O lo que es lo mismo, es necesario definir una correcta estrategia de marketing, así como una correcta vía por la que realizarla, para poder llegar a los segmentos generacionales deseados en cada momento. Siendo muy posible que una estrategia, aun siendo buena y precisa, fracase y no consiga los objetivos por el simple hecho de no haberla emitido por el canal adecuado.

GRÁFICO 3. Segmentos generacionales y estrategias de marketing digital.



¿Condicional los segmentos generacionales en el uso de diferentes estrategias de marketing?

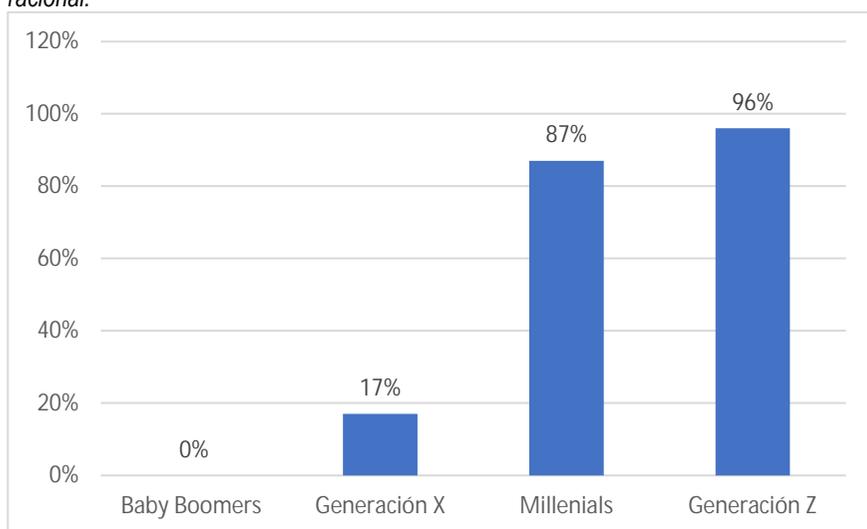
Pregunta 4.

Según los datos analizados, a medida que aumenta la edad de la población objetivo, disminuye el grado de receptividad a propuestas de estrategias de marketing digital. Los motivos, no analizados en este caso, pueden ser de diversa índole. Un menor uso del ámbito 2.0 o una menor familiarización con las plataformas actuales pueden ser dos de los numerosos motivos por los que a mayor edad, menor receptividad. En este caso, los datos que se han cuantificado son los siguientes:

1. Ninguno de los encuestados ha optado por dotar de viabilidad las estrategias de marketing dirigidas a los Baby Boomers y realizadas a través de plataformas digitales.
2. Cuatro de las veintitrés agencias encuestadas, avalan estrategias de marketing en ámbitos digitales dirigidas a la Generación X, lo que se traduce que un 17% de los encuestados considera que este rango generacional garantiza una buena receptividad a la hora de consumir estrategias de marketing digital.

3. En cuanto a los Millennials, veinte agencias de los veintitrés totales realizarían estrategias de marketing digital, dirigidas a este segmento de la población, a través de plataformas online. Porcentualmente se traduce en un 87% de las agencias españolas de publicidad más valoradas de España. Esto se debe a que estiman, son un grupo altamente receptivos a dichas estrategias procedidas a través de la vía indicada.
4. Por último, y en este caso, más relevante, el 96% de los encuestados, lo que supone veintidós de las veintitrés agencias encuestadas, consideran que los más jóvenes, es decir, la generación Z, es la más receptiva a las estrategias de marketing digital en la actualidad.

GRÁFICO 4: *Grado de receptividad a las estrategias de marketing digital por rango generacional.*



¿Qué porcentaje de receptividad tiene cada segmento generacional hacia las estrategias de marketing digital?

Pregunta 5.

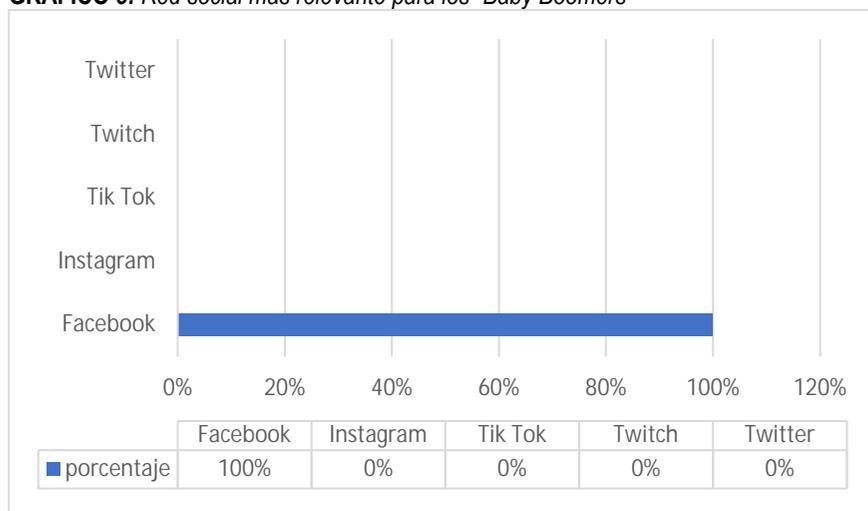
En el caso de tener que establecer estrategias de marketing por vía digital, se ha preguntado a los encuestados cuál sería la red social preferible para hacerlo, teniendo en cuenta los diferentes rangos generacionales en los que se ha dividido la población. A continuación, se muestran

los gráficos obtenidos una vez analizados los datos recibidos. Cada gráfico ha sido separado por rango generacional y, adicionalmente, se ha añadido uno a modo de resumen que engloba todos los rangos generacionales, así como todas las redes sociales por las que se han preguntado.

Baby Boomers.

A pesar de que este segmento es el menos receptivo de los cuatro a estrategias de marketing digital, las agencias de publicidad españolas han dirimido que, en caso de tener que realizar alguna, la confeccionarían a través de Facebook, puesto que es la red social que más familiar les resulta a los Baby Boomers. Según los resultados de las encuestas, ninguna otra red social sería viable en caso de querer llegar a impactar en este segmento poblacional puesto que, ninguna agencia ha indicado otra respuesta diferente a Facebook como red social más relevante para ellos.

GRÁFICO 5: Red social más relevante para los “Baby Boomers”



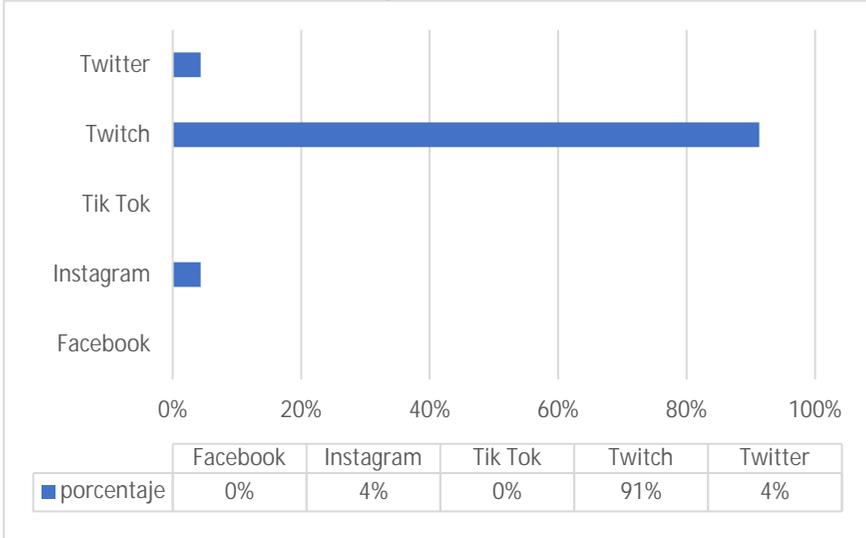
¿Qué red social es más relevante para los Baby Boomers?

Generación X.

Para los X, Twitch, a pesar de ser una red social reciente, es la más relevante en cuanto a visibilidad para ellos. Por eso, veintiuna de las

veintitrés agencias de publicidad a las que se les ha realizado la encuesta, consideran esta red social como la más relevante para los integrantes de la Generación X. Por su parte, Twitter e Instagram han obtenido un voto respectivamente en la encuesta realizada.

GRÁFICO 6: Red social más relevante para la “Generación X”

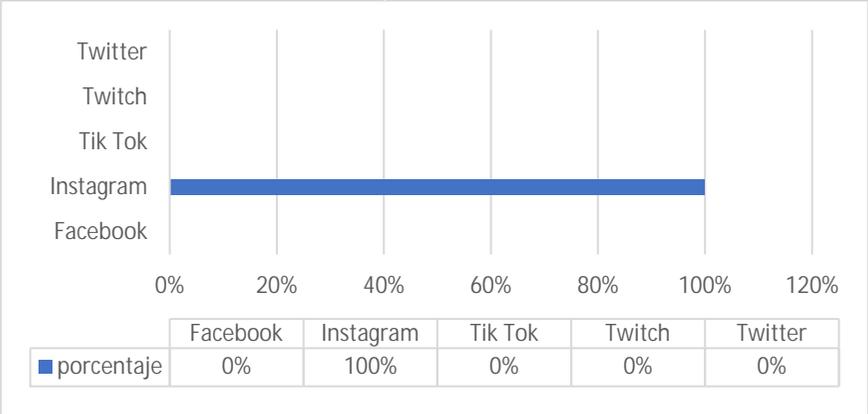


¿Qué red social es más relevante para la Generación X?

Generación Y.

La situación de los Millenials torna más clara, se afirma por unanimidad que la red social más relevante para este segmento de la población es Instagram. De hecho, esta ha sido la única respuesta acreditada en las encuestas realizadas. En un 100% de los casos, las agencias han asegurado que Instagram sería la plataforma más relevante para la realización de estrategias de marketing digital dirigidas a los Millenials.

GRÁFICO 7: Red social más relevante para la “Generación Y”



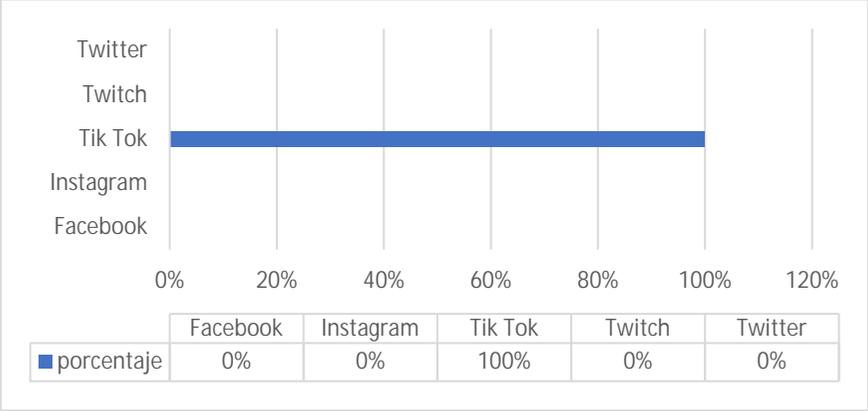
¿Qué red social es más relevante para la Generación Y?

Generación Z.

Para los más jóvenes, Tik-Tok se ha convertido en la red social más influyente actualmente, por ello, si se quiere realizar una estrategia de marketing para este grupo de la población, lo más factible es realizarla vía Tik Tok, pues es la más relevante para la Generación Z.

A continuación, y a modo de resumen se añade un gráfico con todas las redes sociales, así como todos los rangos generacionales para que se vea más clara la comparativa entre ellos.

GRÁFICO 8: Red social más relevante para la “Generación Z”



¿Qué red social es más relevante para la Generación Z?

Pregunta 6.

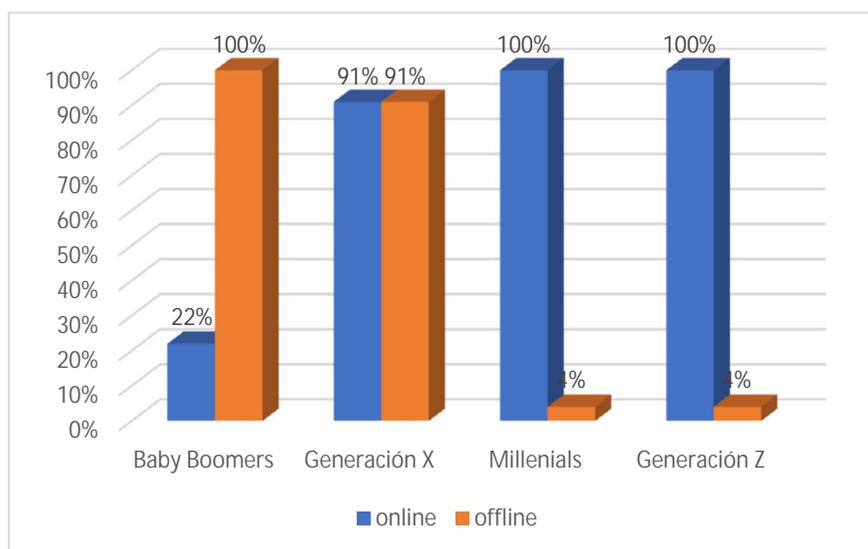
El propósito de este trabajo culmina con la presentación de los datos que pretenden dar respuesta al objetivo principal del mismo: “Conocer las percepciones profesionales y estrategias de marketing digital de contenidos que utilizan las principales agencias españolas del sector en redes sociales para conectar a las marcas con su target, en función de rangos identitarios generacionales”. Después de haber determinado los rangos generacionales propuestos, así como las plataformas digitales que más se adaptan a los mismos, se expone en el siguiente gráfico cuáles son, según las respuestas de las agencias españolas, las más relevantes estrategias de marketing digital.

1. Las agencias de publicidad determinan que para poder realizar estrategias de marketing dirigidas a los Baby Boomers es más correcto realizarlas de manera offline. Las veintitrés encuestadas han respondido decantándose por estrategias offline destacando que, cinco de ellas, también proponen estrategias de marketing de manera online, lo que supone un 22% de las respuestas favorables.
2. En cuanto a la generación X, es la menos decantada que se encuentra, las agencias proponen que, tanto estrategias online como offline son factibles para este grupo generacional. Es por ello que, los datos reflejan a diecinueve agencias que realizarían conjuntamente estrategias tanto online como offline, dos de ellas han respondido que sólo realizarían estrategias online para los X y, otras dos, optarían solo por realizar estrategias offline. Por ello, el 91% de los encuestados, lo que supone veintiún votos, optaría tanto por estrategias online como offline.
3. En cuanto a Millenials y Centenials el panorama es más claro y revelador, en un 100% de los casos las estrategias de marketing dirigidas a los dos grupos generacionales más jóvenes, han de realizarse a través de medios online, puesto que es la manera más sencilla de conectar con ellos. Un 4% de los encuestados también ha optado por realizar estrategias offline.

Para poder ampliar la información de esta pregunta, se detallan a continuación, algunas de las estrategias y medios tanto online como offline que han destacado los encuestados en sus respuestas.

- Online: Social media, SEO, buscadores, nuevas tendencias en redes sociales, tendencias con interacción directa, influencers, branded content, storytelling, posicionamiento.
- Offline: marketing en puntos de venta, medios tradicionales, publicidad en papel.

GRÁFICO 9: Estrategia más adecuada para los distintos grupos generacionales.



¿Qué tipo de estrategia es la más adecuada para impactar en los diferentes grupos generacionales?

6. CONCLUSIONES

Para poder llegar a responder al objetivo principal del trabajo, se han tenido que abordar y resolver los objetivos secundarios del mismo. Todo el desarrollo del trabajo ha ido enfocado a responder, punto por punto, los objetivos secundarios del proyecto para poder culminar en una respuesta certera del objetivo principal del mismo.

Se han conocido de manera clara las principales estrategias que utilizan las agencias españolas de marketing de contenidos para realizar sus proyectos empresariales. Ello ha derivado en conocer cuáles son las más utilizadas en el panorama actual.

Los segmentos generacionales que cohabitan en el mundo han sido un apartado relevante del trabajo. En el que se quiere conocer cómo influyen las estrategias de marketing digital entre otros factores, según los rangos identitarios generacionales. Por ello, explicar y comprender cada segmento poblacional ha sido un objetivo secundario al que se le ha dado una respuesta.

Para poder culminar de manera efectiva el trabajo realizado, se ha tenido que dar respuesta al objetivo principal del mismo: Conocer las percepciones profesionales y estrategias de marketing digital de contenidos que utilizan las principales agencias españolas del sector en redes sociales para conectar a las marcas con su target, en función de rangos identitarios generacionales. Con la ayuda de los datos derivados de las encuestas realizadas, así como de todo el marco teórico que avala y respalda las teorías propuestas, se ha conseguido dar respuesta al fin último de este proyecto.

Tal y como se ha podido conocer, las estrategias de marketing digital de contenidos utilizadas por las agencias españolas más importantes de la actualidad difieren según el rango generacional al que se les enfoque. Además, para conectar a las marcas con su target en el que se utiliza como medio las redes sociales, también se ha dado respuesta a cuál o cuáles, según las principales agencias españolas de marketing digital y de contenidos, son precisas utilizar para poder conectar con cada segmento generacional.

Como conclusión última e importante del trabajo expuesto, se puede afirmar que, según los datos obtenidos de las encuestas realizadas a las principales agencias españolas de publicidad y marketing de contenidos, los consumidores materializan reacciones diferente a estrategias de marketing digital dependiendo del medio en el que estas se realicen. Sumando a lo anterior, la importancia del rango generacional al que pertenezcan los individuos. Puesto que, no todos los canales por los que

efectuar estrategias de e-marketing son viables para todos los segmentos generacionales.

7. REFERENCIAS

- Arias, M. (2013). *Marketing Digital. Posicionamiento SEO, SEM y Redes Sociales*. Scotts Valley, California: CreateSpace.
- Asadorian, D., Black, A., & Dunnett, H. (2017). 8 Key Truths About Generation Z. *Research World*, 12–14. Recuperado de <https://doi.org/10.1002/rwm3.20587>
- Blanco, F., Medrano, M.L., San-Millán, E. (2008). Social media marketing, redes sociales y metaversos. *Dialnet*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2751765>
- Blanes, M.J., 2017. Las curvy como modelo de ‘celebritización’ y empoderamiento en Instagram. *CIC*. 22, 203-221.
- Blázquez, A., 2014. Un modelo explicativo de la teoría de los 6 grados de separación y su aplicación a la enseñanza. *Revista de enseñanza de la psicología*. N°8, vol.1.
- Bruque, S., & Maqueira, J.M., 2012. Marketing 2.0. El nuevo marketing en la Web de las Redes Sociales. *Revista Comunicación*, n°13, año 2015, PP. 106-110. Reseña por Carlos Castro.
- Casado, C., (2018). La influencia de la personalidad en el uso de Instagram. *Revista de Psicología, Ciències de l’Eduació i de l’Esport*. 36(2), 23-31. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6764596>
- Campos-Domínguez, E., 2017. Twitter y la comunicación política. *Revista el profesional de la información*. V.26, N.5, PP 785-793
- Candale, C.V., 2017. Las características de las redes sociales y las posibilidades de expresión abiertas por ellas. La comunicación de los jóvenes españoles en Facebook, Twitter e Intagram. *Revista de la Red de Hispanistas de Europa Central*. N°8. pp201-218.
- Costanza, D. P., Badger, J. M., Fraser, R. L., Severt, J. B., & Gade, P. A. (2012). Generational Differences in Work-Related Attitudes: A Meta-analysis. *Journal of Business and Psychology*, 27(4), 375–394. doi: 10.1007/s10869-012-9259-4
- De Salas, M.I. (2010). La publicidad en las redes sociales: de lo invasivo a lo consentido. *Revista Icono 14*, n°15, pp. 75-84.

- Diago, A., Martínez, M., (2017). Elementos para el desarrollo de una estrategia de marketing digital que permita mejorar la gestión de marketing en empresas agroindustriales en el departamento del Cauca. *Revista A & D*, nº2, vol. 47, pp.184-193. Recuperado de:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6403425>
- Díaz, C., López, M., & Roncallo, L., (2017). Entendiendo las generaciones: una revisión del concepto, clasificación y características distintivas de los baby boomers, X y millennials. *Revista Clío América*. Vol.11, nº 22, pp 188-204.
- Diviani, R., Raimondo, N., Reviglio, M., 2016. Esfera pública y redes sociales en Internet: ¿Qué es lo nuevo en Facebook? *Revista Mediterránea de comunicación*. Vol. 7, nº1.
- Doña, L., Luque, T., 2017. Relación entre marketing y universidad. Revisión teórica y propuesta de un modelo teórico y de marketing 3.0. *Revista de estudios empresariales*. nº2. pp 2-27.
- Duque, P., Toro, C. A., Ramírez, C. D. y Carvajal, H. M. (2020). Marketing viral: el uso de las redes sociales. *Clío América*, 14(27), 454-468.
<http://dx.doi.org/10.21676/23897848.3759>
- Esteban, E., (2020). Tik-Tok en el punto de mira. *Escritura pública*. Nº125, p.1
- Fernández, A., Rodríguez, B., Orosa, A., 2019. Priscoterapia en los tiempos de Instagram: Las redes sociales en la construcción de narrativas. *Revista de psicoterapia*. Vol. 30, nº 114.
- Fraguela, N., 2021. Las mejores agencias SEO de España según su propio trabajo SEO. *Revista marketing ecommerce*. Recuperado de:
<https://marketing4ecommerce.net/mejores-agencias-seo-espana-top/>
- Galiano Coronil, A. (2021). Un nuevo enfoque de marketing social en las redes sociales. Aplicación en las ONGD. *IROCAMM: International Review of Communication and Marketing Mix*, 4 (1), 22-32.
- García-Moreno, D. (2012). *El milagro se llama redes sociales*. Ávila, España: Instituto Juan de Mariana.
- García, M.A., García, S.M., Huerta, Z.M., Martínez, R.I., (2020). Diferencias en el impacto de la mercadotecnia emocional entre Millennials y Centennials del Noreste de México. *Revista Relayn*, vol.4, núm 3, septiembre-diciembre 2020, pp 27-36. Recuperado de:
<http://iquatroeditores.com/relayn/>.
- García Uceda, M. (1995). *Las claves de la publicidad*. Madrid: ESIC.
- González Martín, J.A. (1996). *Teoría general de la publicidad*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.

- Gutiérrez Lozano, J. F., Cuartero, A. (2020). El auge de Twitch: nuevas ofertas audiovisuales y cambios del consumo televisivo entre la audiencia juvenil. *Ámbitos. Revista Internacional de Comunicación* 50. pp. 159-175. doi: 10.12795/Ambitos. 2020.i50.11
- Jaspe, J., 2019. Instagram como arma de contrapropaganda. Instituto Español de estudios estratégicos. 90/2019.
- José Javier Ruiz Cartagena (2017): “Millennials y redes sociales: estrategias para una comunicación de marca efectiva”, en Miguel Hernández *Communication Journal*, no8, pp. 347 a 367. Universidad Miguel Hernández, UMH (Elche-Alicante).
- Kotler, P., Cámara, D. y Grande, I. (1995). Dirección de marketing. Madrid: Prentice-Hall International
- Leimeister, J., Sidiras, P., Krcmar, H. (2006): Exploring Success Factors of Virtual Communities: Perspectives of Members and Operators. United States: *Journal of Organizational Computing and Electronic Commerce*.
- Liberos, E., (2013). El libro del marketing interactivo y la publicidad digital.
- Madrigal-Moreno F., Madrigal-Moreno S., & Béjar-Tinoco V. (2021). Estrategias de marketing orientadas al consumo de la generación centennial. *European Scientific Journal, ESJ*, 17(4), 268. Recuperado de: <https://doi.org/10.19044/esj.2021.v17n4p268>
- Martinez Lugo, M.E., Rodríguez Sanchez, M.H., Vargas Figueroa, J.A., (2003). Estudio exploratorio de un grupo de miembros de la generación de los Baby Boomer y de la generación X en el lugar de trabajo en Puerto Rico. *Revista Puertorriqueña de Psicología*. Vol. 14, nº 1, p. 181-209. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/catart?codigo=4895888>
- Martínez, L., 2015. La identidad de los jóvenes españoles en Facebook ¿Qué comunican los universitarios en la red social?
- Maldonado, K., Maldonado, C., 2020. Análisis de perfiles turísticos por generaciones: Baby Boomers, Generación X y Millennials; que visitan la ciudad de Cuenca, Ecuador.
- Media, R., Sarzosa, S., Morales, V., (2019). Tecnologías para el uso de marketing de proximidad: un aporte teórico. Nº5. pp 26-39.
- Membriela-Pollán, M. & Pedreira-Fernández, N. (2019). Herramientas de Marketing digital y competencia: una aproximación al estado de la cuestión. *Atlantic review of economics – aroec*, vol 03, núm 3. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7407247>.

- Mitchell, Susan (1995), La guía oficial de las generaciones: quiénes son, cómo They Live, What They Think, New Strategist Publications, Ithaca, Nueva York
- Orense, M., Rojas, O. (2010). SEO: cómo triunfar en buscadores. Barcelona, España: ESIC.
- Pérez, J., (2021) No hagas anuncios haz titoks. Revista CTRL. N°684, pp.17-19
- Ramos, M., Muñiz, J.A., (2010). La eficacia de la publicidad directa e interactiva a través del correo electrónico. Comunicación y desarrollo en la era digital. II congreso internacional. AE-IC. pp 1-24.
- Real Academia Española. (2001). Diccionario de la lengua española (22ª ed., Vol. III). Madrid, España: Espasa. Obtenido de www.rae.es
- Ritchie, K. (1995). Marketing to generation X. American Demographics.
- Roberts, James A. (1998), "Compra compulsiva entre estudiantes universitarios: una investigación de sus antecedentes, consecuencias e implicaciones para las políticas públicas", el Revista de Asuntos del Consumidor, 32, 2
- Roberts, J.A., (2020). Baby boomers y busters: una investigación exploratoria de las actitudes hacia el marketing, la publicidad y el consumismo. Revista de marketing del consumidor, vol 17. *///
- Rodríguez Centeno, J.C. (2004). La publicidad como herramienta de las distintas modalidades de comunicación persuasiva. Global Media Journal Edición Iberoamericana, 1, 17-25.
- Sabate, F., Berbegal, J., Consolación, C., Cañabate, A., (2009). La utilización de estrategias SEO en el sector de la venta de libros. Intangible Capital. pp321-346. Recuperado de: <https://www.intangiblecapital.org/index.php/ic/article/view/129/103>
- Sabaté, F., Arjones, R., Cañabate, A., Consolación, C., (2009). Estrategias SEM de pago por clic en el sector de las floristerías. Recuperado de: <http://adingor.es/congresos/web/uploads/cio/cio2009/1711-1720.pdf>
- Sánchez, J., Colomo, E., Sánchez, E., Ruiz, J., 2020. La tecnología como eje del cambio metodológico. Repositorio institucional de la Universidad de Málaga.
- San Román, J., (2021). El caso tik tok como paradigma. Revista CTRL. N° 684, p.1.
- Santamaria, D., Gotopo, T., (2016). Outbound e inbound marketing para emprendedores en Venezuela. Marketing visionario. Vol.5. nº2. pp 122-132
- Statista (2018). Tasa de crecimiento de la inversión en Marketing Digital en España de 2011 a 2017. Recuperado de <https://es.statista.com/>

- Statista (2020). Número de usuarios de Facebook en Estados Unidos de 2017 a 2025. Recuperado de <https://es.statista.com/estadisticas/599554/numero-de-usuarios-de-facebook-entre-y-2020/>
- Stein, Joel. (2013). The Me Me Me generation. Revista Time. Recuperado de <http://time.com/247/Millennials-the-me-me-me-generation/>
- Suárez, T. (2018). Evolución del marketing 1.0 al 4.0, Redmarka. Revista de Marketing Aplicado, vol 01, núm. 022, 209-227.
- Tobeña, V., (2020). Pensar el futuro de la escuela desde comunidades de práctica. Claves desde TikTok. Marina Garcés y Antonio Casado de Rcoha (eds). N°33, 221-233
- Torres, C., (2016). Literatura en twitter. A propósito del twitter fiction festival. Centro de Investigaçao em Artes e Cominicaçao de la Universidade do Algarve, Faro, Portugal. Estudios de Literatura. Vol 7 pp 382-404
- Vega, J.M., Romero, S.A., Guzmán, G., (2018). Marketing digital y las finanzas de las pymes. Revista Journal, Vol. 6, 12, 100-116. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7107413>
- Villarejo, A. (2014). Influencers, ¿por qué son tan importantes en tu estrategia de marca? 40deFiebre. Recuperado de: <http://www.40defiebre.com/influencersimportantes-estrategia-social-media/>
- Zemke, R., Raines, C. y Filipczak, B. (2013). Generations at work: Managing the clash of Boomers, Gen Xers, and Gen Yers in the workplace. EEUU: Kindle Edition de AMACOM Div American Mgmt Assn.
- Zook, B., (2019). American baby boomers' sourcing of health information. <https://www.anunciantes.com/observatorio-la-publicidad/>

LAS DIRECCIONES COMERCIALES DE LAS EMPRESAS DE DISTRIBUCIÓN B2B ANTE LOS RETOS DE LA ERA DIGITAL POSCOVID

VICENTE GINER CRESPO

Universidad Internacional de La Rioja

ISABEL INIESTA-ALEMÁN

Universidad Internacional de La Rioja

LUIS MANUEL CERDÁ SUAREZ

Universidad Internacional de La Rioja

1. INTRODUCCIÓN

Si tenemos en cuenta que para que una empresa o marca logre sus objetivos tiene que saber estar siempre allí donde estén sus clientes, no podemos obviar que a raíz de la pandemia causada por el COVID 19 el cambio que se ha producido en la sociedad ha sido grande. Esta se ha visto obligada a modificar la forma de trabajar, formarse, entretenerse y especialmente comunicarse (Iniesta-Alemán y Badillo, 2021). Esto obliga a las empresas a estar también conectadas con los clientes de forma digital y ser, por tanto, capaces de ofrecer este canal como alternativa y/o complemento (Kar y Dasgupta, 2021) al tradicional. De esta forma, las organizaciones se aseguran de estar disponibles y en contacto con sus potenciales clientes en ambos entornos.

Si este esfuerzo ya es grande para las empresas que se dirigen un consumidor final (las denominadas B2C) supone un reto realmente importante para aquellas cuyo cliente es otra empresa (las que se conocen por B2B). Para lograr el objetivo de estar presentes de forma eficiente en todos los entornos en los que sus clientes se mueven, las empresas de B2B tienen que adaptar sus redes comerciales a la demanda actual, pero también a la demanda inmediata que empiezan a exigir las nuevas

generaciones de clientes. En este sentido, y de acuerdo con Almirall (2021, P.1), se puede afirmar:

La COVID-19 ha acelerado tendencias que ya estaban presentes en nuestra sociedad, impulsándolas con una velocidad de despegue que ha transformado organizaciones, sociedades y a nosotros mismos, creando y destruyendo fortunas y dibujando un mundo que ya no volverá a ser el mismo [...] Quizá el elemento más llamativo de la transformación provocada por la pandemia del coronavirus ha sido la virtualización de nuestras relaciones sociales y laborales.

El cambio en la forma de vender para las empresas B2B es, por tanto, una realidad que no puede obviar. Las expectativas de los clientes han cambiado radical, rápida (Sales Force, 2021) y, posiblemente, de forma permanente con la llegada de la COVID. Tan pareciera que mundo físico se ha quedado pequeño, las fronteras se han diluido y los clientes demandan a sus proveedores una comunicación integral que incluya, sin excusas, lo digital.

Sin lugar a duda, tanto de B2B como de B2C son coincidentes respecto al impulso sin precedentes que el canal digital está teniendo desde la pandemia.

No cabe duda de que el concepto de transformación digital (TD) está en la mente de los directivos de las empresas españolas. Así lo refleja el Estudio IESE-PENTEIO sobre Transformación Digital1, en el que el 82% de los directivos encuestados considera que la TD está afectando completamente, o de manera significativa, a sus respectivas organizaciones (Zamora y Ricart 2020, pág. 1)

Por tanto, las direcciones comerciales de las empresas B2B están metidas de lleno en lo que el experto en management y reputado empresario sueco Jan Carlzon (2001) llamó «el momento de la verdad». En aquellos años Carlzon propuso la transformación de la empresa para la que trabajaba, Grupo SAS (Scandinavian Airlines System) por medio de la creación de un modelo de gestión descentralizado en el que la toma de decisiones debía darse en todos los niveles de la estructura organizacional (Thompson, 2006). De esta forma se adelantó a su tiempo logrando, no solo que su empresa empezara a estar totalmente centrada en los clientes, sino que también todas las demás compañías en el resto del

mundo comenzaran a adoptar la misma estrategia de proximidad a los clientes empoderando a la fuerza de ventas.

2. EL MARKETING RELACIONAL EN EL COMPORTAMIENTO DE COMPRA INDUSTRIAL DEL SIGLO XXI

El marketing relacional, también conocido como marketing de relaciones, aparece a mediados de los años ochenta (Ferriz, Delso y Lozano, 2000) y supone una redefinición profunda del concepto de marketing. El foco se fija, a partir de entonces, en la creación de relaciones de valor mutuo con clientes (Grönroos, 1989), como respuesta a los cambios en el entorno tecnológico y como resultado la evolución del consumidor. En un contexto de saturación publicitaria, quedó de manifiesto que es mayor el esfuerzo de captar nuevos clientes que el necesario para mantener a los que ya lo son.

La publicidad interactiva que un recién nacido Internet prometía a los anunciantes captó inmediatamente la atención de los directivos y empresarios que trataban de llegar a sus clientes de la forma más directa posible. Los viejos medios de comunicación vieron, en los años ochenta del siglo pasado, como se comenzaba a cuestionar su eficacia como medios publicitarios. Internet pasó a ser una canal en el que «hay que estar» aún sin saber muy bien cómo ni en qué forma.

La aparición en la época de los noventa de nuevas formas organizativas en un entorno extremadamente cambiante en lo económico, en lo social y en lo tecnológico, aumentan en las empresas la necesidad de información con el objetivo de mantener unas relaciones estables con clientes, proveedores (Grönroos, 1989, 1996) y con los trabajadores de la empresa (Levionnois, 1992).

Toda empresa necesita razonar estratégicamente (Ventura, 2008) para conseguir sus objetivos en un determinado entorno. Las decisiones estratégicas son complejas y, por definición, comprometen los recursos de la empresa a medio y largo plazo. Esto supone la necesidad de un profundo compromiso de la dirección de la empresa con la estrategia

elegida, ya que su modificación suele suponer, en muchas ocasiones, grandes pérdidas.

La apertura a nuevos mercados o la adopción de nuevos protocolos de trabajo son momentos especialmente delicados en la gestión estratégica que ponen a prueba la capacidad de los directivos para mantener la coherencia. Hoy en día nacen con frecuencia innovadores modelos de negocio e industrias totalmente nuevas sustituyen a otras que se van desmoronando. Las empresas emergentes (startups) desafían a la vieja guardia, que se esfuerza febrilmente por reinventarse (Osterwlauder y Pigneur, 2011, pág. 7).

Uno de los principales objetivos del marketing, desde que este concepto adquirió carta de naturaleza a principios del siglo XX, ha sido la adquisición y defensa de una determinada cuota de mercado. La transacción, el intercambio, ha sido tradicionalmente el foco de los estudios académicos y de las prácticas empresariales. En la definición enunciada por la American Marketing Association en 1960, marketing es “la ejecución de ciertas actividades en los negocios que, de una forma planificada y sistemática, dirigen el flujo de mercancías desde el productor hasta el consumidor con beneficio mutuo”. Tras la aparición del concepto de marketing mix en 1950 por Borden (Cobo y González, 2007), el concepto de intercambio sigue siendo el vertebrador de la definición revisada en 1985 por AMA, según la cual el marketing es “el proceso de planificación y ejecución del concepto, precio, promoción y distribución de ideas, bienes y servicios para crear intercambios que satisfagan los objetivos del individuo y de la organización”.

Para conceptualizar la naturaleza de la empresa (Ventura, 2008) se pueden considerar dos enfoques: el enfoque financiero o Shareholder y el enfoque Stakeholder. En el enfoque Shareholder, los accionistas son el rol de principal de una relación de agencia (Jensen y Meckling, 1976) y los directivos ocupan el lugar de los agentes. El objetivo principal, en esta filosofía o enfoque, es maximizar el beneficio de los directivos en un entorno de información asimétrica y con un problema de motivación del agente. El enfoque Stakeholder, por otro lado, considera la empresa como una institución social integrada por grupos de interés. Esto implica la existencia de múltiples objetivos y posibles conflictos en un

entramado complejo de relaciones. La empresa, desde este enfoque, considera que existe un contrato social implícito encuadrado en el concepto de Responsabilidad Social Corporativa (RSC). Se amplía el enfoque Shareholder al tener en cuenta las relaciones de los denominados grupos de interés a la hora de definir las estrategias de la empresa.

Naver y Slater (1990) definen la orientación al mercado como un constructo compuesto por tres elementos comportamentales (orientación a la competencia, orientación al cliente y coordinación interfuncional) y dos criterios de decisión (rentabilidad y enfoque a largo plazo). El concepto de orientación al mercado defiende que el cliente o usuario ha de ser el centro de las actividades empresariales. Sin embargo, las empresas han seguido y, en muchos casos, aún siguen centrando sus mayores esfuerzos de marketing en la captación de clientes más que en su fidelización.

El análisis de los competidores, la orientación a la competencia se reconoce expresamente como uno de los pilares esenciales del marketing relacional. La teoría de juegos, herramienta que nos ayuda a comprender el comportamiento económico de las empresas, refuerza el reconocimiento de la necesidad de contemplar conjuntamente, antes de diseñar una estrategia empresarial, tanto a los clientes como a la competencia. Los competidores constituyen (Cobo y González, 2007) una variable definitiva en el resultado del juego comercial.

Conceptos como «cuota de cliente» o «valor de vida del cliente» (Guadarrama y Rosales, 2015) incorporan al campo comercial cálculos financieros como el VAN (Valor Actual Neto), al tener muy en cuenta los ingresos futuros y no sólo los presentes. Y es que el cliente, incluso el cliente industrial, ha dejado de ser un concepto anónimo para ofrecer una gran parte de su intimidad en las redes sociales y canales digitales a la vista de quien quiera escuchar y ver. Gracias a las nuevas tecnologías, hoy podemos interactuar con los clientes en los términos y en los temas que más le interesan, de forma personalizada.

El marketing transaccional cumplió su ciclo. Hoy está establecido el paradigma relacional basado en las relaciones que se establecen en una interacción que busca la permanencia del cliente que dejó de ser anónimo para convertirse en el objetivo constante de los fines de la empresa (Villagrán Jaramillo, 2016, pág. 31).

Las empresas cuya filosofía de trabajo se enmarca en el marketing relacional adoptan un enfoque empresarial centrado en la fidelización de sus mejores clientes, pero también en el desarrollo de relaciones a largo plazo con el resto de los agentes vinculados con la empresa. Es el denominado modelo de los mercados ampliados (Cobo y González, 2007) que plantea que la empresa no debe enfocar exclusivamente sus esfuerzos en el mercado final, sino también atenderá al mercado de proveedores, a los trabajadores, administraciones, etc...

El conocimiento del consumidor, la adecuación de la oferta, el valor percibido y el relacionamiento a largo plazo, constituyen las bases sobre las que se sustenta el marketing relacional. La fidelización tiene que ver con la gratitud, con la seguridad de que el deseo de mejorar algo en nosotros o en nuestro entorno se verá cumplido una vez más. El marketing relacional propone mecanismos para incidir sobre la fidelidad. Sobresale en este contexto, los programas de fidelización, a través de los cuales las organizaciones pretenden mantener a sus clientes a largo plazo y por ende, incrementar su cuota de mercado y sus rendimientos (Álvarez y Vasco, 2017, pág. 6).

El marketing relacional se centra, como unidad de análisis, en la relación en sí misma entendida como “la repetición y el mantenimiento de interacciones sólidas entre las partes gracias a la existencia de vínculos económicos o sociales entre ellas para lograr un beneficio mutuo” (San Martín, 2003), con el objetivo de establecer un vínculo afectivo y no solo comercial (Álvarez y Vasco, 2017) que consiga entablar una relación a largo plazo. La relación, y no la transacción, se convierte en el eje central del marketing en el siglo XXI (Córdoba, 2009). Por lo tanto, se puede concluir que “el nuevo paradigma de marketing se basa en estrategias centradas en mantener relaciones a largo plazo y mutuamente beneficiosas con todos los stakeholders” (Iniesta-Alemán, 2018, pág. 118).

Mientras que la mayoría de las empresas B2C comenzaron hace años a acometer cambios en la forma de relacionarse con sus clientes, ofreciendo el canal digital como alternativa y complemento, muchas empresas de B2B, especialmente de sectores industriales, han podido seguir trabajando durante estos años y hasta la llegada de la pandemia, sin sentir la necesidad de afrontar este reto.

El motivo del retraso en la adopción de las nuevas herramientas digitales necesarias para la creación del canal de comunicación digital por parte de este tipo de empresas se podría deber a la naturaleza de las relaciones profesionales que mantienen con sus clientes, ya que estas son más personalizadas y sobre todo más complejas que en B2C. De acuerdo con Rodríguez, Svensson y Mehl. (2020) los procesos de venta en empresas B2B, por su mayor complejidad, no son fáciles de digitalizar, por tanto, estas empresas se enfrentan a algunos obstáculos adicionales que tienen que superar para lograrlo.

3. LAS NUEVAS GENERACIONES DE LAS EMPRESAS DE DISTRIBUCIÓN B2B

Las nuevas generaciones de clientes B2B demandan nuevas habilidades y canales de comunicación y venta por parte de sus proveedores. Y es que el comprador B2B del siglo XXI se mueve con agilidad en entornos virtuales y es menos receptivo a la forma tradicional de actuar de los comerciales (Llopis Sancho, 2021).

El vínculo emocional que envuelve la relación cliente-proveedor en las empresas B2B es mucho más fuerte y especialmente apoyado en la prestación de un servicio añadido que va más allá de la mera transaccionalidad de la venta (Andersson, Vierimaa y Sundkvist, 2018). Las habilidades sociales y de comunicación, no necesariamente ocupan los primeros puestos en los requisitos que se exigen los clientes en las empresas B2C, incluso pueden ocupar el último puesto (Rajguru y Kreindler, 2006). Sin embargo, en las empresas B2B estas habilidades están en primer lugar entre los criterios de selección de sus proveedores.

El vínculo, la relación que mantienen los clientes, que no debemos de olvidar son también empresas, con sus proveedores genera habitualmente un trato muy profesional, pero a la vez muy próximo y, por tanto, con un fuerte componente emocional. En definitiva, se genera una verdadera relación de partenariado entre ambas empresas, siendo una el cliente y la otra el proveedor. Es decir, este partenariado se basa en la mutua dependencia y confianza, ya que, el cliente necesita del buen

hacer de su proveedor para a su vez poder cumplir con sus clientes los compromisos adquiridos en su propuesta de valor.

Sin embargo, la COVID lo ha cambiado todo y ahora esos clientes a los que las empresas de B2B se deben, exigen el canal digital como complemento al físico (tradicional) el cual, hasta ahora, había dominado la relación entre ambos (Kar y Dasgupta et al. 2021)

Existe ya una nueva generación millennials de clientes B2B que exigen a sus proveedores (Llopis, 2021) evolucionar la relación que hasta ahora habían tenido exclusivamente a través del canal tradicional hacia uno que conjugue el marketing, las ventas y las nuevas tecnologías. En las empresas B2B la función go-to-market se ha venido apoyando hasta la llegada del COVID principalmente en la fuerza de ventas como actor principal de front office y en los departamentos que desde el back office tal como, marketing de soporte, servicio al cliente, soporte técnico, entre otros. Con la irrupción del COVID estos últimos se han delatado como especialmente vulnerables a la interrupción de relaciones con los clientes.

Aunque la demanda del canal digital por parte de las nuevas generaciones de profesionales ya era una realidad antes del COVID (Balis, 2021), la irrupción de este ha provocado que esa demanda se convierta en una exigencia. La pandemia ha provocado que las empresas B2B hayan tenido que replantearse la forma que habían tenido de relacionarse y comunicarse con sus clientes hasta entonces. Han encontrado en el canal digital la forma, no solo de poder mantener a sus clientes, sino también de dar solución por medio de este a las nuevas necesidades de comunicación que han ido surgiendo.

4. LA TRANSICIÓN NECESARIA A UNA CONVIVENCIA DE LO ON Y LO OFF

Las empresas de B2B deberían de utilizar una estructura mixta en el departamento comercial (Rodríguez, Svensson y Mehl 2020) para así poder obtener el máximo provecho de las tecnologías de la comunicación y aprovechar las ventajas que aporta la digitalización. Es, por tanto, el momento de que las direcciones comerciales de las empresas

B2B que aún no lo hayan hecho afronten de forma decidida la transformación digital de sus empresas. Y es el momento de encarar esta nueva realidad.

La tarea de afrontar la transformación digital y cultural ha sido un reto que se ha presentado de repente para aquellas empresas que no contaban con un plan a este respecto, o este era a medio/largo plazo (Ríos, 2020; Elgazzar, El-Shahawy, Senousy, et al,2022).

La capacidad de aceptar la realidad tal como es, puede ser una de las más útiles, pero también puede ser de las más carentes habilidades (*soft skills*) que puede tener un líder. Como consecuencia, el origen de muchos errores empresariales causados por malos liderazgos está en la incapacidad del líder de asumir una nueva realidad y, por tanto, las nuevas circunstancias que la rodean y que tiene que afrontar.

Goleman (2013) lo llamó «el punto ciego en el liderazgo» y, citando a un monje budista llamado Buddhagosa que vivió en el siglo V, lo definió como la ilusión o neblina mental que nos lleva a percibir erróneamente los objetos de conciencia. Según ese monje, la ilusión oscurece la verdadera esencia de las cosas, y en tanto que nos proporciona una falsa perspectiva (atención torpe) que nos puede llevar a malinterpretar la realidad que nos rodea.

Aquellas empresas B2B que con la llegada del COVID han sabido reaccionar a tiempo (Llopis, 2021) y por tanto han evolucionado desde *un go-to-market* tradicional hacia un *go-to-market* digital no solo están logrando mantener a los clientes que ya tenían antes de la pandemia, sino que, además, están logrando conseguir nuevos clientes millennials perdidos por sus anteriores proveedores que no se han sabido adaptar a tiempo. El dato es concluyente:

Con la masiva incorporación de los millennials (primeros nativos digitales) a los puestos de compras (en torno al 50% en B2B), esta tendencia se ha acentuado. Estos cada vez valoran menos el rol del vendedor tradicional. Según un estudio de Gartner², el 44% de los compradores millennials prefieren que no haya ninguna interacción con vendedores en los procesos de compra B2B (Llopis, 2021, pág. XX).

El reto, por tanto, no es ni mucho menos cuestión de abandonar el canal tradicional que ha sustentado durante siglos las relaciones entre cliente

y proveedor, sino ser capaces de ofrecer una relación one2one a cada cliente en el canal que considere más idóneo. Por tanto, las empresas B2B deben ser capaces de conjugar el *go-to-market* tradicional con el *go-to-market* digital.

Aún es pronto para considerar si el canal digital acabará desplazando por completo el canal tradicional. Especialmente si nos atenemos a otras transformaciones que, aunque redujeron el peso de otras formas de comunicación e interacción, no solo no consiguieron que desaparecieran, sino que las obligaron a reinventarse para sobrevivir e incluso poder convivir con los nuevos avances.

De acuerdo con Alcaraz, Antón y Ariza (2020), la reacción desde cualquier ámbito ante los retos tecnológicos no podrá ser eficaz si no se produce desde un profundo entendimiento del cambio social en el que se asientan. Este sería el caso de la radio como medio de comunicación, difusión e incluso de interacción, que no solo no fue, como decía la canción de Bruce Woolley en 1978 matada por el video, sino que hoy día, podríamos considerarse que es un muerto muy pero que muy vivo.

De hecho, sería una gran contradicción aceptar, como ya defienden algunos autores que, las relaciones personales tanto en B2B como en B2C llegarán algún día a desaparecer debido a la fuerza innegable del canal digital. Mientras, por otro lado, se les da cada vez más importancia y protagonismo a las emociones en los procesos de venta (Jiménez y Zambrano, 2018). Sin lugar a duda, la convivencia entre el canal tradicional y el digital, en todas sus formas y variantes, se torna una realidad difícil de cuestionar. Si unimos a todo ello la constatada resistencia al cambio de los dirigentes empresariales en un proceso de incertidumbre, encontraremos los frenos al desarrollo de estos nuevos protocolos de trabajo.

5. INFLUENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Las empresas “cuya filosofía se identifica con el marketing relacional son grandes demandantes de información para, de esta forma, poder comprender a fondo el comportamiento de sus clientes y así poder ofrecerles exactamente lo que quieren, cuando lo quieren y cómo lo quieren. Estamos en el inicio de una nueva forma de trabajar, de una

innovadora gestión de los datos para la cual, con toda seguridad, aún no está preparada la mayor parte de las empresas” (Iniesta-Alemán, 2018, p. 91).

Es creciente el número de publicaciones sobre la esencia y las consecuencias de la incertidumbre durante un cambio en las organizaciones. Cabe destacar las de Maurier y Northcott (2000), Pollard (2001), Bordia, Restubog, Jimmieson e Irmer (2011), Kim, Eugene y Seongsoo (2015) o Hirsh y Kang (2015). Por lo tanto (Álvarez, Ochoa, y Rodríguez, 2015, pág. 33), “es importante que los directivos se involucren dentro del proceso de cambio e informen al personal para que los empleados estén enterados de qué va a suceder y cuál va a ser su función dentro del nuevo esquema organizacional, y así disminuya su resistencia al cambio”.

La ciencia de datos y los sistemas de inteligencia organizacional están cambiando el paradigma y las reglas en la gestión empresarial. Datos que dormían infrutilizados en los sistemas informáticos de las empresas, se combinan ahora con los datos que pueden extraerse de Internet y otras fuentes de información. En el siglo XXI, la utilización del big data permite a los directores comerciales o de cualquier otra área de la empresa extraer ideas de los datos en bruto mediante algoritmos de inteligencia diseñados para la toma de decisiones estratégicas, como es el caso del diseño de productos, la implementación de acciones de marketing o el ahorro en costes de gestión.

La gestión del marketing en un contexto relacional implica necesariamente un elevado nivel de colaboración entre las partes concernidas. A medida que vamos avanzando en esta nueva realidad empresarial, somos más conscientes de la fuerza de las relaciones humanas. La labor comercial ha dejado de ser, únicamente, responsabilidad de un departamento de ventas para ser una creación en grupo en la que, incluso, los destinatarios de esta están implicados.

La llegada de Internet ha supuesto un cambio de modelo (Serrano-Cobos, 2016) que no afecta únicamente a la tecnología sino a todos los aspectos de la vida de los ciudadanos. Conviene, por tanto, prestar mucha atención a las nuevas tendencias del comportamiento humano que la acelerada transformación digital está provocando. El cambio

tecnológico que han supuesto las TRIC ha dado lugar al nacimiento de un nuevo entorno mediático, facilitando nuevos canales de comunicación y de relación con una enorme potencia (Gabelas, Marta-Lazo y Aranda, 2012).

Las autopistas de la información inundan de información a las instituciones, corporaciones empresariales y ciudadanos. En los últimos dos años, se ha creado más del noventa por ciento de la cantidad de datos que circulan por las diferentes redes tecnológicas. Si, como se afirmaba en el manifiesto Cluetrain, publicado en Internet en 1999, lo que define a los mercados actuales es la manera de relacionarse y la nueva forma de entender el contexto de comunicación comercial y de relaciones con los stakeholders empresariales, es indudable que el papel que juega Internet y el resto de las autopistas de la información han sido claves (Levine, Locke, Searls y Weinberger, 1999). La irrupción de las redes digitales de distribución de contenidos e información no solo ha cambiado la forma de contacto con los clientes, sino que también ha afectado a la manera en la que se organizan los departamentos comerciales.

El nuevo paradigma es ahora la denominada Ciencia de Datos: una tecnología disruptiva que está modificando la inteligencia empresarial, aportando una nueva visión las cinco importantes perspectivas del marketing: las personas, los productos, el emplazamiento, el precio y la promoción (Fan, Lau y Zhao, 2015). Este nuevo escenario poco tiene que ver con la versión neoclásica tradicional de la disciplina económica cuyos postulados dificultan el acercamiento a escenarios emergentes como este (Martínez, 2011). Sin embargo, queda todavía mucho camino por explorar para demostrar que estas nuevas herramientas para la gestión empresarial, en especial la comercial, revierten en una mejor competitividad y mayores beneficios de las organizaciones.

La alta conectividad de la sociedad actual y los nuevos modelos de consumo propiciados por la tecnología digital propician abundante información sobre los clientes y stakeholders empresariales. Esa información es esencial para la gestión corporativa y la estrategia comercial de las compañías. Los datos de sus clientes les permiten conocer a fondo su comportamiento. Se trata de una información sobre el consumo que permite adecuar los productos al cliente y ofrecerles, así, lo que quieren, cuando lo

quieren y como lo quieren. Sin embargo, este es el inicio de una nueva forma de trabajar, de una innovadora gestión de los datos para la cual muchas empresas aún no están preparadas (Iniesta-Alemán, 2018).

Hace unos años, Prieto (2013) ponía de manifiesto que la manera de acercarse a la tecnología condicionaba la adaptación al cambio. Aquellos gestores empresariales que hoy se resisten a este cambio de paradigma tecnológico y empresarial seguramente han tenido una relación tradicional de desconfianza con la innovación. Por lo tanto, es importante que los directivos “se involucren dentro del proceso de cambio y transmitan jerárquicamente el lugar y la misión que le corresponde a los trabajadores en el seno de su organización” (Álvarez, Ochoa, y Rodríguez, 2015, pág. 33).

6. LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL NO ES SOLO UNA CUESTIÓN DE TECNOLOGÍA

Resulta, por lo tanto, evidente que la irrupción del canal digital en todas sus formas y variantes es ya una realidad que las direcciones comerciales de las empresas B2B no pueden ni deben obviar. La mayoría de ellas empezaron ya a principios de 2020 a realizar inversiones al respecto ya que, como se ha destacado, las nuevas generaciones de clientes B2B antes del COVID ya demandaban y ahora exigen el pleno desarrollo del canal digital como requisito fundamental para seguir manteniendo una relación de partenariatado con sus proveedores. En colusión, la convivencia de ambos canales, el tradicional y el digital va a permitir precisamente que la tan renombrada en estos tiempos “experiencia de cliente” tanto para las nuevas generaciones como para las demás, sea lo más satisfactoria posible.

Pero “la transformación digital no es solo una cuestión de tecnología” (Giner, 2021). Es decir, no se trata simplemente de adquirir por parte de las empresas de distribución B2B las herramientas digitales que hay actualmente en el mercado para construir el canal de comunicación digital (Saura, Ribeiro-Soriano, Palacios-Marqués, 2021), sino también de ser capaces de aplicar estas en base a la naturaleza y peculiaridad de

la empresa y especialmente de sus clientes (Siby y George, 2020). En este sentido, Lavilla señala que:

Hablar de transformación digital en las empresas nos lleva a pensar en cómo la tecnología se incorpora al mundo de los negocios para brindarnos oportunidades y soluciones más eficientes. Sin embargo, el concepto es mucho más rico y mucho más profundo: es un fenómeno que impacta directamente en las personas y la sociedad. La transformación digital no es solo un proceso, es una nueva cultura (2019, p.1)

Y es precisamente ahí, donde nos encontramos con empresas que, aunque ya han empezado acometer este reto: Sin embargo, muchas transformaciones no han sido percibidas por los clientes puesto que, en realidad, no se han diseñado centrándose en sus necesidades (Davenport y Spanyi, 2020). La causa podría ser que a sus direcciones comerciales no se les haya dado el pleno liderazgo del proyecto. Y esto, probablemente, ha sido debido a que este liderazgo haya podido ser asumido por otras áreas menos cercanas a los clientes, aunque, a priori, más preparadas técnicamente. Estas áreas más técnicas de la empresa se han postulado como líderes del cambio y como principales aliados del CEO.

El fin último de cualquier transformación organizativa debe ser el mejor cumplimiento de la misión y la visión que dicha organización tiene, considerando el entorno en el que se encuentra; por lo que nunca se cambiará por cambiar, sino para ser más efectivos y poder satisfacer mejor las necesidades de los stakeholders clave (Correa, 2020, p.1)

No poner a las direcciones comerciales al frente de esta transformación, implicaría no poner a los clientes en el centro de esta y, por tanto, quitarles en cierta forma su papel protagonista dentro de la organización. Lo cual puede representar un problema debido a que empresas que siempre han estado focalizadas hacia sus clientes, empresas que ante cualquier decisión han puesto al cliente en el centro, han visto como estos han sido desplazados y convertidos en actores secundarios. Lo cual podría significar volver atrás y, por tanto, olvidar el cambio fundamental que, en management, aportó Carlzon.

La consecuencia de este posible cambio de actitud estaría en la inadecuada utilización, en algunos casos, de aquellas herramientas digitales que mejor encajan con las necesidades y demandas de los clientes. Ello, a su vez, podría desembocar en que, pese haber realizado fuertes

inversiones económicas en la transformación digital, esta finalmente no se convirtiera en un verdadero canal de comunicación con los clientes.

Por tanto, la transformación digital en empresas de B2B tendría que ser liderada por las direcciones comerciales, ya que, son estas las que están más cerca de los clientes. A su vez, esta área fundamental de las empresas tiene que ser capaz de trabajar en plena colaboración, tanto con los responsables de TI, como con el resto de los departamentos de la empresa, formando todos ellos una cadena de valor alrededor de los clientes, como garantía para asegurar el éxito de su proyecto de transformación digital.

La afirmación del manifiesto Cluetrain (Levine, Locke, Searls y Weinberger, 1999) “los mercados son conversaciones” define esta nueva forma de entender el contexto de comunicación comercial y las relaciones con nuestros stakeholders.

Y es que la irrupción de Internet en nuestro día a día no solo cambió la forma en que los seres humanos nos comunicamos, sino la manera en que se organizan los negocios y las empresas. Sin embargo, queda todavía mucho camino por explorar para demostrar que estas nuevas estrategias de marketing consiguen un aumento en los beneficios de las organizaciones. Todavía no ha pasado el tiempo suficiente para poder comprobar su impacto.

“La disciplina económica, en su versión neoclásica dominante, ha logrado instaurarse en la mente de los economistas y en los currículos de las universidades como un verdadero paradigma. No obstante, sus postulados y su metodología básicos, no le permiten la aproximación a la realidad de los nuevos fenómenos y, por el contrario, tiende cada vez más a distanciarse de ellos” (Martínez, 2011).

Los retos clave de los Directores de Comunicación y de los Directores Comerciales europeos pasan por conectar la estrategia de comunicación con la estrategia de negocio, mientras gestionan la revolución digital (DIRCOM, 2017; Iniesta-Alemán y Badillo, 2021).

7. LAS DIRECCIONES COMERCIALES ANTE LAS NUEVAS FORMAS DE TRABAJAR Y RELACIONARSE.

La irrupción del COVID ha supuesto la consolidación del canal digital como complemento fundamental al canal tradicional en ventas. El canal digital se apoya en diferentes herramientas que permiten a los clientes de las empresas de distribución B2B interactuar con sus proveedores tanto para comprar, como para consultar, como para negociar y relacionarse. Sin embargo, esta relación de uno a uno que está en el ADN de la interacción entre ambas empresas, cliente-proveedor, también aparece en la relación que las direcciones comerciales tienen, no solo con su propia fuerza de ventas, sino también con el resto de los departamentos de la organización. Esta relación tan estrecha dentro de la empresa permite entre otras, lograr precisamente que se forme esa cadena de valor alrededor de los clientes, a la que hacíamos referencia en el punto anterior.

Por tanto, las direcciones comerciales de las empresas de distribución B2B se enfrentan también en esta era digital posCOVID, a un nuevo reto, el cual implica mantener, no solo las relaciones externas, sino también la necesaria relación interna “one2one”, tanto en el canal tradicional como en el digital. De acuerdo con MacRae y Sawatzky (2020, p.3) “El trabajo remoto ya no es el 'trabajo del futuro', es el trabajo de hoy”. Desde la literatura, son varios los autores que destacan las ventajas e inconvenientes que esta nueva forma de trabajar implica para las redes comerciales de las organizaciones.

La crisis provocada por la pandemia hizo que muchas organizaciones adoptaran el teletrabajo sin un estudio previo. Se trataba de sobrevivir. Pasado un tiempo parece conveniente estudiar las ventajas e inconvenientes del trabajo a distancia, los retos a los que se enfrentan organizaciones, líderes y trabajadores con el objeto de ser capaces de analizar si realmente el teletrabajo bien organizado y planeado es útil y viene para quedarse (Guimbao, 2020. P.4)

Desde el lado de las ventajas, de acuerdo con Caicedo Ramírez, Perna Berdugo y Romero Muñoz (2021) hay un ahorro significativo de tiempo y de dinero como consecuencia de la optimización de los desplazamientos. En este sentido, no pocos autores destacan que la fuerza de ventas

optimiza también su tiempo, no solo por la reducción de los desplazamientos, sino también por la reducción de los tiempos de las mismas reuniones, ya que, al ser en remoto, las reuniones, tanto internas como externas, son más concretas y se tratan los temas de una forma más directa.

Respecto a las desventajas, son muchos los autores que inciden en la pérdida del vínculo emocional con el equipo, es decir, tanto con los compañeros del departamento comercial, como con los de los demás departamentos de la organización.

Los empleados en teletrabajo pueden sentirse desconectados del equipo interno y aislados del entorno empresarial (Nuñez y Pin, 2021). No pocos autores destacan que ese vínculo emocional que se genera entre los trabajadores de una misma empresa es generador de mayores tasas de colaboración interdepartamental. Como consecuencia de la disminución de las interacciones personales (Fournier Guimbao, 2020) la falta de retroalimentación de forma presencial one2one de manera continuada, puede provocar desmotivación y sensación de falta de reconocimiento.

MacRae y Sawatzky (2020, p. 5) señalan que el trabajo en remoto puede ser también más complejo de medir respecto al rendimiento del trabajador, y añaden que esto “requiere una comunicación más intencional con criterios de gestión del desempeño claramente definidos”. No obstante, la investigación de estos autores se centró en todos los trabajadores en general, y no tanto en la fuerza de ventas en particular. No podemos por tanto considerar este inconveniente como relevante, ya que, en líneas generales, el rendimiento de estos profesionales se mide principalmente por sus resultados (Jensen y Meckling, 1976; Munuera y Román, et al., 2003), independientemente de si han tenido que estar más o menos tiempo trabajando desde la oficina.

Estamos por tanto ante lo que Chiesa, Salazar y Marin (2021, p.34) han llamado vendedores híbridos, y que han definido como “perfiles que se mueven con soltura y son capaces de combinar con facilidad las habilidades y técnicas de la visita presencial con las habilidades digitales y de la venta en remoto”. Estos mismos autores, destacan algunas características diferenciadoras a tener en cuenta entre las interacciones que

la fuerza de ventas tiene con sus clientes en el canal digital y las del canal tradicional. Por ejemplo, consideran que la principal diferencia radica en la planificación, puesto que en una reunión con un cliente en remoto no hay margen a la improvisación. De tal forma que, a diferencia de la visita presencial, en la cual puede haber un cierto margen de improvisación, la reunión en remoto requiere de una planificación previa importante.

Lo cierto es que “no podemos dejar solos a los vendedores frente a una situación de cambio tan drástica” (Chiesa, Salazar y Marin, 2021, p.36). Hay, por tanto, que formarlos en estas nuevas herramientas de comunicación digital para que puedan convertirse en excelentes “vendedores híbridos”

En la misma línea, Hartmann y Lussier (2020) destacan el reto inmediato que el trabajo en remoto supone para las redes comerciales de las empresas B2B y la necesidad de facilitarles la formación y nueva metodología necesaria. Estos autores adaptan el modelo de Leavitt al contexto de ventas en empresas B2B y analizan el impacto que ha tenido el COVID respecto a cuatro variables, estas son; las humanas y estructurales, por un lado, que pertenecen a las sociales, y por otro lado estarían las tareas y tecnología, que pertenecen a las técnicas. Esto lo hacen con el objetivo de ayudar a las fuerzas de ventas B2B a comprender y responder mejor a la pandemia de COVID-19 y a otras posibles crisis causadas por factores exógenos.

8. CONCLUSIONES

A lo largo de este capítulo, nos hemos adentrado en una realidad que, ya no puede ser obviada desde la dirección comercial de ninguna empresa de distribución B2B. Esta no es ni mucho menos una realidad que haya surgido de forma inesperada como consecuencia de la pandemia, ya que, muchas empresas llevaban años familiarizándose de una u otra forma con el entorno digital.

Ya a mediados del año 2019, y por tanto un poco antes de la pandemia, se auguraba algunas previsiones optimistas que ya se están viendo del todo rebasadas a tenor del impulso espectacular que se ha generado desde principios del 2020. Para el año 2024 se espera que la cuota de

ventas de comercio electrónico B2B en la UE crecería del 14 hasta el 17% en 2024. Y añadían que, las ventas por Internet se harían con el 32 % del mercado B2B online para el año 2024, alcanzando la cifra de 877 mil millones de euros.

Pero no es menos cierto que igualmente muchas de estas empresas no esperaban que los acontecimientos se precipitasen de la forma que lo han hecho. Desde las empresas de distribución B2B se veía quizá todavía de lejos la evolución hacia el canal digital que, sin embargo, ya desde hacía años se venía produciendo desde las empresas de distribución B2C. Estas últimas iban ofreciendo cada vez más a sus clientes, y especialmente como consecuencia de la irrupción de portales digitales como Amazon, sus propias tiendas online como complemento a las físicas. Mientras, desde la distribución B2B se iban poco a poco tomando decisiones en este ámbito, pero sin la premura que la llegada del COVID finalmente ha generado.

El futuro que hasta la llegada de COVID se visionaba en el medio y largo plazo, se ha convertido para estas empresas en una realidad, ya no de corto plazo, sino del presente más absoluto. Desde las direcciones comerciales de estas empresas, acostumbradas ya desde hace décadas a entornos cada vez más cambiantes y especialmente competitivos, el reto se está afrontando con valentía y demostrando una vez más, su enorme capacidad de adaptación y reacción para poder seguir prestando los mejores productos y servicios a sus clientes, y así, seguir teniendo esa característica relación de partenariado tan necesaria para que la cadena de valor funcione.

9. REFERENCIAS

- Alcaraz Ramos, M., Antón Antón, A., y Ariza Colmenarejo, M. (2020). *Era Digital, Sociedad y Derecho*. Tirant lo Blanch.
- Almirall, E. (2021). El mundo pos-COVID 19 ¿Qué quedará?, ¿Qué pasará? *Harvard Business Review* (311). <https://bit.ly/3mKWWbh>
- Álvarez, A. T., y Vasco, G. H. (2017). El Marketing Relacional y la rentabilidad en los servicios prestados por tres concesionarios automotrices en la provincia de Tungurahua del Ecuador. *Uniandes Episteme*, 001-015.
- Álvarez, L., Ochoa, A., y Rodríguez, J. (2015). Efecto de la incertidumbre en un proceso de cambio organizacional en empresas comerciales de la ZMG. *Red Internacional de Investigadores en Competitividad*, 9(1), 20-39.
- Andersson, S., Vierimaa, A., y Sundkvist, M. (2018). Understanding Emotions in B2B Branding. En N. Koporcic, M. Ivanova-Gongne, A.-G. Nyström, & J.-Å. Törnroos (Edits.), *Developing Insights on Branding in the B2B Context* (págs. 151-162). Emerald Publishing Limited. <https://doi.org/10.1108/978-1-78756-275-220181008>
- Balis, J. (2021). 10 Truths About Marketing After the Pandemic. *Harvard Business Review*. <https://hbr.org/2021/03/10-truths-about-marketing-after-the-pandemic>
- Bordia, P., Restubog, S., Jimmieson, N., y Irmer, B. (2011). Haunted by the past: effects of poor change management history on employee attitudes and turnover. *Group and Organization Management*, 36(2), 191-222.
- Caicedo Ramírez, F. N., Perna Berdugo, J. D., y Romero Muñoz, P. A. (2021). Trabajo remoto en casa empresa Credivalores S.A. : Probabilidades y retos. Universidad Sergio Arboleda. <http://hdl.handle.net/11232/1788>
- Carlzon, J. (2001). *Moments of Truth*. HarperBusiness.
- Chiesa, L., Salazar, R., y T., M. (2021). El vendedor híbrido . Cómo mejorar la gestión comercial en la "nueva normalidad". *Harvard Deusto Business Review*. <https://www.harvard-deusto.com/el-vendedor-hibrido-como-mejorar-la-gestion-comercial-en-la-nueva-normalidad>
- Cobo, F., y González, L. (2007). Las implicaciones estratégicas del Marketing Relacional. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 543-568 .
- Córdoba, J. (2009). Del Marketing Transaccional al Marketing Relacional. *Entramado*, 6-17. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=265420457002>

- Correa, M. (2020). Transformación digital: un enfoque desde los conocimientos, habilidades y capacidades organizativas. *Harvard Deusto Business Review*. <https://cutt.ly/sYn35Mc>
- Elgazzar, Y., El-Shahawy, R., y Senousy, Y. (2021). The Role of Digital Transformation in Enhancing Business Resilience with Pandemic of COVID-19. En D. Magdi, Y. Helmy, M. Mandouh, & A. Joshi (Edits.), *Digital Transformation Technology. Lecture Notes in Networks and Systems* (Vol. 224, págs. 323-333). Springer, Singapore. https://doi.org/10.1007/978-981-16-2275-5_20
- Fan, S., Lau, R., y Zhao, J. (2015). Demystifying Big Data Analytics for Business Intelligence Through the Lens of Marketing Mix. *Big Data Research*, 2(1), 28-32.
- Ferriz, R., Delso, D., y Lozano, J. (2000). En busca de una ventaja competitiva defendible: publicidad interactiva. En E. Bigné, *Temas de investigación de medios publicitarios* (págs. 177-196).
- Fournier Guimbao, J. (2020). El teletrabajo en la era COVID. *bie3: Boletín Instituto Español de Estudios Estratégicos* (20), 267-281. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7772820.pdf>
- Gabelas, J., Marta-Lazo, C., y Aranda, D. (2012). Por qué las TRIC y no las TIC. *Comein, Revista de los Estudios de Ciencias de la Información y de la Comunicación*, 9. <https://goo.gl/W4ozYi>
- Giner, V. (2021). La transformación digital no es solo una cuestión de tecnología. *UNIR Revista*: <https://www.unir.net/empresa/revista/la-transformacion-digital-no-es-solo-una-cuestion-de-tecnologia/>
- Goleman, D. (2019). *El punto ciego*. Debolsillo.
- Goleman, D., Boyatzis, R., y McKee, A. (2013). *Primal leadership: Unleashing the power of emotional intelligence*. Harvard Business Press.
- Grönroos, C. (1996). Relationship Marketing: strategic and tactical implications. *Management Decision*, 34(3), 31-43.
- Grönroos, C. (1989). Defining Marketing. A Market-Oriented Approach. *European Journal of Marketing*, 23, 52-60.
- Guadarrama Tavira, E., y Rosales Estrada, E. (2015). Marketing relacional: valor satisfacción, lealtad y retención del cliente. *Análisis y reflexión teórica*. (I. T. Domingo, Ed.) *Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal (REDALYC)*, 40(2), 307-340.

- Hartmann, N. N., y Lussier, B. (2020). Managing the sales force through the unexpected exogenous COVID-19 crisis. *Industrial Marketing Management*, 88, 101-111. <https://doi.org/10.1016/j.indmarman.2020.05.005>
- Hirsh, J., y Kang, S. (2015). Mechanisms of identity conflict: uncertainty, anxiety and the behavioral inhibition system. *Personality and social psychology review*, 19(4), 1-22.
- Iniesta-Alemán, I. (2018). Comportamiento del anunciante como comprador de servicios profesionales. Estudio empírico descriptivo de las relaciones entre el anunciante y la agencia de publicidad en Aragón. [Tesis doctoral inédita]. Universidad de Málaga. <https://hdl.handle.net/10630/17212>
- Iniesta-Alemán, I., y Badillo, M. (2021). El estudio de la comunicación en tiempos de la COVID19. *Comunicación Y Métodos*, 3(1), 3-8. <https://doi.org/10.35951/v3i1.113>
- Jensen, M., y Meckling, W. (1976). Theory of the firm: Managerial behavior, agency cost, an ownership structure. *Journal of Financial Economics*, 3, 305-360. [https://doi.org/10.1016/0304-405X\(76\)90026-X](https://doi.org/10.1016/0304-405X(76)90026-X)
- Jiménez Marín, G., y Elías Zambrano, R. (2018). Marketing sensorial: merchandising a través de las emociones en el punto de venta. Análisis de un caso. *AdComunica*, 235-253. <https://doi.org/10.6035/2174-0992.2018.15.12>
- Kar, P. S., y Dasgupta, M. (2021). Imaging Goa's B2B sales dilemma: provoke or justify. *Emerald Emerging Markets Case Studies*, 11(10). <https://doi.org/10.1108/EEMCS-08-2020-0286>
- Kim, J., Eugene, S., y Seongsoo, L. (2015). Organizational change and employee organizational identification: mediation of perceived uncertainty. *Social Behavior and Personality: An International Journal*, 41(6), 1019-1034.
- Kreindler, P., y Rajguru, G. (2006). Lo que esperan realmente los clientes B2B. *Harvard Deusto Business Review* (149), 6-7. <https://www.harvard-deusto.com/lo-que-esperan-realmente-los-clientes-b2b>
- La transformación digital debería empezar con los clientes. (2020). *Harvard Deusto Márketing y Ventas*, 159, 54-58.
- Lavilla, M. (2019). Transformación digital, un cambio cultural. *Harvard Deusto Business Review*. <https://cutt.ly/EYn4W8Z>
- Levine, F., Locke, C., Searls, D., y Weinberger, D. (1999). The cluetrain manifesto. Recuperado el 5 de agosto de 2017, de Cluetrain: <http://www.cluetrain.com/>

- Levionnois, M. (1992). Marketing interno y gestión de recursos humanos. Ediciones Díaz de Santos.
- Llopis Sancho, E. (2021). 'B2B Phygital Go-To-Market'. Un modelo de transformación digital de 'marketing' y ventas para compañías B2B. *Business Review*.
- MacRae, I., y Sawatzky, R. (2020). Remote Working: Personality and Performance Research Results.
- Martínez, G.-D. (2011). Estado actual de la economía, términos del debate y formación en la disciplina. *Revista Mundo Económico y Empresarial*(10), 37-48. <https://goo.gl/VLFJVw>
- Maurier, N., y Northcott, H. (2000). Job uncertainty and health status for nurses during restructuring of health care in Alberta. *Western Journal of Nursing Research*, 22(5), 623-641.
- Munuera, J., y Román, S. (2003). Conceptualización y medición del rendimiento y la efectividad de la fuerza de ventas. *Esic Market* (114), 23-42.
- Naver, J., y Slater, S. (1990). The Effect of a Market Orientation on Business Profitability. *Journal of Marketing*, 54(4), 20-35. doi:10.2307/1251757
- Osterwlder, A., y Pigneur, Y. (2011). Generación de modelos de negocio. Madrid: Grupo Planeta.
- Pollard, T. M. (2001). Changes in mental well-being, blood pressure and total cholesterol levels during workplace reorganization: the impact of uncertainty. *Work & Stress*, 15(1), 14-28.
- Prieto et al. (2013). Entrevista a Daniel Prieto Castillo: en torno a la palabra en la práctica de la Educomunicación. *Aularia*, 2(2), 281-287.
- Rios, P. (2020). La pandemia como nuevo catalizador tecnológico. *Harvard Deusto Business Review*. <https://cutt.ly/6Yn7cMk>
- Rodriguez, R., Svenson, G., y Mehl, E. (2020). Digitalization process of complex B2B sales processes – Enablers and obstacles. *Technology in Society*, 62, 101324. <https://doi.org/10.1016/j.techsoc.2020.101324>
- Sales Force. (2021). State of the Connected Customer. <https://sforce.co/3oNjNB0>
- San Martín, S. (2003). La relación del consumidor con las agencias de viajes. (1 ed.). Universidad de Burgos.

- Saura, J., Ribeiro-Soriano, D., y Palacios-Marqués, D. (2021). Setting B2B digital marketing in artificial intelligence-based CRMs: A review and directions for future research, *Industrial Marketing Management*, 98, 161-178.
<https://doi.org/10.1016/j.indmarman.2021.08.006>
- Serrano-Cobos, J. (2016). Tendencias tecnológicas en internet: hacia un cambio de paradigma. *El profesional de la información (EPI)*, 25(6), 843-850.
[doi:10.3145/epi.2016.nov.01](https://doi.org/10.3145/epi.2016.nov.01)
- Siby, A., y George, J. (2020). Influence of Customer Relationship Management for the Success of E-Business. En M. M. Joshi A. (Ed.), *Information and Communication Technology for Competitive Strategies (ICTCS 2020) Lecture Notes in Networks and Systems (Vol. 191, págs. 473-481)*. Springer, Singapore. https://doi.org/10.1007/978-981-16-0739-4_45
- Thompson, B. (2006). *Customer Experience Management: The Value of "Moments of Truth"*. Customer Think.
- Ventura, J. (2008). *Análisis estratégico de la empresa*. Madrid: Ediciones Paraninfo.
- Villagrán Jaramillo, A. M. (2016). *Marketing Relacional: estrategia empresarial fundamental para consolidar empresas eficientes y consumidores fieles*. Guayaquil: Master's thesis, Universidad de Guayaquil.
- Zamora López, J., y Ricart, J. E. (septiembre de 2020). Radiografía de la Transformación Digital en España. *Business Review*:
<https://bit.ly/3dkNrv8>

MARKETING Y PUBLICIDAD EN EL METAVERSO: ACTORES, CANALES Y FORMATOS

PAVEL SIDORENKO BAUTISTA
Universidad Internacional de La Rioja

1. INTRODUCCIÓN

La primera vez que se alude al término de ‘Metaverso’ fue en la novela *Snow Crash*, de Neil Stephenson (1992), quien se refirió a ello como un entorno digital y artificial posterior a la propia internet. Luego se popularizó con el proyecto de ‘*Second Life*’ a partir de 2003.

No obstante, este concepto ha cobrado especial relevancia y protagonismo a partir de 2021 como consecuencia de la irrupción de los ‘Token no fungibles’ (NFT) (Sidorenko, 2021), el crecimiento de las criptomonedas, la expansión de las redes *blockchain*, el proyecto de mundo virtual de Epic Games (Fornite) o los cambios estructurales emprendidos por Facebook como corporación para ampliar sus esfuerzos virtuales ahora bajo la denominación de “Meta”.

Asimismo, la pandemia por COVID-19 iniciada a principios de 2020 precipitó la alfabetización digital a escala global como consecuencia de los confinamientos sociales más radicales, favoreciendo así el desarrollo de nuevas alternativas para la comunicación en internet, dando cabida a nuevos actores e incluso nuevos diálogos en todos los ámbitos de la comunicación.

De esta manera no solo las redes sociales, nuevas o ya consolidadas, reportaron un incremento importante de nuevos usuarios, sobre todo desde segmentos etarios menos digitales (Lu, 2021), sino que profundizó una cultura electrónica en la sociedad global que ha allanado el terreno para explorar una nueva dimensión de interacción más allá de la internet convencional que se conoce hoy.

1.1. CONCEPTUALIZAR EL METAVERSO Y COMPRENDER SUS IMPLICACIONES

Desde finales del siglo XX aparentemente se venía dando una evolución del concepto de ubicuidad hacia la denominada Internet de las Cosas (IoT en inglés) aunque para Wolf (2007) y Lee (2008) se ha tratado más bien del desarrollo del concepto de “Sistemas ciber-físicos” (CPS en inglés), el cual acentúa una vinculación más intensa entre los elementos computacionales y físicos con actores humanos como ejecutores y catalizadores. Por este principio, la IoT serviría entonces de sub-sistema técnico a una variedad de CPS como sistemas sociotécnicos (Rehm, Goel y Crespi, 2015).

Recientemente la idea de Metaverso está relacionada con los espacios virtuales en 3D con alcance global y de carácter interactivo, donde se lleva a cabo una imbricación entre una realidad física virtualmente mejorada y un espacio virtual físicamente persistente (Metaverse Roadmap, 2007).

De esta manera el Mataverso puede comprenderse como un vehículo donde se produce la evolución de los CPS en diversos niveles. Krueger y Stineman (2011) inciden en que la búsqueda por procurar una mejor accesibilidad al Metaverso ha incidido entre otras variables en el desarrollo y “masificación” de todas las iniciativas tecnológicas e interactivas que se puedan suceder dentro de él.

Por tanto, el Metaverso carece de homogeneidad pues se compone de diferentes canales y niveles de inmersión.

Su acceso es posible a través de diversos dispositivos interconectados tales como teléfonos inteligentes, *tablets*, ordenadores, videoconsolas y visores de realidad virtual.

No existe un único y gran Metaverso sino una suma de entornos que le dan forma y lo definen.

En resumen, el Metaverso consiste en la extensión digital de nuestras relaciones sociales, productivas y de entretenimiento. Y comprendiendo el desarrollo actual de la tecnología, bien valdría sentenciar que

el Metaverso es igual a un entorno virtual con posibilidades socializadoras e interactivas en tiempo real.

Así, para Castronova (2001, p.6) un entorno digital interconectado tendrá la categoría de universo virtual, y por tanto de Metaverso, si procura los siguientes tres elementos básicos:

- Interactividad: que se pueda acceder de forma remota y estar abierto a todos los usuarios que puedan o desean conectarse a él de manera simultánea. En este contexto las acciones y decisiones de los usuarios pueden afectar a otros usuarios.
- Corporeidad: los usuarios acceden al programa a través de una interfaz que simula un entorno físico en primera persona mediante un avatar (personalizables en apariencia según gusto de cada usuario). Esta ambientación generalmente está regida por las leyes naturales de la Tierra y suele imperar una disposición limitada de recursos (todo depende de la propuesta temática).
- Persistencia: el programa continúa su ejecución independientemente de los usuarios que estén “en línea” o desconectados, recordando siempre la última ubicación de estos, así como las propiedades de los objetos en función de las diversas interacciones con ellos.

En esto coinciden Barnes y Mattsson (2011) quienes precisan que los mundos virtuales -hoy comprendidos como piezas del Metaverso- son plataformas de interacción o experiencia virtual abierta donde los objetivos no están prescritos. Se trata por tanto de mundos que proponen libre albedrío a los usuarios, los cuales cuentan con herramientas y recursos para hacer casi cualquier cosa.

Los usuarios eligen su propio camino, incluyendo el diálogo y socialización, el desarrollo de contenidos digitales, la compra y venta de productos o activos digitales, emprendimiento de proyectos educativos y el entretenimiento.

Convencionalmente las propuestas basadas en la idea de Metaverso o de entorno virtual se han venido realizando a través del diseño 3D con

carácter semiinmersivo, como los casos de ‘*Second Life*’, Los Sims, Animal Crossing o Fornite por referenciar algunos ejemplos.

Con el avance de la tecnología inmersiva en torno a los proyectos de realidad virtual, como los casos de las plataformas Oculus o Valve, se han desarrollado otras propuestas como el universo Horizon (Venues, World y Workrooms) de Meta (Facebook), Population One, Spatial, Altspace VR o VR Chat entre muchos otros.

Sin embargo, para los CEO de las tecnológicas Google y Niantic la idea del Metaverso debe evolucionar de las propuestas inmersivas hacia una imbricación con el mundo real a través de los recursos de realidad aumentada (Levy, 2021; Li, 2021).

Estas consideraciones corresponden a un escenario de poco consenso entre los diferentes agentes tecnológicos que buscan imponer sus propuestas como referentes, algo bastante común en cualquier escenario de innovación en etapa incipiente.

Inevitablemente la comunicación digital pasa en la actualidad por la voluntad de estos protagonistas, como bien destaca el informe del Grupo Boston Consulting, donde se señala que las empresas más innovadoras a escala global en 2021 fueron de carácter tecnológico (Mena, 2021).

Cabe destacar asimismo que, al hacer referencia específica a audiencias, el desarrollo que están teniendo los videojuegos de mundo abierto en 3D con altas posibilidades y recursos de socialización en tiempo real, están consiguiendo mayor implicación y participación por parte de segmentos muy jóvenes como la ya denominada ‘Generación Alpha’ (Nagy y Kölcsey, 2017), es decir, chicos nacidos a partir de 2010.

2. PRINCIPALES ANTECEDENTES Y REFERENTES DEL METAVERSO

Cuando se alude al Metaverso resulta inevitable hacer referencia a ‘*Second Life*’. Creado en 2003 por Linden Lab (EEUU), este se convirtió en un entorno virtual semiinmersivo de referencia donde las personas podían proponer cualquier actividad o procurar cualquier tipo de interacción con otros usuarios en tiempo real.

Su acceso se planteó inicialmente desde ordenadores de mesa (PC) pero con la evolución de las conexiones y tecnológicas móviles adaptaron la interfaz para teléfonos inteligentes y *tablets*.

Como su nombre en inglés lo indica, se trata de una propuesta para que los usuarios de internet tengan una “segunda vida”, a lo cual precisan en su web:

Clubes de música, comunidades de juegos de rol, cines virtuales y más. Second Life siempre es maravilloso, a veces extraño y 100% digno de asombro [...] Vuelva a hacer que las reuniones sean divertidas con espacios de reunión virtuales, clases y conferencias. Durante más de una década, empresas líderes y educadores han confiado en Second Life para espacios sociales de marca para eventos y reuniones remotas (véase <https://secondlife.com/>).

Uno de los detalles más importantes fue la posibilidad de ofrecer un sistema monetario y un *Marketplace* virtual propio (previa convertibilidad con monedas reales) con el fin de construir un sistema comercial que permitiese a los participantes no solo personalizar y diferenciar sus avatares con diversos estilos, sino conseguir nuevas actividades y experiencias.

Esta labor se vio fortalecida en 2019 con la creación de Tilia, una empresa de servicios financieros para el impulso de economías virtuales (véase <https://www.lindenlab.com/about>).

Aunque su apariencia *a priori* parece la de un videojuego -y muchos así lo consideraron a su comienzo -, se trata de un mundo abierto con infinidad de posibilidades y recursos para que usuarios a escala global procuren diálogos e interacciones de toda índole, ya que no solo se crean avatares, sino que también se pueden construir destinos virtuales que permiten incrementar el tamaño de este universo digital.

Hacia 2006 se puede señalar un Metaverso que desde la segunda década del siglo XXI ha cobrado especial interés en las audiencias digitales más jóvenes: Roblox.

Se le ha clasificado como una plataforma multijugador de videojuegos en línea, aunque la Wikipedia la señala como un “multijugador masivo en línea”.

De la web de la plataforma se desprende que:

La misión de Roblox es unir al mundo a través del juego. Permitimos que cualquiera pueda imaginar, crear y divertirse con amigos mientras exploran millones de experiencias inmersivas en 3D, todas creadas por una comunidad global de desarrolladores [...] Roblox está clasificada como una de las principales plataformas de entretenimiento en línea para audiencias menores de 18 años según promedio de visitas mensuales y el tiempo dedicado (Comscore). Nuestra popularidad es impulsada exclusivamente por la comunidad con millones de persona que se inscriben a través de la boca en boca cada mes (véase <https://bit.ly/3mQqMfz>)

Al igual que en el caso anterior, en este entorno virtual los usuarios se dan de alta creando un avatar, el cual personalizan a su gusto, tanto con elementos gratuitos como mediante artículos comprados a través de la propia plataforma para tales fines.

Una de las principales virtudes es que se le puede acceder a través de cualquier dispositivo móvil, PC, videoconsola e incluso visores de realidad virtual, permitiendo así que sea el usuario el que establezca si quiere acudir a la experiencia de forma semiinmersiva o inmersiva en el lugar físico que considere más apropiado.

Otro universo virtual multijugador y con profunda personalización ha sido Minecraft. Creado en 2009, sigue siendo hoy una plataforma muy popular en segmentos de audiencia muy joven.

Se trata de un videojuego en modo “mundo abierto” donde los usuarios tienen libre albedrío para movilizarse y alimentar/modificar el universo con infraestructuras. Tiene modalidad multijugador en tiempo real, dando así la posibilidad de procurar diálogo e interacciones entre usuarios.

Fue creado por Markus Persson y desarrollado más tarde por Mojang Studios (empresa del propio Persson) aunque en 2014 pasó a manos de Microsoft por la suma de 2.500 millones de dólares.

Como ocurre con los otros dos ejemplos aludidos, a esta plataforma se le puede acceder desde una vasta variedad de dispositivos, propiedad que comparte también Fornite (Epic Games), el cual resulta un ejemplo muy llamativo, porque pese a ser concebido inicialmente como un

videojuego del género *'battle royale'* (todos contra todos), al contar con diversas propiedades de comunicación e interacción entre los usuarios en tiempo real (la mayoría muy jóvenes), le ha convertido en un espacio digital de socialización bajo una narrativa lúdica específica.

El 2020, signado por la COVID-19, fue el contexto para el lanzamiento de la última versión del videojuego *Animal Crossing New Horizons*.

Este título corresponde a la videoconsola móvil de Nintendo, 'Switch', y su lanzamiento fue realizado a finales de marzo de dicho año.

La dinámica le propone al usuario un mundo abierto con objetivos, donde cada participante a través de un avatar personalizado va cumpliendo y alcanzando metas con el fin de obtener más artículos que permitan nuevas experiencias.

Sin embargo, las propiedades altamente socializadoras y de movilización de estos personajes le dan un carácter igualmente de red social enmarcada en una temática lúdica de parcial libre albedrío.

Sin embargo, aunque el carácter lúdico ha sido el catalizador de la idea actual de Metaverso, a partir de 2021 se ha empezado a volver a la idea original de *'Second Life'*, es decir, un espacio virtual abierto donde mediante avatares se realice cualquier actividad que se proponga en los tiempos y condiciones que se consideren más convenientes.

Así, la propia casa matriz de Fornite, Epic Games, alcanzó durante dicho año un financiamiento de un billón de dólares para la construcción de un entorno virtual más completo a partir de los datos y experiencias recogidas con el exitoso videojuego en línea.

De la misma manera, Facebook Corporación, como ya hiciera Google en su momento con Alphabet, pasó a denominarse 'Meta' para así darle más importancia a su ecosistema virtual "Horizon" de la plataforma Oculus, en la que hasta 2021 ya ofrecía tres entornos con finalidades muy específicas: *'Workrooms'*, con enfoque en la productividad, *'Venues'*, para la presentación y disfrute de eventos culturales y deportivos, y *'World'* enfocado estrictamente en la socialización en modo mundo abierto.

Este último entraría como competencia de otras plataformas con más trayectoria en el ámbito de la socialización virtual como es el caso de Altspace VR, VR Chat o el más reciente Stageverse, inaugurado con un concierto de la banda MUSE (véase <https://bit.ly/3ziFil6>).

Y como ha ocurrido con otros actores y propuestas digitales, con el avance de la *blockchain*, ‘Decentraland’ se ha constituido como el principal Metaverso erigido sobre una cadena de bloques, en este caso la de Ethereum.

Tal y como indican en su web, se consideran “el primer mundo virtual propiedad de sus usuarios” (véase <https://decentraland.org/>).

Su creación es responsabilidad de la argentina Fundación Decentraland con un financiamiento inicial de 26 millones de dólares y data de 2017. Se divide en 90.601 parcelas virtuales denominadas ‘lands’ y que equivalen a 10 metros cuadrados, las cuales se pueden adquirir mediante ‘*manas*’, moneda virtual (*token*) de dicho Metaverso.

Cada ‘*land*’ constituye un NFT (Sidorenko, 2021), es decir, mediante contrato inteligente se suscribe la operación comercial, asegurando así la original y carácter único del “bien digital”.

Como dato curioso, en 2021 el distrito Aetheria se convirtió en el más grande (consta de 8.000 ‘lands’).

En resumen, Decentraland es un universo virtual que funciona sobre capas: consenso (propiedad), contenido (personalización de la propiedad) y tiempo real (interacciones y socialización).

Sin embargo, sobre esta tecnología *blockchain* también vale destacar ‘*The Sandbox*’ con similar propuesta y capacidad de interacción que el ejemplo anterior.

3. MARCAS Y EMPRESAS EN EL METAVERSO

Para Barnes y Mattsson (2011) los entornos virtuales resultan canales potenciales de comunicación para las empresas con el fin de establecer nuevos diálogos con el público objetivo o potenciales consumidores.

Hay una pretensión desde los agentes tecnológicos por procurar mundos virtuales más sofisticados y cada vez más realistas, donde se integren todos los elementos posibles de personalización y desarrollo de avatares, objetos y recursos de comunicación.

Estas características proporcionan una base firme para el desarrollo comercial, permitiendo una flexibilidad y un potencial extraordinario para la incrementar el alcance de las marcas.

Las herramientas de promoción incluyen, por ejemplo, la creación de objetos tridimensionales, imágenes publicitarias, *advergames* y la promoción cruzada mediante cupones, *challenges* u otro tipo de acción que invite a la implicación directa de los usuarios (Vedrashko, 2006).

Hacia 2009 ‘*Second Life*’ alcanzó 19 millones de usuarios activos, quienes realizaron 28 millones de transacciones globales por un monto de 461 millones de dólares hasta el primer semestre de dicho año (Barnes y Mattsson, 2011, p. 936).

Pese a que los responsables de este Metaverso hayan dejado de publicar cifras oficiales sobre la relación entre la economía virtual y la real, queda en evidencia en un artículo de *Quartz* que actualmente se mantiene una actividad económica y comercial importante en dicho entorno virtual, ahora más asociado al fenómeno de las criptomonedas y los NFT, pese a que dicho universo tiene su propio medio de pago (Subramanian, 2021).

Con el fenómeno de ‘*Second Life*’ muchas empresas buscaron rápidamente experimentar sobre su presencia e interacción en el Metaverso.

Así, quedó demostrado que independientemente del producto o servicio ofrecido, cualquier empresa podía tener presencia virtual: Toyota, Mercedes Benz, Pontiac, Nissan, Warner Bros, CNN, Reuters, Sony BMG, STA Travel, Tui, Dell, Nokia, L’Oreal, Adidas, Hublot, Vodafone, Orange, ABN Amro, IGN, IBM o PA Consulting entre muchas otras (Veiga, 2007; Sharma et al, 2011).

La herramienta de mensajería instantánea ha sido la más utilizada para conectar a los usuarios convencionales entre ellos según su investigación, pese a que la videoconferencia ha sido el recurso predilecto de las

empresas del mundo real para emprender eventos comerciales en este entorno virtual, ya que el *engagement* es igual de importante que en otras plataformas de internet, promoviendo así inversión e innovación en publicidad, servicio postventa y estrategias con énfasis en el tráfico de usuarios (Sharma et al, 2011).

El principal problema de esta primera incursión fue mantenerse en el tiempo, que es quizás uno de los principales inconvenientes a la hora de innovar en comunicación digital. En este particular la mayoría de las empresas y marcas desistieron de seguir invirtiendo esfuerzo y tiempo en el mundo virtual, sobre todo porque a partir de 2007 empieza a suscitarse el fenómeno de las redes sociales a partir de la aparición de Facebook y posteriormente Twitter, por lo que estos actores, así como muchos usuarios migraron hacia otras plataformas.

Sin embargo, para Sharma et al (2011) '*Second Life*' ha procurado un espacio de socialización y de comunicación corporativa tan o más importante que otros sitios de redes sociales.

3.1. MARKETING, PUBLICIDAD Y COMUNICACIÓN CORPORATIVA EN EL METAVERSO A PARTIR DEL 2020

Cuando la COVID-19 irrumpió en el mundo a comienzos de 2020, obligó a la humanidad a escala global a confinarse y en consecuencia alfabetizarse en lo digital con el fin de poder mantener el contacto y la comunicación interrumpida presencialmente.

Tal y como publicó *Visual Capitalist*, al finalizar el primer cuatrimestre de 2020 (Jones, 2020) este contexto reforzó la cultura digital de todos los segmentos de público, que, en 2021 lejos de disminuir con la flexibilización de las medidas sanitarias, asentó las bases para una evolución de las plataformas y recursos de internet (Lu, 2021) como ya se precisara al comienzo de este capítulo.

En virtud de esta particular coyuntura, en abril de 2020 la marca suiza de chocolates Milka organizó una búsqueda de huevos de pascua en un espacio atípico para tales fines pero que por su alta capacidad de socialización permitía involucrar a segmentos jóvenes de público sin

necesidad de procuraba la presencialidad: Fornite (véase <https://bit.ly/3G73iKV>).

Para tales fines, la marca acudió al joven influencer de videojuegos Maxsialtele, quien se encargó no solo de diseñar la locación virtual del evento con énfasis en el paisaje alpino suizo, sino que fue por igual el promotor, así como director de la actividad el día de su realización.

La transmisión se realizó en tiempo real el 19 de abril a través de la cuenta de dicho influencer en YouTube.

Sin embargo, este no fue el primer evento que rompía con la temática y paradigma de este videojuego. Ya en 2019 el DJ Marshmello se había aventurado a presentar un concierto en tan atípica tribuna.

El encuentro duró apenas 10 minutos y estuvo disponible para 200 millones de jugadores a escala global en tiempo real.

El periodista Dave Thier (2019) de *Forbes* expresó al respecto: “El concierto en vivo de Marshmello de Fortnite fue un triunfo a un nivel que me está haciendo un agujero en el cerebro una hora más tarde”.

Sin duda esto sentó el precedente para otro tipo de eventos en vivo dentro de la plataforma en cuestión. Apenas dos días después del evento de Milka el rapero Travis Scott repetía la fórmula de Marshmello y se presentaba en vivo en una secuencia de conciertos entre los días 23 y el 25 del mismo mes.

En la web oficial de Epic Games publicaron (véase <https://bit.ly/3mZSUwE>):

Del 23 al 25 de abril, despeguen a otra órbita en un viaje musical de Travis Scott y el estreno mundial de un tema completamente nuevo. Astronomical es una experiencia de otro mundo inspirada en las creaciones de Cactus Jack y construido desde cero en Fornite.

Para asegurarnos de que todo el mundo pueda disfrutar de Astronomical, dispondremos de varias fechas de gira con horarios para jugadores de todo el mundo. Entren en el horario que les venga mejor o pillen otro espectáculo con sus amigos si se lo pierden.

A continuación, encontrarán un resumen. Y recuerden, la apertura de puertas será 30 minutos antes del espectáculo ¡Lleguen temprano para conseguir lugar!

Los promotores de Epic Games anticipaban la magnitud del evento. Andrew Webster del medio *The Verge* tituló en sus dos artículos del 23 de abril de 2020 “Más de 12 millones de personas asistieron al concierto de Fornite de Travis Scott” y “El primer concierto de Travis Scott en Fornite fue surrealista y espectacular” (véase <https://bit.ly/3eWjSRK> y <https://bit.ly/32Ma6z7>).

Poco después el rapero reforzaba su marca personal con un baile específico para los avatares de los jugadores en dicha plataforma, el cual fue retirado a finales de 2021 tras la tragedia ocurrida en un concierto presencial del artista en Estados Unidos, donde como consecuencia de una gran estampida resultaron heridos y muertos una importante cantidad de adolescentes.

Sin duda, Fornite aparte de ir tomando una dimensión más de red social a través de la línea argumental de un juego de batalla, también se ha convertido en una gran tribuna para marcas y empresas que buscan posicionarse e incrementar su alcance ante las audiencias emergentes.

Por referenciar algunos ejemplos, a propósito de la mediática y famosa ‘MetGala’ en Nueva York, Kim Kardashian asistía al evento ataviada de un vestido negro que le cubría todo el cuerpo, incluyendo rostro y cabeza.

A través de esta estrategia de intriga la firma de moda Balenciaga manifestaba días después del evento que pondrían a disposición de los jugadores de Fornite una línea exclusiva de vestimenta para los avatares, así como una línea de ropa física específica sobre dicho título. Así, no solo buscaban reforzar su presencia ante las audiencias más digitales en su entorno, sino que intentaban estrechar la relación con ellas en el medio físico real también.

Steff Yotka en *Vogue* (2021) sentenció:

En el mundo Balenciaga x Fornite, el plano físico y virtual acaban solapándose. En el juego, además de elegir ropa y accesorios nuevos de Balenciaga, puedes entrar en una tienda de la firma y marcarte un baile Balenciaga personalizado. Los usuarios que hagan una compra y jueguen vestidos con sus nuevos looks Balenciaga pueden también presentar fotos de sus personajes para que se incluyan en las vallas virtuales de la gran plaza Fornite. En la Times Square real, los seres humanos

de carne y hueso ya pueden ver a Doggo en una valla publicitaria y subir por Madison Avenue hasta llegar a la tienda de Balenciaga, donde podrán comprarse la colección enterita de productos (reales) de la colaboración.

También en 2021 nuevos artistas se sumaron a la tendencia de Fornite. Así, la cantante estadounidense Ariana Grande ofreció un concierto. Bajo el título de *'Rift Tour'* repitiendo la receta de Soctt, Grande se presentó en varios horarios entre el 6 y 8 de agosto.

Asimismo, desde la web de Epic Games se anunció la venta de mercancía exclusiva del evento para los avatares: Un traje (*'skin'*) parecido al que utilizó el personaje digital de la cantante, así como diversos accesorios para ser utilizados en las misiones del videojuego.

Sin embargo, en un esfuerzo por incrementar la presencia de la artista en la plataforma, Epic Games informó que se ponía a disposición una serie de misiones específicas del concierto posteriores al evento (véase <https://bit.ly/3JM8Z2X>).

Otras iniciativas como promocionar la película de Spider-Man en 2021 o la intención de la franquicia DC Cómics por expandirse en su estrategia transmedia han hecho que se creen personajes y habilidades específicas para avatares del videojuego en cuestión.

Una plataforma muy popular también en segmentos de público muy joven es Roblox, donde empresas y marcas han incursionado adaptándose al código del mensaje.

En este Metaverso el principal escenario de interacción de los usuarios representados por un avatar- se da a través de minijuegos, por tanto, las dos principales vías para crear contenido personalizado es a través de vestimenta para dichos avatares o a través de la creación de experiencias lúdicas.

La marca de ropa Gucci se ha centrado en la personalización y decoración de las representaciones virtuales de los usuarios, actividad que le ha permitido vender casi 5 millones de artículos a través de esta plataforma (Broche, 2022)

Al mismo tiempo, Vans o Nike han creado sus propios universos de actividades con constante presencia de sus marcas, así como también accesorios y elementos destinados a los avatares: Vans World y Nike-land.

Tal como precisan Sidorenko, Herranz y Moya (2021) con el caso de Mercedes Benz, BMW o la propia Gucci en TikTok, las marcas ya referenciadas en Roblox intentan incrementar no solo su alcance a nuevos públicos, sino crear una imagen aspiracional en dichos segmentos.

Dicho de otro modo, ser los primeros o los más activos en el Metaverso les permite jugar con cierta ventaja frente a su competencia en un público objetivo que aún no tiene independencia económica pero que efectivamente ya está formando sus gustos y precisando sus referentes culturales, al tiempo que influyen en las decisiones de consumo de sus familias.

Quizás uno de los elementos diferenciadores y que generan ventaja de los casos hasta aquí expuestos es su capacidad multipantalla, es decir, a Fornite y Roblox se les puede acceder a través de diversos dispositivos electrónicos siempre y cuando estén conectados a internet, que no es el caso por ejemplo de Animal Crossing New Horizons que solo está disponible a través de la videoconsola Nintendo Switch.

Este videojuego fue presentado a finales de marzo de 2020, cuando el planeta entraba casi a totalidad en sus primeros confinamientos radicales por la COVID-19, lo cual pueda ser de hecho una de las variables que hicieran que dicho título se popularizara rápidamente.

El periodista Bruno Toledano (2020) destacaba en mayo de dicho año en *El Mundo* que Nintendo no solo vendía para la fecha más de 22 millones de videoconsolas Switch, sino que había alcanzado en poco más de un mes la venta de más de 13 millones de copias de este videojuego.

Sus altas capacidades de socialización, la estética cuidada, la cantidad de recursos para la creación de locaciones y sí, la enorme popularidad en tan corto tiempo atrajo rápidamente la atención de marcas y empresas que buscaron diversas maneras para hacer acto de presencia.

Marcas de moda como Ben Sherman, Valentino, Marc Jacobs, Tom-bogo entre muchas otras se volcaron a diseñar vestimenta para avatares cuyos códigos promocionaban a través de sus redes sociales (véase por ejemplo <https://bit.ly/2KmNagv>, <http://bit.ly/2Ws1rem> y <https://bit.ly/3mLGB5k>).

Por su parte, Lego e inicialmente el Partido Demócrata de los Estados Unidos, optaron por crear decoración para las islas de los usuarios, tanto para el interior como el exterior de sus viviendas virtuales (véase <https://bit.ly/38OXHJu> y <http://bit.ly/3hsvmN5>).

El trabajo particular de la organización política en cuestión obedeció al contexto electoral presidencial de 2020. Por tal motivo, dieron un paso más en su integración de estrategias virtuales destinadas a la búsqueda del incremento de alcance de cara a nuevos públicos. Es así como crearon lo que denominaron la “Isla de Biden”: una isla virtual completa en dicho videojuego alusiva al entonces candidato presidencial Joe Biden (véase <https://bit.ly/37RBVWs>).

Esta estrategia creativa también fue emprendida por marcas como KFC Filipinas (promocionar productos y promover imagen de marca, véase <https://bit.ly/3mBAf7F>), Dreamworks Animation (promocionar una película, véase <https://bit.ly/3mUrPbk>), Isla de Sentosa (promocionarse como destino turístico en la vida real, véase <http://bit.ly/38gzBao>), Hellman’s, H&M y Repsol (reforzar la comunicación social corporativa, véase <https://bit.ly/3aKS6Xj> y <https://bit.ly/3nwlrIB>).

Otras marcas como Givenchy Beauty y Gillete Venus se enfocaron más en la apariencia de los avatares (véase <https://bit.ly/36bgmQj>).

Incluso, instituciones culturales como el Museo Thyssen o el Museo del Prado en España, han construido sus propias islas con el fin de asociar su nombre en segmentos de público que pudiesen estar más desconectados con el mundo del arte convencional.

Por su parte, la socialización como recurso ha sido explotada para reforzar la marca personal. Vale destacar por una parte a la ex-congresista norteamericana Alexandria Ocasio-Cortez, quien publicó en redes sociales su intención de visitar las islas de aquellos que quisieran sostener

un contacto “más cercano” para abordar temas de interés social de Estados Unidos (véase <https://bit.ly/3mPQYEK>).

Por su parte, Gary Whitta recreó en su isla un estudio en el cual realizó un ‘*Night Show*’ titulado “*Animal Talking*”, en el que invitaba a personas destacadas del cine, cultura y farándula. Después de llevar a cabo la actividad, la grabación pasaba a estar disponible en su canal de YouTube (véase <https://bit.ly/3391Usm>).

El periódico *Business Insider* se hizo eco de una oferta que la corporación de alimentos hongkonesa Yummy House publicó en internet, donde ofrecía más de 2.500 dólares americanos a quien pudiese diseñarles su isla en Animal Crossing en un plazo de un mes a mediados de 2020.

Como se señala en dicho reportaje (Asher, 2020):

“El pago es HKD 20,000 (\$2,5k) por mes y la isla debe crearse dentro de los 31 días. Quartz informó el jueves que la compañía había recibido 230 solicitudes.

Un pequeño número de ellos provino de China continental, donde Animal Crossing se eliminó para la venta después de que los usuarios comenzaran a publicar mensajes políticos sobre Hong Kong en el juego”

En el ámbito de la *blockchain*, ‘Decentraland’ es quizás uno de los proyectos más vibrantes y con mayor actividad.

El 30 de julio de 2021 Coca-Cola organizó un evento en este Metaverso con el fin de anunciar el lanzamiento de una colección de NFT (Sidorenko, 2021) alusiva al “Día Internacional de la Amistad”.

Por su parte, la tecnológica Atari ha estado diseñando un Casino virtual en el que buscarán monetizar y explotar sus títulos clásicos como por ejemplo Pac-Man.

4. EL FUTURO NO TAN LEJANO DEL METAVERSO: RETOS Y OPORTUNIDADES PARA LA COMUNICACIÓN

A finales de 2021 Mark Zuckerberg revolucionaba el mundo al anunciar que Facebook como corporación pasaría a denominarse ‘Meta’ ya que las proyecciones de su compañía se orientaban justamente al

desarrollo de un entorno virtual que le diera una nueva dimensión al trabajo socializador que ya había concretado con su red social.

Cabe destacar al respecto que la antigua Facebook ya era acreedora de Oculus, una compañía de realidad virtual que ha logrado materializar unos visores independientes y todo-en-uno (pantalla, procesador, sonido y controladores) de costo moderado con los que masificar esta tecnología.

Desde 2018 Facebook -ahora Meta- ha estado sumergido en un proyecto de realidad virtual donde los usuarios pudiesen compartir y socializar en tiempo real. Inicialmente se denominó “Facebook Spaces” pero finalmente se decantaron por señalarlo como “Horizon World”.

Sin embargo, a comienzos de 2022 el Metaverso de Meta es incipiente y disperso, pues está soportado sobre tres plataformas independientes: Venues (espectáculos y entretenimiento) y Workrooms (productividad) operativas a nivel global y World solo en Norteamérica, pero con promesas de expandirse a más países en un corto lapso.

De esta forma, es posible evidenciar varios tipos de metaversos conforme avanza la tecnología y los proyectos al respecto, según lo hablado hasta estas líneas. Como precisa Callejo (2021) se evidencian hoy los mundos virtuales centralizados y de planteamiento “tradicional” como los ya referenciados Fornite o Roblox, por ejemplo. Luego estarían aquellos centralizados pero basados en tecnologías *blockchain* como el caso de ‘Meta’ y ‘Earth2’. Y por último, aquellos construidos sobre *blockchain* y al mismo tiempo con carácter completamente descentralizado como los ya referidos ‘Decentraland’ y ‘The Sandbox’, entre muchos otros.

Sin duda alguna los formatos y desarrollos en torno a los NFT y las organizaciones autónomas descentralizadas (DAO) están ayudando no solo al desarrollo del Metaverso, sino a la aparición de nuevos modelos de negocio en torno a él.

El periodista Carles Planas Bou (2022) destacaba en *El Periódico*, cómo la compraventa de terrenos virtuales se ha convertido en un ‘boom inmobiliario’ tan lucrativo como el negocio real:

Es en este escenario que han proliferado plataformas como Decentraland, The Sandbox, Somnium Space o CryptoVoxels, mundos de realidad virtual donde casi todo está aún por construir. Otras, como SuperWorld, permiten comprar réplicas virtuales del mundo actual, ya sea la Torre Eiffel o tu casa de infancia. En todas, su espacio es limitado, lo que hace que el valor de ese terreno pueda dispararse a medida que el deseo de invertir en ello se popularice. Genesis City, la capital de Decentraland, se equipará al tamaño de Washington DC. Como pasó con los primeros compases del ‘boom’ inmobiliario, comprar ahora una parcela puede ser la oportunidad de venderla mañana a un precio mucho mayor. Y todas funcionan con sus propias criptomonedas, como distintos países con distintas divisas.

La marca española de ropa Zara lanzó a finales de 2021 lo que denominó “su primera colección virtual” para ser distribuida a través de la plataforma Zepeto (véase <https://zepeto.me/>).

Broche (2022) destaca que los negocios en el Metaverso se encuentran en un momento de activa expansión y que según la agencia de eventos virtuales Wildbytes, hacia 2027 el 70% de las grandes marcas tendrán presencia en el Metaverso de alguna forma.

Sin embargo, no todo son posibilidades plenas. Como destacan Sidorenko y Herranz (2021) Nintendo vio que eventualmente la experiencia de usuario en Animal Crossing se vería afectada si las marcas y empresas actuaban con completa libertad. Así, a finales de noviembre de 2020 publicaron un reglamento que limita más no prohíbe la acción de este tipo de actores dentro del videojuego (véase <https://bit.ly/3rDw1zW>).

En este sentido, las plataformas virtuales se encontrarán ante el reto de procurar experiencias de usuario atractivas y diferenciadores por la competencia entre los actores tecnológicos, pero también la necesidad de precisar una normativa para que la actividad empresarial y comercial no las afecte, ya que ello representaría una merma de usuarios y por tanto un fracaso en toda ley.

5. CONCLUSIONES

El concepto de Metaverso no es nuevo pero el desarrollo tecnológico pareciera allanar el terreno de su efectivo desarrollo en esta nueva década que comienza.

Como ha ocurrido con la realidad virtual y los formatos inmersivos, muchas propuestas se adelantaron a sus tiempos y apenas ahora vemos cómo las tecnologías móviles no solo alcanzan las velocidades y autonomías necesarias para involucrar a más usuarios, sino que también se abaratan y llegan cada vez a más rincones del planeta.

Sin duda alguna el contexto de la COVID-19 en 2020 precipitó el interés y por tanto la alfabetización digital de segmentos de usuarios que convencionalmente estaban más desconectados con este tipo de recursos.

En coincidencia con Sidorenko y Herranz (2021), plataformas como Fornite y Roblox, por referenciar casos destacados, están determinadas por una presencia mayoritaria de usuarios correspondientes a la Generación Alpha, la que quizás debamos determinar como la “Generación nativa del Metaverso”: jóvenes usuarios que han empezado a formar su cultura digital en torno a las actividades colectivas en tiempo real a través de estas plataformas mediante avatares.

Son usuarios están acostumbrados por igual a comprar y vender activos digitales y a manejarse en las diferentes economías virtuales.

Es cierto que el mercado de criptomonedas y NFT no les corresponde, pero serán elementos que no les resultarán ajenos una vez puedan tener recursos para su acceso.

En el terreno digital marcas y empresas pugnan por incrementar su alcance de cara a segmentos de público más dispersos, no solo por grupos etarios, sino por plataformas e intereses. Sin duda, el Metaverso representa un nuevo escenario en el cual valdrá la pena invertir esfuerzo, dinero y tiempo en desarrollar nuevas estrategias comunicativas que procuren este proceso ante unas redes sociales y una internet 2.0 cada vez más satura e infoxicada.

La comunicación en el Metaverso, independientemente de su carácter o intencionalidad debe deslastrarse de las fórmulas tradicionales y procurar no solo un mayor grado de interacción e implicación de los usuarios, sino apostar por la construcción y consolidación de comunidad.

6. REFERENCIAS

- Asher H., I. (2020, 15 de mayo). You can earn \$2,500 to create a custom island in 'Animal Crossing'. *Business Insider*. Disponible en <https://bit.ly/3mXZC6z>
- Barnes, S. J. y Mattsson, J. (2011). Exploring the fit of real brands in Second Life virtual world. *Journal of Marketing Management*, 27(9-10), 934-958. <https://doi.org/bsk4kw>
- Broche, L. (2022, 6 de enero). El metaverso llega a la moda: Zara, H&M y Nike lanzan sus propias colecciones para el mundo virtual
- Callejo, G. (2021, 30 de noviembre). Te contamos las diferencias entre los distintos tipos de metaversos. *Observatorio Blockchain*. Disponible en <https://bit.ly/3JRamxd>
- Castronova, E. (2001). Virtual Worlds; a first-hand account of market and society of the cyberian frontier. *CESifo Working Papers*, 618, 1-40
- Jones, K. (2020, 7 de abril). How COVID-19 has impacted media consumption, by generation. *Visual Capitalist*. Disponible en <http://bit.ly/2z847oR>
- Krueger, A. y Stineman, M. G. (2011). Assistive technology interoperability between virtual and real wrolds. *Journal of Virtual Worlds Research*, 4(3), 1-8. <https://doi.org/g97h>
- Lee, E. A. (2008, 23 de enero). Cyber physicals systems: design challenges. *Berkeley EECS*. <https://bit.ly/3FuilO8>
- Levy, S. y (2021, 11 de agosto). AR is where the real metaverse is going to happen'. *Wired*. <https://bit.ly/3496x6l>
- Li, A. (2021, 17 de noviembre). Sundar Pichai thinks of the metaverse as more immersive computing with AR. *9TO5Google*. <https://bit.ly/3eD6D8k>
- Lu, M. (2021, 22 de junio). How media consumption evolved throughout COVID-19. *Visual Capitalist*. <https://bit.ly/3qsRs6T>
- Mena R., M. (2021, 19 de abril). Las grandes tecnológicas, líderes en innovación a nivel mundial. *Statista*. <https://bit.ly/32K4NzG>
- Metaverse Roadmap (2007). Roadmap inputs. The main body of the roadmap. Disponible en <https://bit.ly/3FpS6bI>
- Nagy, Á. y Kőlesey, A. (2017). Generation Alpha: Marketing or Science?. *Acta Technologica Dubnicae*, 7(1), 107-115
- Planas B. C. (2022, 2 de enero). Cientos de millones en terreno virtual: el nuevo 'boom' inmobiliario se está librando en el metaverso. *El Periódico*. Disponible en <https://bit.ly/3q2ibs9>

- Rehm, S. V., Goel L. y Crespi, M. (2015). The metaverse as mediator between technology, trends, and the digital transformation of society and business. *Journal of Virtual Worlds Research*, 8(2), 1-6
- Sharma, G., Qiang, Y., Wenjun, S. y Zhao, D. (2011). Significance of communication and e-business in Second Life virtual world. *Information Technology Research Journal*, 1(1), 1-12
- Sidorenko B., P. (2021, 29 de diciembre). ¿Qué son los NFT? El último intento por poner puertas al campo de internet. *The Conversation*. Disponible en <https://bit.ly/3eMck3N>
- Sidorenko B., P. y Herranz, J. M. (2021, 28 de octubre). Un viaje por los universos virtuales (y publicitarios) del metaverso. *The Conversation*. Disponible en <https://bit.ly/3t98lqj>
- Sidorenko B., P., Herranz, J. M. y Moya R., S. (2021). Análisis de la comunicación de empresas europeas y norteamericanas en TikTok. *AdResearch ESIC*, 25(25), 106-123
- Stephenson, N. (1992). *Snow Crash*. Bantan Books
- Subramanian, S. (2021, 25 de febrero). As Covid-19 destroyed real economies, Second Life's economy boomed. *Quartz*. Disponible en <https://bit.ly/3mMxHX9>
- Thier, D. (2019, 2 de febrero). Fortnite's live Marshmello concert was an absurd triumph that can never happen again. *Forbes*. Disponible en <https://bit.ly/3sUxqVV>
- Toledano, B. (2020, 7 de mayo). Animal Crossing se corona como el videojuego de la cuarentena y Nintendo Switch bate récords. *El Mundo*. Disponible en <https://bit.ly/34iTk2>
- Vedrashko, L. (2006). Advertising in computer games. Tesis sin publicar. MIT, Dept. of comparative media studies. Disponible en <https://bit.ly/3sPkIaY>
- Veiga, A. (2007, 25 de febrero). Second Life an online first for many companies. NBC News. Disponible en <https://nbcnews.to/345QPsv>
- Yotka, S. (2021, 21 de septiembre). Balenciaga y Fortnite se alían en una colaboración que irá de lo digital a lo físico. *Vogue*. Disponible en <https://bit.ly/3qSJSCV>
- Wolf, W. (2007). New briefs. *Computer*, 40(11), 104-105

EL SMART CONTRACT COMO NEGOCIO JURÍDICO

ELENA CRISTINA TUDOR

Ilustre Colegio de Abogados de Valladolid

Profesora de la Universidad de Valladolid

Departamento de Derecho Mercantil, Trabajo e Internacional Privado

1. EL CONCEPTO DE *SMART CONTRACT* COMO NEGOCIO JURÍDICO

El concepto de *smart contract* puede definirse de muchas formas, atendiéndose a las diferentes perspectivas de análisis que caben utilizarse en el caso de estos contratos (mercantil, civil, administrativa, informática, matemática, etc.). Desde una perspectiva jurídica, visto este contrato como un negocio jurídico, se podría definir el mismo como un conjunto de obligaciones o promesas al que se obligan las partes empleando para ello un formato digital, con inclusión de protocolos que facilitan después de la firma del contrato su ejecución. Una ejecución que va a ser automática e irrevocable ya que no resulta posible detenerse posteriormente la misma (Szabo, 1996, p. 6). El mismo autor ofrece como término de comparación el ejemplo de una máquina expendedora que, de forma automática, y sin necesidad de intervención humana, puede ejecutar la prestación de entregar al comprador, previa inserción de una moneda, el producto solicitado. Se trata de un conjunto de obligaciones con naturaleza contractual o extracontractual que adquieren un formato digital a través del software que las transforma en códigos. Unos códigos que, dentro de lo que es la ejecución del contrato, se convierten en la “la ley que va a regir toda esta ejecución automatizada” (Ríos López, 2021, p. 10).

No obstante, ha de distinguirse entre dos categorías de *smart contracts*: aquellos carentes de valor jurídico, que son básicamente secuencias de códigos y datos que se almacenan en una concreta dirección de una

cadena de bloques y aquellos contratos legales denominados inteligentes, que son contratos celebrados electrónicamente por las partes, en cuyo formato aparecen obligatoriamente la interfaz de usuario de la aplicación externa y uno o varios programas ejecutables o *smart contracts* residentes en una cadena de bloques con capacidad para interactuar recíprocamente y con dicha interfaz (Tur Faúndez, 2018, pp. 139-141). A esta segunda categoría nos vamos a limitar a continuación.

Se trata de una clase de contratos que se ha hecho realidad con el nacimiento de *Ethereum*. El *smart contract* se ha concebido como una colección de códigos (sus fuentes) y datos (su estado) que residía en una dirección específica en la cadena de bloques *Ethereum*. Varios autores españoles se han pronunciado sobre estos contratos catalogándolos como contratos digitales, inteligentes o protocolos informáticos que facilitan, verifican y hace cumplir la negociación de un contrato sin necesidad de tener una cláusula contractual (Puyol, 2016, pp. 2-4). La mayoría de los artículos que abordan el tema precisan que los *smart contracts* son contratos que se ejecutan por sí mismos, de forma automatizada y autónoma respecto de las partes (Prenafeta Rodríguez, 2016, pp. 2-3). No obstante, tales afirmaciones no fueron consideradas muy acertadas (Tur Faúndez, 2018, p. 54). También se ha afirmado que los *smart contracts* pueden considerarse básicamente como *software*, debido a que los términos del contrato se expresan en código informático, como se de un script se tratara (Morell Ramos, 2016, p. 1). A modo de ejemplo, hoy, la biblioteca API -Web JavaScript app API- permite desarrollarse aplicaciones web perfectamente accesibles para cualquier ciudadano medio y en la parte no visible de estas aplicaciones siempre vamos a tener un *smart contract* que se ejecuta de forma automatizada.

No obstante, no cualquiera de estas aplicaciones puede catalogarse jurídicamente como *smart contract*. El concepto jurídico alcanza a los mecanismos de interacción establecidos por los desarrolladores de la interfaz a través de los cuales el usuario recibe y envía información. Y son estos mecanismos los que tienen que cumplir determinados requisitos legales para que, jurídicamente hablando, se esté ante un contrato válido. El análisis de tales requisitos implica acudir a lo dispuesto en el Código civil y demás normativa de aplicación general a los contratos,

porque, aunque esto pueda resultar paradójico debido a que vivimos una época caracterizada por un momento en que cada vez aparecen nuevas tecnologías disruptivas, no existe una norma específica que regule los *smart contracts*.

El Derecho español permite catalogarse el *smart contract* como negocio jurídico a la luz de lo dispuesto en los art. 1089, 1091, 1261 y 1278 del Código Civil, siempre que el contrato sea fruto de la libre autonomía de voluntad de las partes, que exista un previo consentimiento de las partes sobre las prestaciones que constituyan el objeto del contrato que, además, debe tener una causa válida. Este marco jurídico ha de completarse con lo dispuesto en el art. 23 de la Ley de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (SSICE), así como toda aquella normativa que pretende tutelar los derechos de los consumidores y usuarios, actualmente el R.D. Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, a lo que se suma la Ley 7/1998 de 13 de abril de las Condiciones Generales de la Contratación o la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio minorista (arts. 49 y ss.).

Salvo casos excepcionales, especialmente previstos en las normas, rige el principio de libertad de forma, de modo que no se van a encontrar exigencias específicas para la celebración de estos contratos de forma digital, exigencias a las que las partes queden obligadas, siempre que concurren los presupuestos generales ya aludidos. No obstante, es la naturaleza propia de este contrato la que va a exigir su redacción en un lenguaje comprensible en términos informáticos y el empleo de los elementos técnicos necesarios para su ejecución.

En conclusión, aunque no exista una norma que lo requiera, la celebración y ejecución de un *smart contract* va a seguir distintas fases que le son específicas. Estas fases específicas van a llegar a probarse empleándose medios probatorios novedosos, no tenidos en consideración por el legislador español en el momento de redactar las normas procesales vigentes. Si bien, como vamos a ver, se trata de unos preceptos jurídicos formulados de modo *numerus apertus*, lo que no va a dejar fuera de la esfera del Derecho probatorio las nuevas fuentes y medios de prueba

que han surgido como consecuencia de la necesidad de acreditarse el contenido de los derechos y obligaciones contraídas por las partes en un *smart contract*.

2. LAS FASES DEL *SMART CONTRACT*

El contenido negocial del *smart contract* pasa por distintas fases de creación en las que se busca garantizar que las partes muestran la voluntad de alcanzar un determinado acuerdo, en las condiciones fijadas en el contrato, contrato al que se asigna un código informático que permita posteriormente su ejecución automatizada, una vez que sucedan los hechos previstos en el contrato. Se trata de unas transacciones encriptadas mediante sistemas de autenticación y verificación segura en cadena de bloques. El procesamiento de cada una de las transacciones registradas en un bloque se verifica por el sistema de consenso y se ejecuta a continuación de forma automática la prestación. Llevada a cabo la ejecución de la prestación, todos los nodos del sistema la reconocen como tal, sin resultar la misma alterable en la cadena de bloques.

El *smart contract* reviste así sus características específicas que dan lugar a la realización de distintas fases esenciales en la creación, negociación, codificación y ejecución del contrato inteligente, fases que, a su vez, van a condicionar la validez jurídica del *smart contract*.

Una de estas fases es *la fase de la negociación del contrato y su codificación*. Esta fase implica, en primer lugar, la identificación digital de los sujetos como verdadero acto de verificación y autenticación de los contratantes en las condiciones previstas en el Reglamento e-IDAS n.º 910/2014 de 23 de julio de 2014. El reglamento habla sobre tres niveles de confianza en la contratación electrónica (bajo, sustancial y alto) que vienen identificados por los factores de autenticación típicos de cada nivel. Como se opera en una cadena de bloques, a cada usuario se designa una “identidad soberana” a la que se asocian voluntariamente datos personales como nombres y apellidos, DNI y/o dirección a través de un sistema denominado de “atestación” en que por un tercero de confianza (como notario o autoridad) se da fe de la existencia de pruebas que evidencian la identidad entre el usuario físico de un servicio y el

usuario digital. El profesional encargado de diseñar esta primera fase contractual suele emplear mecanismos criptográficos disponibles para ello. En esta fase, no obstante, no se persigue solo la identificación del usuario, sino también garantizarse que el mensaje remitido por éste es auténtico, por lo que se utilizan todo tipo de técnicas de firma electrónica mediante criptografía asimétrica o criptografía de dos claves, que emplean un sistema de claves criptográficas compuestas especialmente para vincular o ligar matemáticamente una clave pública y otra clave privada (Gallego Fernández, 2018, p. 102).

Otras técnicas, como la utilización de un *token*, operan a nivel de la aplicación como una “capa” añadida de protección, por encima del *blockchain*. La sustracción de un *token* o su pérdida de posesión no implica que el titular pierda sus derechos o que dicha pérdida le pueda generar perjuicios. El *token* funciona en base a claves personales y el verdadero titular de los derechos consta en los nodos informáticos cerrados, por lo que la información está a salvo. Hoy, la situación evoluciona hacia la utilización en futuro de sistemas de identificación personal mucho más complejos, como lo es la dirección *hash* que es básicamente un resumen de los datos personales de un usuario que, encriptado de una determinada forma, pretende ofrecer un alto nivel de protección de las contraseñas.

A modo de conclusión, resulta evidente que, a nuestro Derecho probatorio, no familiarizado con todas estas pruebas “criptográficas”, le queda mucho camino por delante, para modernizarse y adaptarse a la evolución de los contratos electrónicos y a la seguridad que se pretende alcanzar en el mundo digital contractual.

Otra fase característica del *smart contract* es la *fase de la negociación*, fase en que resulta primordial el papel del programador, como encargado de transformar correctamente el contenido del contrato, del lenguaje humano, al rígido código de una máquina. Las discrepancias entre la voluntad negocial pactada y las secuencias reflejadas en un código por el programador pueden deberse a errores de programación o simplemente a limitaciones intrínsecas del *software*, incapaz de captar todos los matices establecidos en la realización de las prestaciones. No es lo mismo un error de programación que pueda conducir a una ejecución

deficitaria del contrato, como una limitación intrínseca del *software*, fruto del estado de la ciencia. En términos de responsabilidad jurídica, debe evaluarse la imposibilidad o la posibilidad de preverse el fallo, mediante el análisis, caso por caso, de supuestos específicos como los de ciertas órdenes de secuencias distintas a las contempladas inicialmente, capaces de dar entrada a dichos matices, o la rigidez del lenguaje de la programación. La prueba pericial informática resulta la más conveniente en sede judicial a efectos probatorios, porque sería la única que permitiría dirimirse este tipo de cuestiones.

Otro problema típico de un *smart contract* es la necesidad de garantizarse que las prestaciones programadas se van a ejecutar de forma automatizada solo después de tener lugar el hecho predeterminado que condiciona la prestación. En ocasiones, se siente la necesidad de acudir para ello a una fuente externa proveedora de tal información que active los nodos proporcionándoles información relevante para la ejecución del programa. En una terminología técnica, dicha fuente externa se denomina “oráculo” y tiene la función de insertar en la cadena de bloques dicha información relevante de forma segura e inmutable para todos los nodos implicados. Un oráculo es, básicamente, una plataforma necesaria para que los contratos se desarrollen en toda su funcionalidad (Padilla Sánchez, 2020, pp. 181).

En aquellos supuestos en que resultaría posible probarse, en base a un dictamen pericial informático, que la errónea ejecución del contrato se debe -por ejemplo- a defectos en la coordinación de los dispositivos, cabe la inversión de la carga en el sentido de que correspondería a la contraparte probar que, pese a dicho defecto, el daño fue causado a la víctima por otros motivos (Ríos López, 2021, p. 13). En todo caso, entendemos que la concurrencia de varias causas en la consecución del daño, entre ellas la existencia de defectos en la coordinación de los dispositivos, no eximiría de responsabilidad al responsable del programa informático.

La fase de ejecución del contenido digital es, tal vez, la más importante en la medida en que permite la ejecución automatizada de la obligación, ejecución que va a dejar sus propias “huellas” digitales. Es decir, todas las transacciones que integran la ejecución van a quedar registradas en

la cadena de bloques, de modo que los sucesos acontecidos podrán comprobarse a través de los nodos cerrados que permiten validarse la transacción por el sistema. Desde una perspectiva técnico-jurídica cabe destacarse que los nodos cerrados son inmutables y almacenan la información que posteriormente resulta imposible de alterar, por lo que van a considerarse prueba plena en el Derecho. La información inherente a todo *smart contract* se guarda en bloques donde los nodos se van encadenando y cerrando a medida que se ejecuta el contrato, de tal forma que cualquier bloque se desecha en el nodo donde se llega a producir la acción “maliciosa” generadora del daño. Opera en este contexto la presunción de autenticidad de la información, como herramienta jurídica probatoria que infiere la veracidad de los hechos jurídicamente relevantes en el litigio, cuando no se haya impugnado su autenticidad, como formalidad que pretende la aplicación de una justicia basada en economía procesal y celeridad, normas fundamentales del debido proceso (Nieva Fenoll, 2016, 66).

Vistas las cosas desde esta perspectiva, podríamos decir que lo que denominamos *smart contracts* no son en realidad contratos inteligentes, sino simplemente criptocontratos, es decir, una cadena de códigos que deben leerse e interpretarse correctamente en sede judicial. Debido a este tecnicismo, con el que los tribunales y el Derecho no están familiarizados, la prueba de un error en la programación puede convertirse en el aspecto más controvertido en sede judicial. En principio, siempre y cuando exista un documento físico, público o privado, que recoja el lenguaje natural de las obligaciones asumidas por cada parte, dicho contrato será la principal fuente probatoria, dado que la literalidad del documento no dejará lugar a dudas en el juez. De lo contrario, debe acudir a la práctica de pruebas periciales para probarse cómo debía haberse realizado una determinada operación para evitarse un error detectado. A falta de esta última *lex artis* el pleito quedaría abocado al fracaso.

Desde la perspectiva del Derecho, no todos los errores pueden imputarse al programador. Puede citarse como ejemplo, el caso de una información errónea que provenga de un oráculo que siempre actúe como fuente externa independiente, ajena al control del técnico, pero que

debe utilizarse como punto de apoyo en la ejecución del *smart contract*. En este supuesto, solo cabe la responsabilidad del técnico, de haberse pactado un sistema informático que permita al código, en casos de circunstancias sobrevenidas o imprevistas, revertir la ejecución de la transacción.

La fase de resarcimiento en caso de incumplimiento es una fase específica del *smart contract* con la que se pretende buscar fórmulas de resarcimiento de todos aquellos daños derivados del automatismo en la ejecución de prestaciones programadas. Imaginemos la situación de alguien que ha contratado un determinado servicio y que observa que el dispositivo tecnológico que utiliza ejecuta la prestación en estricto cumplimiento de unas secuencias codificadas cuando se haya producido una infracción relevante que produce la nulidad por falta de consentimiento sobre cómo se ejecuta el contrato o por un error imputable al programador. Es evidente que estas situaciones pueden evitarse o solventarse con la creación o introducción de códigos rojos en supuestos de emergencia o de restricciones a partir de sistemas de plataforma de *blockchain* privada. Se trata de elementos que, de resultar posible introducirlos, darían respuesta a esa obligación de diligencia que recae en el técnico del sistema y garantizarían la reversibilidad de una operación en supuestos de error en la codificación o concurrencia de circunstancias imprevisibles. También se ha defendido la posibilidad de introducción de los llamados oráculos decisorios que permitirían a los usuarios confirmar, con carácter previo a la ejecución, el modo en que el sistema debe ejecutar una orden, para garantizarse así el cumplimiento de las obligaciones contractuales, salvaguardándose los fallos del sistema.

Puede observarse cómo estos contratos exigen un esfuerzo adicional para resolver los problemas que puedan surgir en torno a un posible resarcimiento del contratante que observa cómo un dispositivo tecnológico ejecuta deficientemente una prestación. El sistema de confianza que se construye en torno a un *smart contract* es muy diferente al tradicional, porque no se trata de personas, sino de sistemas que se rigen por las decisiones que adoptan los nodos participantes, en régimen de auto gobernanza. Los informes informáticos periciales van a ser una

prueba primordial en prácticamente todos los procedimientos atinentes a un *smart contract*. Y ello, no solo porque van a describir el error concreto y van a permitir depurarse responsabilidades, sino especialmente porque tienen el potencial de acreditar la integridad o inmutabilidad de los datos registrados y una falta de manipulaciones que pongan en tela de juicio el uso de la tecnología. Esta característica de la inmutabilidad, a pesar de sus pros, presenta también sus contras, puesto que de ella derivan todo tipo de problemas relativos a la modificación de los términos del contrato o la posibilidad de aplicar el principio de *rebus sic stantibus* (Fetsyak, 2020, p. 210).

En la actualidad estamos ante un marco jurídico muy deficiente, que no regula las tecnologías disruptivas en especial, pese a los esfuerzos de la Comisión Europea para crear marcos homogéneos de gobernanza, y de aquí todos los problemas que derivan de la aplicación de un Derecho probatorio no adaptado a las circunstancias que caracterizan los *smart contracts* y los retos que implica garantizarse la seguridad de las transacciones electrónicas de todo tipo. Sobre estos aspectos probatorios vamos a formular a continuación algunas reflexiones.

3. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LITIGIOS BASADOS EN *SMART CONTRACTS*

Hoy, los recursos electrónicos han desplazado la contratación y el pago tradicional, de modo que han surgido todo tipo de dudas en torno al modo en que deberían operar en la práctica judicial los mecanismos probatorios tecnológicos o el valor que debería otorgarse a un *smart contract* como fuente de relaciones jurídicas. El mismo tipo de dudas ha surgido también en torno a otras tecnologías disruptivas, como la *blockchain*, la inteligencia artificial, los dispositivos conocidos como “*internet of things*” o los *softwares* de inteligencia artificial que permiten la creación en tiempo real de millones de datos, todos ellos codificados criptográficamente y almacenados en registros no siempre compatibles entre sí.

Como no existe una legislación específica aplicable a la *blockchain*, se impone la necesidad de realizarse una interpretación jurídica

“adaptada” de las normas existentes que regulan las pruebas admisibles en Derecho. Esta interpretación revista una mayor complejidad en el caso de los *smart contracts*, porque al tratarse básicamente de unos códigos informáticos de ejecución automática, se requiere el análisis de su desarrollo tecnológico, tanto en lo relativo a la parte informática como a la jurídica, en especial de los mecanismos de gobernanza y su necesaria aplicación, aunque básicamente todo lo aplicable a la *blockchain* con carácter general alcanza también a los procedimientos en que se valora el *smart contract* como fuente de relaciones jurídicas. Ello se debe a que los *smart contracts* son productos que han surgido como un protocolo que automatiza acciones en la *blockchain*, y se consideran la traducción informática de la voluntad de las partes expresada en códigos programáticos (Pacheco Jiménez, 2019, p. 2). Aportan seguridad al cumplimiento de los contratos y evitan conflictos, en muchas ocasiones la necesidad de acudir a los tribunales, por lo que en la práctica también cumplen una función de autoayuda o *self help* (Mora Astaburuaga, 2018, p. 1).

No puede negarse que los *smart contracts* se han creado realmente con el afán de producir efectos jurídicos, por lo tanto, van a tener un determinado significado jurídico (González-Meneses García-Valdecasas, 2020, pp. 1-2 y Argelich Comelles, 2020, p. 1). De modo que el Derecho está obligado a adaptarse a ellos, su interpretación debe amoldarse a las características propias de estos contratos: *su naturaleza electrónica* que hace que se cataloguen como una variante de contratos electrónicos (Legen Molina, 2018, p. 198-204) o *su carácter autoejecutable* que hace que se ejecute únicamente lo programado. Esta última nota elimina la desconfianza ante un posible incumplimiento por la contraparte, con reducción de costes y una seguridad y eficiencia que no puede encontrarse en el caso de los contratos tradicionales. Se fuerza a las partes a cumplir las estipulaciones contractuales, imposibilitando que todo quede al arbitrio de una de ellas. No obstante, su carácter no omnicompreensivo, dado que las cláusulas están redactadas en forma de códigos informático, que no posee discrecionalidad de juicio porque en la ejecución no intervienen personas, sino órdenes codificadas, limita su aplicación a aquellos supuestos que se verifiquen de manera objetiva,

sin lugar a duda o interpretaciones. Una vez superada la prueba de esta circunstancia *sine qua non*, la característica de inmutabilidad de los *smart contracts*, que deriva del hecho de que se almacenan en una cadena de bloques y prácticamente sin posibilidades de alterarse la información almacenada, hará que a dicha información se le otorgue un valor probatorio incuestionable en sede judicial (Ciaccaglia, 2019, p. 8-10).

Por todas estas razones, desde una perspectiva probatoria, debe enjuiciarse la fiabilidad y autenticidad del sistema, con especial hincapié en el análisis de la cadena de bloques que constituye una base de datos descentralizada, al emplearse la tecnología DLT que permite que múltiples nodos validen la información registrada en cada bloque a partir de una fórmula de consenso en que basta, en principio, que exista un acuerdo adoptado por mayoría para considerarse fiable y auténtica una información. Se prescinde de cualquier intervención externa, al tratarse de un sistema que se rige por las decisiones adoptadas por los propios nodos participantes (Preukschat, 2017, p. 5).

La principal duda probatoria ha surgido inicialmente en torno a la integridad e inmutabilidad de los datos registrados, en el sentido de valorarse si resultara apropiado considerarse como cualidad inherente e implícita de esta tecnología la imposibilidad de manipularse los datos almacenados en nodos. La admisión como medio de prueba de los datos registrados en un bloque ha supuesto una revolución en el sistema probatorio existente. La alta viabilidad que se otorga a dicha información se debe a que intentarse una alteración de los registros, aunque no resultaría imposible teóricamente, exigiría un consenso de todos los miembros de la mesa y una modificación en todos los nodos de cadenas de bloques que recogen un tracto sucesivo, lo que resultaría altamente improbable (Feliu Rey, 2018, p. 11-12).

Otra cosa es analizarse si una cadena de bloques debería considerarse fuente de prueba o medio de prueba. Pues, dichas instituciones jurídicas son diferentes. Mientras que las fuentes de prueba son herramientas que contienen información o datos relevantes, los medios de prueba se consideran los instrumentos que la legislación procesal reconoce como mecanismo idóneo para la introducción de las fuentes de prueba en el

proceso civil (Cornelutti, 1955, pp. 2-8). Es en este sentido en que debe interpretarse lo dispuesto en los artículos 299 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) que enumeran determinados medios de prueba como el interrogatorio de las partes, los documentos públicos o privados, los dictámenes de peritos o los medios de reproducción del sonido e imagen. Sin embargo, tal enumeración se realiza empleándose un lenguaje *numerus apertus* que deja puerta abierta a la valoración por parte del tribunal de otros medios probatorios no expresamente previstos, de conformidad con lo dispuesto en el art 299.3 LEC que recoge textualmente “*cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, ...*”. Dicho de otro modo, el precepto permite que se analice el valor probatorio que podría otorgarse en un procedimiento a una cadena de bloques, dejando sentado la literatura jurídica que una cadena no es más que un libro-registro que puede llegar a constituir fuente de prueba y, por ende, los datos en ella almacenados caben introducirse en un procedimiento judicial como medios de prueba.

Por la propia configuración técnica de las cadenas de bloques, no cabe duda de lo relevante que puede resultar la información que se almacena, en prácticamente todos los juicios. Ello se debe a que las cadenas de bloques proporcionan información sobre tres extremos que suelen resultar relevantes en los procedimientos judiciales, tales como el hecho o estado de las cosas sobre el que se constituye el registro, la identidad del otorgante cuando se pretenda garantizar la misma y el momento temporal de cada transacción que queda sellada de forma automática e inmutable en el tiempo en cada bloque.

Los problemas que en la práctica suelen plantearse en torno a la admisión como medio probatorio de tal información va a girar en torno a dos cuestiones. La primera, y la más importante, es la relativa al inconveniente de no poderse comprobar siempre, con la exactitud necesaria, la identidad de los usuarios. Ello sucede especialmente en aquellos casos en que, al no exigirse expresamente su identificación por la normativa en vigor, se permite a los usuarios operar en base a *alias* o de modo anónimo. También se dan supuestos en que la normativa en vigor

pretende garantizar la privacidad del usuario. Situaciones ambas en que no resulta posible establecerse la correlación entre la identidad física y la virtual.

No obstante, en el caso de los *smart contract* han surgido muchos más problemas en torno a la integridad de los contenidos almacenados en una cadena de bloques. Si al registro no accede el documento completo sino simplemente el *hash* o su huella digital que es una clave alfanumérica resulta imprescindible la utilización de un “traductor” que descodifique el mensaje de forma suficientemente fiable. En este contexto, los reproches acerca de la inadmisibilidad de la prueba giraran en torno a tal viabilidad, aunque -en principio- nada impediría la utilización de la información “traducida” como medio de prueba en el proceso (Lázaro Domínguez, 2014, 22-35).

Como regla general, toda la información existente en la cadena de bloques debe aportarse en el procedimiento judicial, incorporándose el soporte electrónico en que figura registrada, la copia impresa del *hash*, de la transacción y de los bloques afectados, así como las claves criptográficas que permitan su descodificación, sin perjuicio de que siempre va a ayudar y va a generar el convencimiento del tribunal, respecto de la veracidad de la información, la aportación añadida de un dictamen pericial que corrobore la autenticidad de los datos insertos en la cadena de bloques, especialmente de los códigos criptográficos. Tal dictamen resulta muchas veces imprescindible para otorgarse a un documento público aportado al proceso los efectos que dispone el art. 318.1 LEC (Feliu Rey, 2018, p. 11-12).

La eficacia probatoria de tal información deriva especialmente de lo dispuesto en los artículos 3.5 de la Ley de Firma Electrónica 59/2003, de 19 de diciembre que establece que

“constituye documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado”.

Asimismo, los artículos 23 y 24 LSICE disponen textualmente, de un lado, que

“los contratos celebrados pro vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez” y, del otro, que “el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental”,

sin realizarse ninguna distinción entre los efectos que derivarían de un contrato celebrado tradicionalmente y otro telemático. En consecuencia, a ambos tipos contractuales debe concederse el mismo valor jurídico, es decir, a tenor de lo dispuesto en el art. 326.1 LEC, siempre y cuando no se impugne su autenticidad por la parte perjudicada, ambos harán prueba plena en el proceso. Todo ello, sin perjuicio de que el tribunal pueda valorarlo conforme a su sana crítica cuando resulte imposible la comprobación de la autenticidad del documento o no se hubiera propuesto alguna prueba en este sentido. De conformidad con lo dispuesto en el art. 326.3 y 326,2 LEC, cuando se proceda en juicio a la impugnación de la firma electrónica de un documento, deberá procederse a la comprobación del dispositivo de seguridad que garantiza en teoría su autenticidad. La prueba tecnológica que se aportaría en este sentido debe versar sobre todos aquellos aspectos que tengan capacidad demostrativa respecto de la veracidad de la firma y del dispositivo utilizado como soporte (Pinto Palacios, Pujol Capilla, 2017, p. 15).

Desde la perspectiva del perjuicio indemnizable, generado en el marco de una ejecución defectuosa de un *smart contract*, ha de destacarse que cabe tanto la indemnización del daño emergente, como del lucro cesante ocasionado al afectado, si bien recaerá en éste la carga de probar el daño y el nexo causal entre el mismo y la conducta reprochable de la contraparte. La prueba es compleja en prácticamente todos los casos, ya que necesita de dos ciencias forenses: la informática y la auditoría. En primer lugar, la informática permite probarse por un experto con acceso a la *blockchain* los patrones del *smart contract* y, a raíz de ello, inferirse el error en la ejecución imputable a la contraparte, lo que posteriormente facilitaría el cálculo del valor total del daño. No obstante, la auditoría mediante la intervención de un perito va a tener mayor importancia como medio probatorio, puesto que los conocimientos del perito abarcan ambas ciencias y van a ofrecer al juez mayor fiabilidad a

la hora de proceder a la valoración de la prueba obrante en el expediente (Vázquez Rojas, 2015, p. 183).

4. ALGUNAS PERSPECTIVAS DE FUTURO

Resulta evidente que la principal debilidad del Derecho vigente es la falta de regulación específica de los *smart contracts* y, en general, de las demás figuras afines de contratación electrónica, lo que se ha convertido hoy en una tarea pendiente, tanto del legislador nacional español, como del legislador europeo, especialmente en este siglo XXI en que se asiste a una evolución fulminante de todo lo relativo al *e-commerce*. En el caso del *smart contract* resulta especialmente novedoso el modo en que se celebra y se ejecuta éste a través de la tecnología *blockchain*.

Como perspectiva de futuro, resultaría interesante que, para la regulación de estos aspectos, los legisladores se inspiren en las directrices marcadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, conocidas por las siglas inglesas del documento como UNCITRAL. Ya se ha hecho lo mismo en el caso de la normativa europea aplicable al comercio electrónico y ello ha dado un buen resultado, debido a que la Comisión de las Naciones Unidas se ha dedicado a lo largo de las últimas dos décadas al estudio exhaustivo del exponencial crecimiento del *e-commerce*, especialmente en el tráfico internacional, con lo que se ha aprovechado una experiencia que no debía desperdiciarse. Ello ha dado lugar a la creación de distintos instrumentos acreditativos, útiles para comprobarse el contenido y la validez jurídica de los contratos electrónicos. En la creación de estos instrumentos se han respetado tanto el principio de equivalencia funcional entre el documento electrónico y el documento en papel, como en el principio de neutralidad tecnológica. Esta asidua labor ha tenido como resultado la entrada en vigor de la Ley Modelo de Firma Electrónica de 2001, a continuación de la Convención para el Uso de las Comunicaciones Electrónicas en Contratos Internacionales de 2005 o de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre los documentos transferibles electrónicos (conocida por sus siglas como LMDT). Todas estas normas se aplican a la

contratación electrónica y la última se aplica especialmente a los documentos pensados para emular el funcionamiento de los títulos valor, lo que permite hoy que puedan representarse concretos bienes muebles y transmitirse el título asociado a ellos de forma muy fácil. De hecho, la semejanza entre los instrumentos regulados en estas normas y los inherentes a los *smart-contracts* es evidente. Por ejemplo, la única diferencia que podría observarse entre un documento transferible electrónico y un *smart contract* es que, mientras el citado documento es un conjunto de datos, el *smart contract* se define como un conjunto de datos asociados a un código informático. Un código que propicia la autoejecución del contrato, cuando se cumplan los requisitos pactados entre las partes.

También ha de destacarse que los tres principios fundamentales que han servido de base para la normativa UNCITRAL no son incompatibles con aquellos que deberían regir la regulación de los *smart contracts*. Ello es así porque estos principios son los de no discriminación, de neutralidad tecnológica y de equivalencia funcional, todos ellos perfectamente aplicables a los *smart contracts*.

El principio de no discriminación o de equivalencia de los actos electrónicos respecto de los autógrafos o manuales -art. 5 de la norma- persigue, al igual que se manifiesta en la normativa sobre comercio y firma electrónicos, que no se niegue valor legal a los documentos por el mero hecho de tener un formato electrónico, lo que como hemos señalado también recoge nuestra LEC y demás normativa española en los términos expuestos. Dicha normativa establece prácticamente la misma presunción de legalidad para los documentos en formato electrónico y para los documentos en papel, que llega a afectar como hemos visto tanto a la tecnología *blockchain* como a los *smart contracts*. El principio ha quedado plasmado en el Derecho español, por ejemplo, en el art. 23 de la Ley 34/2002 de 11 de junio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico o en el art. 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

El principio de neutralidad tecnológica intenta eludir la obsolescencia en la redacción de los textos legales, con lo que viene a favorecer los procedimientos novedosos y la transición a las nuevas tecnologías, sin

resultar incompatible, por lo tanto, su aplicación a la *blockchain* o al *smart contract*.

El segundo principio, sin embargo, el de la equivalencia funcional puede suscitar ciertos problemas en la medida en que no parece pensado para aplicarse a los contratos autoejecutables como el *smart contract*. Ello se debe a que se trata de un principio pensado especialmente para supuestos en que se busca la equivalencia entre otras formas/documentos contractuales y los documentos firmados en soporte papel.

Desde la perspectiva de los requisitos que la normativa UNCITRAL prevé para la adecuada formación de los contratos, el único aspecto que revestiría especiales problemas sería el de la firma, requisito que solo se cumpliría en aquellos supuestos en que resultarían perfectamente identificables las personas firmantes, es decir, la coincidencia entre la identidad física y la digital, imprescindible para poder llegarse a comprobar que el *smart contract* está realmente firmado por las personas identificadas en él como intervinientes.

A todo ello hay que sumar la exigencia de la buena fe contractual, consagrada en el art. 3.1 Ley Modelo de Comercio Electrónico (LMCE), la reiteración del principio de libertad de pacto del art. 4.1 LMCE o el hecho de que una norma especial aplicable a los *smart contracts* debe instaurar un justo equilibrio de las contraprestaciones, toda vez que la validez y el cumplimiento del contrato no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (Tur Faúndez, 2018, p. 68).

En conclusión, la normativa UNICITRAL podría servir perfectamente de fuente de inspiración para los legisladores, porque al fin y al cabo los *smart contracts* no son más que la culminación de los procesos de contratación digital.

5. REFERENCIAS

- Argelich Comelles, C. (2020). Smart contracts o Code is Law: soluciones legales para la robotización contractual, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, nº. 2, 1-41.
- Ciaccaglia, M. (2019). Blockchain y smart contracts entre la normativa europea y el código civil español, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº. 51, 1-12.
- Cornelutti, F. (1955), *La prueba civil*. Arayu.
- Feliu Rey, J. (2018). Smart contract: concepto, ecosistema y principales cuestiones de Derecho privado. *Revista La Ley Mercantil*, nº. 47, 1-15.
- Fetsyak, I. (2020). Contratos inteligentes: análisis jurídico desde el marco legal español, *REDUR*, nº. 18, 197-236.
- Gallego Fernandez, L.A. (2018). Cadenas de bloques y registros de derechos, *Revista de Derecho Inmobiliario*, nº. 765, 97-141.
- González-Meneses García.Valdecasas, M. (2020). Smart contracts: ¿hacia una economía sin derecho contractual?, *Aranzadi Digital*, nº. 1, 1-15.
- Lázaro Domínguez, F. (2014). *Introducción a la informática forense*. Ra-Ma S.A.
- Legen Molina, A. (2018). Los contratos inteligentes en España (La disciplina de los smart contracts), *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, nº. 2, 193-241.
- Mora Astaburuaga, A. (2018). ¿Qué son los smart contracts? ¿Son realmente contratos inteligentes?, *TicsLaw*, <http://ticslaw.es/que-son-los-smart-contracts/>.
- Morel Ramos, J. (2016). Cómo crear un smart contract con términos y condiciones. *Legaltech, términos y condiciones, Derecho tecnológico y legaltech*, <https://terminosycondiciones.es/2016/09/21/como-crear-smart-contract-mediante-terminos-condiciones/>.
- Nieva Fenoll, J. (2010). *Valoración de la prueba*. Marcial Pons.
- Pacheco Jiménez (2019). De la tecnología blockchain a la economía del token. *Derecho PUCP*, Nº. 1, 61-87.
- Padilla Sánchez, J.A. (2020). Blockchain y contratos inteligentes: aproximación a sus problemáticas y retos jurídicos. *Revista de Derecho Privado*, nº. 49, 175-201.
- Pinto Palacios, F., Pujol Capilla, P. (2017). *La prueba en la era digital*. Wolter Kluwer-La Ley, 1-15.
- Prenafeta Rodríguez, J. (2016). Smart contracts: aproximación al concepto y problemática legal básica, *Diario La Ley*, nº. 8826, 1-9, <http://diariolaley.laley.es/>.
- Preukschat, A. (2017). *Blockchain: la revolución industrial del internet*. Booket Gestión 2000.

- Puyol, J. (2016). ¿Qué son los smart contracts o contratos digitales?, Confilegal, nº. 3 de abril, 1-13, <http://confilegal.com/20160403-los-smart-contrats-contratos-digitales/>.
- Ríos López, Y. (2021). Blockchain, smart contracts y administración de justicia, Blockchain Intelligence, 1-16.
- Szabo, N. (1996). Smart Contract, Building Blocks for Digital markets, Extropy 16, 1-10, https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html.
- Tur Faúndez, C.E. (2018). Smart contracts. Análisis jurídico, Reus.
- Vázquez Rojas, C. (2015). De la prueba científica a la prueba pericial. Marcial Pons.

LA INNOVACIÓN EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS LABORALES EN EL ACTUAL CONTEXTO PRODUCTIVO¹

JUAN MANUEL MORENO DÍAZ

*Prof. Ayudante Doctor (acreditado a Contratado Doctor)
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

1. LAS NUEVAS FORMAS DE PRODUCCIÓN EN UN MUNDO GLOBAL Y DIGITAL

El mercado actual está dominado por una nueva forma de entender los procesos productivos, donde la tecnología, la demografía, la globalización y el cambio climático están entre los principales factores impulsores de esos cambios².

El primer factor que ha contribuido recientemente y de una forma más decisiva a la nueva manera de producir es la globalización, la cual “ha tenido importantes repercusiones sobre las empresas y el empleo, (incluyendo) la fragmentación de la producción en tareas y actividades, que coincide en última instancia con la expansión de las cadenas mundiales de suministro”³.

¹ El presente trabajo es fruto y se inserta dentro del Proyecto Coordinado “Nuevas dinámicas y riesgos sociales en el mercado de trabajo del siglo XXI: desigualdad, precariedad y exclusión social (DINARISK)”, y, en concreto, dentro del Subproyecto 2, que lleva por título “Nuevas formas de negociación y conflicto colectivo en una economía de mercado digital” (Proyecto competitivo financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación dentro del Plan Estatal 2017-2020 Retos - Proyectos I+D+i (Referencia: RTI2018-098794-B-C31).

² V. al respecto CORTINA, R. (2011): La dimensión transnacional de la negociación colectiva. Los Acuerdos Marco Globales, Fundación Friedrich Ebert, Serie Aportes, nº 14, Ginebra.

³ OIT (2017): Informe inicial para la comisión del futuro del trabajo, Ginebra, p. 10.

Los efectos de la globalización se han observado a nivel internacional y nacional⁴. En el ámbito internacional, ha traído consigo un aumento en las transacciones económicas y de la inversión extranjera y un incremento en el comercio internacional mundial, con la intensificación comercial de multinacionales gigantescas como en el sector de banca y seguros, la manufactura, la producción de petróleo y materias primas. En el nivel nacional, ha conllevado compañías fragmentadas y pequeñas unidades independientes descentralizadas, actividades derivadas a unidades más pequeñas, una organización laboral y unas relaciones industriales más flexibles (en específico los acuerdos de contratación). En conclusión, “la globalización ha traído consigo el crecimiento de la inequidad y la disminución de la prioridad de la dimensión social en muchas partes del mundo” (Rantanen, 2000).

Otro factor que está influyendo notablemente en la forma de prestar los servicios es la tecnología, que está teniendo un impacto transformador sobre la naturaleza del trabajo, a través de fenómenos como la robótica, el big data o las nuevas telecomunicaciones.

La tecnología constituye un elemento importante en la configuración de las condiciones de vida y de trabajo. Las transformaciones tecnológicas afectan de distintas formas a la actividad laboral. Determinan los contenidos materiales de la misma, influyen sobre el ambiente en que se desarrolla, posibilitan un mayor control de la actividad de los trabajadores, y, al crear nuevos productos, inciden directamente sobre la estructura de industria y ocupaciones. Y, por lo que respecta a las nuevas formas productivas, se ha dicho que “el fenómeno de centralización de la producción tecnológica (está) en manos de los grupos de empresas y especialmente en las compañías transnacionales, lo que conlleva una centralización de las decisiones en la materia de una parte del capital”. Ahora bien, el escenario que nos encontremos al final del proceso y de qué manera afectarán estas nuevas tecnologías a las Cadenas Mundiales

⁴ El INFORME CES 3/2018 (p. 20), establece que “al igual que el futuro del trabajo ya no puede concebirse desde una perspectiva estrictamente nacional, la oferta de trabajo requiere ser considerada en el marco de la globalización y de la apertura mundial de las economías”.

de Suministro (en adelante, CMS) y a la fragmentación de la producción, es algo que no es determinable a priori.

Sin embargo, la digitalización está teniendo unos efectos perniciosos sobre las formas de producir, en general, y sobre las relaciones laborales, en particular, dado que la robotización y la inteligencia artificial han venido a cambiar radicalmente la aportación humana en las relaciones de trabajo (Fita Ortega y Goerlich Pesset, p. 8). Repercusiones, en primer lugar, en el empleo, debido a varias circunstancias: a) Hay una conexión directa entre proveedores y consumidores, dejando al margen, por tanto, a los prestadores de servicios; b) Hay una correlación entre robótica y pérdida de empleo, sobre todo, en el que afecta a las tareas rutinarias, aunque es cierto que este criterio se ha ido difuminando con el tiempo, puesto que las previsiones iniciales fueron mucho más pesimistas, haciéndose poco a poco más moderadas, estimándose que la pérdida de empleo derivada de la robotización será del 9% como media de la OCDE (Arntz et al, 2016, p. 26); c) En relación con el trabajo en plataformas, cada vez existen más prestaciones de servicios a través de esta modalidad.

En segundo lugar, la digitalización está también afectando al contenido de los trabajos, es decir, a la manera en que se desempeñan las tareas y los requerimientos de cualificación necesarios para ejecutarlas. Así, diferentes estudios empíricos ponen de relieve que la difusión de las tecnologías digitales está provocando cambios significativos en los requerimientos de los puestos de trabajo, acelerando tanto el riesgo de obsolescencia de diversas cualificaciones como la demanda de otras nuevas, especialmente en los sectores con mayor intensidad tecnológica (CEDEFOP, 2016).

En tercer lugar, la economía digital ha tenido también repercusión en relación con la conformación de las relaciones de trabajo, con la generación de nuevos tipos de trabajadores que se distancian de los tradicionales, con el consiguiente cambio que esto ha supuesto para la concepción de las relaciones laborales tradicionales. Y ello, porque cambian los servicios prestados, con una mayor flexibilidad de estos, lo que requiere de una mayor adaptabilidad por parte del trabajador y de una continua necesidad de formación, tanto inicial, como permanente.

Asimismo, cambian igualmente las circunstancias del trabajo, con una mayor cantidad de trabajos prestados por máquinas, en detrimento de los prestados directamente por los trabajadores, y ello hace que hayan aumentado actividades prestadas fuera del centro de trabajo, a través del teletrabajo o del trabajo a distancia, dado que la presencia continuada del trabajador en el centro de trabajo durante un determinado período de tiempo pierde su sentido (Rocha et al, 2016, p. 9). Y, por último, hay un aumento de un nuevo tipo de prestaciones prestados a través de las plataformas digitales, lo que ha supuesto una prestación directa de servicios entre el proveedor de estos y el cliente, lo que ha repercutido en el nacimiento de un nuevo tipo de trabajador, muy precarizado, que presta servicios, no para un empresario, como tradicionalmente, sino para una plataforma, con lo que ello supone en cuanto al detrimento de los derechos de este nuevo tipo de trabajadores.

Por último, es preciso también considerar a la demografía como factor importante que va a tener su incidencia en la conformación de los nuevos procesos, aunque ello depende de la parte del mundo del que hablemos, dado que los fenómenos demográficos son dispares y presentan una particularidad distinta en las diferentes partes del globo. En efecto, en los países emergentes y en desarrollo, se ha producido un aumento de la población joven que accede al mercado de trabajo, lo que ha impulsado la urbanización y contribuido a la migración internacional. A diferencia de lo anterior, en los países desarrollados, se ha producido el fenómeno del envejecimiento de la población trabajadora, debido fundamentalmente a los bajos índices de natalidad y al incremento paulatino y acelerado de la esperanza de vida. Ello ha hecho que las edades de jubilación en tales países hayan ido creciendo con el paso del tiempo y que el trabajador haya retrasado la edad para dejar de trabajar. Esta idea gana fuerza, además, si se tiene en cuenta que, debido a esta circunstancia, los sistemas de pensiones han devenido cada vez menos sostenibles, dado que el volumen de pensiones a pagar cada año no puede sostenerse con las escasas aportaciones de los trabajadores.

Todos estos factores están entrelazados en las nuevas formas de producir a nivel mundial. Y ello ha tenido su efecto en la degradación de los derechos de los trabajadores, que han sufrido un empeoramiento

generalizado de sus condiciones de trabajo con el paso del tiempo, y de forma mucho mayor en el último año, fruto de la pandemia de COVID que afecta al mundo.

Por ello, es fundamental el activo papel de los trabajadores y sus representantes en la defensa y reivindicación de sus amenazados derechos, aunque este papel tendrá que adquirir nuevas formas para adaptarse a las renovadas formas productivas.

2. EL DIÁLOGO SOCIAL Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA INTERNACIONAL: ASPECTOS GENERALES Y PROBLEMÁTICA

El punto inicial de esta comunicación tiene que partir necesariamente de la todavía difícil situación que vive el derecho de negociación en el ámbito internacional. Si bien en el mundo desarrollado el respeto a la negociación colectiva se mantiene dentro de unos límites tolerables (aunque con excepciones), más allá de los límites de los países occidentales el desarrollo de dicho derecho está muy por debajo de los umbrales mínimos requeridos.

En términos globales, la negociación colectiva fue el segundo derecho que sufrió una mayor violación, con más de un 80% de erosión, aunque por detrás del derecho de huelga (86%), que fue el derecho más transgredido, y con regiones como Asia-Pacífico, donde se constató un 100% de vulneración a la negociación colectiva. Las prácticas contrarias al adecuado ejercicio de este derecho son muy frecuentes en la mayor parte del mundo, e incluso en Europa son llamativas y muy comunes algunas prácticas empresariales consistentes en soslayar a los sindicatos en la negociación colectiva, impulsando la negociación de convenios directamente con los propios trabajadores⁵.

⁵ Esta práctica reviste una especial gravedad en Europa, dado que el sujeto natural de la negociación colectiva por la parte social es el sindicato. Así puede verse en AAVV (CRUZ VILLALÓN, J., dir.): "La negociación colectiva en Europa. Una perspectiva transversal", Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, p. 171 ss.

Y por lo que respecta a las violaciones concretas del derecho en la práctica, el Comité de Libertad Sindical la OIT⁶ ha concluido que la gran mayoría de la población mundial queda excluida de este derecho, con carácter general, dados los serios obstáculos al ejercicio de este derecho en la práctica. Más concretamente, las violaciones prácticas más frecuentes tienen que ver con la exclusión/restricción de temas cubiertos por la negociación colectiva (Informe OIT, párr. 1289-1312), el arbitraje obligatorio impuesto en la negociación colectiva (Informe, párr. 1415-1419), los requisitos excesivos en la determinación y/o reconocimiento de los sindicatos habilitados para negociar colectivamente (párr. 1342-1403), el menoscabo y/o insuficiente promoción de la negociación colectiva, incluyendo injerencias en el proceso de negociación (párr. 1231-1288) y la violación de convenios colectivos firmados (párr. 1313-1321; 1327-1341).

En conclusión, la situación del derecho de negociación colectiva en el mundo es muy preocupante, ya que las violaciones del mismo son frecuentes y habituales en todos los países y continentes, incluso en los países de nuestro entorno. Y en este contexto, nada fácil para el reconocimiento de los derechos colectivos de los trabajadores, se ha producido una importante revolución de la forma de trabajar, derivado de factores como la globalización, la introducción de nuevas tecnologías en la empresa o la demografía, que ha hecho cambiar radicalmente la manera de producir, introduciendo conceptos como la economía circular, el smart work o el big data, con la consiguiente nueva preocupación de la protección de los derechos de los trabajadores, en general, y de los derechos fundamentales laborales, en particular, derivados de la intensiva utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito empresarial, tal como veremos a lo largo de la comunicación.

⁶ OIT: La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical (2018, 6ª edición). Todos los datos que se ofrecen están referidos a esta última edición.

3. NUEVAS FORMAS DE REPRESENTACIÓN SINDICAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Los derechos de los trabajadores necesitan hoy más que nunca de una protección reforzada por la acelerada degradación de estos. Sin embargo, esta protección no puede llevarse a cabo con acciones locales, sino que la actuación de los representantes tiene que trascender las fronteras nacionales para situarse en un plano supranacional, formando estructuras de defensa de tales derechos más allá de las fronteras de cada país. Es decir que el mundo del trabajo se vuelve cada vez más inestable y precario en el plano nacional, lo que le impone al sindicalismo el desafío de construir acciones de solidaridad y de establecer conexiones entre el plano nacional y el transnacional” (Da Costa, 2016, p. 7 y 8). Fruto de ello son las nuevas formas representativas surgidas de un tiempo a esta parte.

3.1. COMITÉS SINDICALES MUNDIALES

En este nuevo panorama de relaciones laborales transnacionales, el movimiento sindical ha creado estrategias sindicales a nivel internacional. Es decir, “partiendo de la idea de que el movimiento sindical debe adaptarse continuamente a las relaciones y cambios sociales, económicos y políticos que provoca el desarrollo y evolución del sistema capitalista, constatamos cómo la globalización conlleva múltiples desafíos para el sindicalismo. El más significativo es la necesidad de globalizar también su ámbito de intervención, y, consecuentemente, generar los mecanismos adecuados y efectivos de coordinación, organización y articulación de la acción sindical a escala internacional, pues este es el actual marco de actuación del capitalismo y de las empresas multinacionales y sus cadenas de producción” (Almendros González, 2016, p. 284).

Todo ello ha desembocado en la creación en el ámbito de las grandes empresas multinacionales de estructuras organizativas de carácter internacional, con el ánimo de servir de apoyo a la acción sindical de los trabajadores de estas empresas y grupos de empresa multinacionales en la defensa y reivindicación de sus derechos a lo largo de toda la cadena de valor. De esta manera, se han creado redes sindicales de empresas

transnacionales y comités sindicales mundiales a nivel global para facilitar esta defensa.

En relación con los Comités Mundiales, fue el sector de la moda el pionero e Inditex el primer grupo de empresas en el mundo en crear una estructura de este tipo. La creación de este Comité se produjo en 2019, coincidiendo con la renovación del Acuerdo Marco Global entre Inditex e Industriall Global Union, “para compartir las mejores prácticas en materia de promoción de los derechos a la libertad sindical y a la negociación colectiva como base del fortalecimiento de las condiciones de trabajo de los trabajadores de la industria de la vestimenta, el textil y el calzado”.

Tal como se decía en la presentación del mismo, “este Comité estará compuesto por representantes sindicales de los principales clústeres de producción de Inditex, así como por representantes de los sindicatos españoles CCOO y UGT. Sus 9 miembros estarán distribuidos del siguiente modo: un miembro en representación de la producción de África, un miembro en representación de la de América, cuatro miembros en representación de los clústeres de Asia, dos miembros en representación de los de Europa Occidental y un miembro en representación de Europa Oriental”.

Así, con la creación de este Comité Sindical Global, los representantes sindicales locales participarán de una manera más directa en la aplicación del Acuerdo Marco Global en sus respectivos clústeres y podrán contar con el asesoramiento de expertos sindicales, tal y como se estableció en la ampliación del marco de colaboración alcanzada en 2016.

En definitiva, con este órgano se trata de garantizar la uniformización de las condiciones laborales a lo largo de toda la cadena de suministro del grupo de empresas, haciendo que participen directamente en él los representantes de los trabajadores de las empresas proveedoras del grupo, y garantizando, sobre todo, la libertad sindical y la negociación colectiva, no solo en la empresa de cabecera, sino en todas las empresas que forman la cadena de suministro.

3.2. REDES SINDICALES

Conceptualmente, las redes sindicales son “una articulación de trabajadores de diferentes unidades productivas de una misma empresa con el objetivo de intercambiar informaciones y experiencias, consensuar pautas comunes de cara a posteriores negociaciones con la plana empresarial y llevar adelante acciones conjuntas de diferente naturaleza de modo organizado” (Da Costa, 2016, p. 3). Además, esta vía constituye una forma adecuada de avanzar en la construcción de un sindicalismo global en un contexto globalizado que evidencia que las condiciones de trabajo en un país son cada día más interdependientes de los demás países.

De este modo, “son tres los elementos conceptuales que conforman las redes sindicales: 1) el *subjetivo* (se trata de plataformas de interconexión integradas por una pluralidad de sindicatos nacionales y locales que tienen en común su implantación real o potencial en los diferentes lugares del mundo en los que genera empleo la empresa multinacional, lo que comprende la empresa matriz y las sucursales, filiales, concesionarias, franquicias, joint ventures, y toda su cadena de valor integrada por empresas auxiliares, contratistas, proveedoras, distribuidoras o suministradoras, según el modelo de negocio de cada multinacional); 2) el *objetivo, funcional o finalista* (pretenden ser instrumentos para la defensa del conjunto de los intereses colectivos de los trabajadores de la empresa multinacional y, en su caso, de su cadena de valor a través de la cooperación sindical internacional, pero en la práctica muestran ser estructuras sindicales débiles que con mucha dificultad logran convertirse en verdaderos interlocutores de la empresa multinacional); y 3) el *organizativo* (son estructuras de interrelación de una pluralidad de sujetos sindicales configuradas en red, figura intermedia entre la asociación y la mera coalición, y carentes de personalidad jurídica propia al no adoptar la forma asociativa)” (Almendros González, 2016, p. 284).

La principal contribución que las redes pueden hacer a la organización de los trabajadores (en Brasil, aunque esto es trasladable al resto de economías del mundo) es la posibilidad de crear mecanismos que permitan romper con la fragmentación sindical que limita a los sindicatos a actuar localmente a escala de los municipios. Las redes hacen posible

el cruce de información sobre remuneración y condiciones laborales entre trabajadores de distintas regiones y el desarrollo de acciones conjuntas de solidaridad frente a los despidos y cierres de plantas. Sin esas iniciativas, los trabajadores permanecerían aislados en sus unidades productivas, sin conocimiento de lo que pasa en otros puntos de la empresa en la que trabajan (Da Costa, 2016, p. 8).

Así ha sucedido con la Red Sindical de proveedores de Inditex, multinacional española del sector de la moda que fue creada entre la federación sindical internacional Industrial Global Union y dicho grupo de empresas internacional, con el objetivo fundamental de que los trabajadores que prestan servicios en las fábricas y talleres situados en países del tercer mundo y que elaboran los productos para dicha multinacional puedan ver garantizada la aplicación de las normas internacionales del trabajo –duración de la jornada, salarios, entorno laboral, etc.– y, al mismo tiempo, crear una red que desarrolle la solidaridad y el intercambio de información entre líderes sindicales a nivel de la fábrica.

3.3. PLATAFORMAS DIGITALES: PRÁCTICAS NOVEDOSAS DE ACCIÓN SINDICAL

Por último, en el campo de las plataformas digitales, también se han dado novedosas formas de acción sindical. En este ámbito se dan ciertos problemas en cuanto al ejercicio de los derechos colectivos: a) La atomización del sector generada por la naturaleza individual del proceso productivo; b) El uso de contratos de muy breve duración; c) Relaciones contractuales alejadas de la subordinación; d) La aplicación de algoritmos como método de determinación de las condiciones de trabajo, etcétera.

En relación con ello, los sindicatos han comprendido que es más necesaria que nunca la reorganización de sus funciones en orden a la defensa de los trabajadores de estas empresas, cada vez más presentes en el mercado de trabajo a todos los niveles, sobre todo, teniendo en cuenta que aunque una muy pequeña proporción de estos trabajadores trata con sindicatos los asuntos relacionados con su trabajo,

“algunos de estos trabajadores han manifestado su deseo de tener sindicatos que representaran a las personas dedicadas al trabajo en plataformas digitales” (OIT, 2019, p. 85).

Sin embargo, esta reorganización no es sencilla, puesto que se ha topado con determinados problemas, relacionados, en primer lugar, con la democracia sindical de estas organizaciones, con la determinación de su representatividad y, por último, con la internacionalidad de las plataformas, lo que se topa de bruces con la conformación fundamentalmente nacional de los sindicatos (Domínguez Morales, 2019, p. 68).

Estos factores de dificultad de la actuación del sindicato en el ámbito de las plataformas han traído como consecuencia la autoprotección de los trabajadores que prestan servicios en ellas, creando organizaciones específicas en cada uno de los países, siendo pionera en este aspecto Francia, cuya legislación reconoce expresamente a los trabajadores de las plataformas, el derecho de formar sindicatos, adherirse a los ya creados y ejecutar acciones colectivas, pese a su calificación como trabajadores autónomos (Dominguez Morales, 2019, p. 65).

En España, por ejemplo, se han creado las asociaciones Ridersxderechos, formado por riders de Deliveroo, presentes en numerosas ciudades y que se comunican, preferentemente, a través de redes sociales, además, de realizar asambleas, y Asoriders (Asociación Española de Riders Mensajeros) que representa a mensajeros que trabajan para distintas empresas de reparto en calidad de autónomos, o la iniciativa sindical, llevada a cabo por el sindicato UGT, denominado “Turespuesta-sindical.es”, donde los afiliados de UGT que trabajan en plataformas digitales ponen al servicio de los usuarios la página a través de la que se proporciona soporte laboral a las personas trabajadoras que desarrollan sus trabajos en plataformas digitales. A este respecto, se ha dicho que

“las tecnologías digitales y las nuevas formas de comunicación constituyen una oportunidad y una buena herramienta de acción y proselitismo sindical, para difundir sus mensajes, captar nuevos afiliados o, cuando menos, y en términos “millenials”, conseguir “followers” o seguidores (...) y ello como herramienta de trabajo y comunicación externa con sus afiliados, pero también interna con sus delegados y técnicos. Sería este el caso de la utilización de plataformas digitales de trabajo. En este sentido CCOO afirma que “ha logrado reducir en alrededor de un 15 por ciento los desplazamientos de sus responsables sindicales; además de haber intensificado las acciones de formación interna de sus trabajadores...” (Pastor, 2018, p. 120).

En otros países, se han formado sindicatos específicos o propios, como la agrupación sindical de Riders en Países Bajos (Riders Union FNV), creada a iniciativa de Riders de Deliveroo de aquel país.

Más allá de lo anterior, y de forma independiente a la participación de asociaciones profesionales como representantes de estos trabajadores, existen líneas de colaboración entre sindicatos y organizaciones propias de trabajadores de plataformas, como sucede con la organización Riders Union Bologna y el sindicato AdlCobas —en Italia—.

Por último, se han dado casos organizativos particulares para la defensa de estos trabajadores, conformados por plataformas entre organizaciones de varios países. Una de ellas es la Plataforma FairCrowdWork, creada en 2015 por el sindicato alemán IG Metall, la Cámara de Trabajo austriaca (AK, Arbeiterkammern), el sindicato confederal austriaco (OGB) y el sindicato de trabajadores de cuello blanco sueco (Unionen). Se trata de una herramienta digital que proporciona información sobre trabajo en plataformas desde una perspectiva sindical, en relación con los derechos y obligaciones de los trabajadores de estas empresas, así como sobre los recursos de los que dispone el sindicato en favor de estos (OIT, 2019, p. 106). Al mismo tiempo, se publica información acerca del funcionamiento de determinadas plataformas en activo, cuya función es visibilizar las condiciones en las que se prestan servicios a través de estas —incluye información sobre tareas, clientes, número de trabajadores, salarios, formas de pago, etcétera—. Por otra parte, Turkoption, plataforma estadounidense creada por los prestadores de servicios en Amazon Mechanical Turk —dedicada a la realización de microtareas, como traducción de documentos, realización de encuestas, entre otros—, ya realizaba un trabajo similar recogiendo las opiniones sobre el comportamiento de los clientes de dicha plataforma (Dominguez Morales, 2019, p. 67).

Estas organizaciones de trabajadores han llevado a cabo distintas y variadas acciones colectivas, relacionadas, por una parte, con la huelga o similares, como, por ejemplo, “la desconexión de la plataforma por parte de los trabajadores, como ya lo harían los trabajadores del Reino Unido en 2016. También han organizado marchas en bicicleta como forma de protesta y de sensibilización de la población sobre la

precariedad de su situación, así como campañas de desprestigio hacia las plataformas, en sus perfiles de Facebook” (Dominguez Morales, 2019, p. 65). Por otra parte, en otras ocasiones se han emprendido acciones judiciales para la consecución de los derechos de los trabajadores. Así, en Argentina, los taxistas miembros de la Federación Nacional de Sindicatos de Conductores de Taxis (FNSCT), afiliada a la ITF, llevaron a cabo una campaña para exigir el cumplimiento de la sentencia que ordenaba el cese de las actividades de Uber por estar favoreciendo la evasión fiscal y el uso de conductores sin licencia profesional, ni seguro de transporte público, llegando a establecer multas por importe de 5000USD para cada vehículo que desatara esta decisión. En segundo lugar, el Sindicato Alianza de Trabajadores del Taxi de Nueva York, afiliado a la ITF, presentó una demanda en nombre de 5000 chóferes de Uber como consecuencia del despojo de derechos laborales a los conductores al imponerles la condición de contratistas independientes, y, por último, en Dinamarca, el Sindicato 3F, afiliado a ITF ha promovido diversas acciones contra Uber consiguiendo la imposición por parte de los tribunales de sanciones por ofrecer ilegalmente servicios de taxi sin licencia (Trillo Párraga, 2016, p. 20).

Sin embargo, estas no son más que prácticas sindicales de actuación a nivel local. Pero mucho más allá de eso, la dimensión global que están adquiriendo estas empresas que actúan en el marco de la economía colaborativa necesitaría de acciones sindicales también globalizadas (Moreno Díaz, 2017, p. 86). Y, tal como ha sido dicho, los sindicatos, “con una estructura y un funcionamiento adaptados a las características de las empresas y el mercado de trabajo de la etapa fordista, hacen hincapié hoy en día en que el surgimiento del nuevo modelo de empresa-red transnacional requiere de nuevas formas de organización sindical en las compañías. Nuevas formas de organización que superen las fronteras nacionales formando observatorios, redes, comités de empresa globales, etc.” (Vivero Serrano, 2014, p. 187).

4. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL DE LA DIGITALIZACIÓN

4.1. LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS

El reconocimiento de derechos laborales en el ámbito internacional en el contexto de las cadenas mundiales de suministro ha ido recorriendo un camino no exento de dificultades.

Teniendo en cuenta que el derecho de negociación colectiva ha circunscrito su ámbito de actuación a las fronteras de cada país, en una sociedad internacional gobernada por la globalización, la articulación de derechos laborales para todo el conjunto no deviene nada fácil.

Los instrumentos que han sido utilizados hasta el momento han quedado reducidos al ámbito de la responsabilidad social, de carácter puramente voluntarista, y sin un respaldo jurídico efectivo. En efecto, en primer lugar, tales derechos empezaron a ser reconocidos a través de códigos de conducta, es decir, “un documento redactado voluntariamente por una empresa en el que se exponen una serie de principios que se compromete unilateralmente a seguir” (Cortina, 2017, p. 15).

Con el paso del tiempo, dichos códigos y en general la RSE han derivado en la formación y en la firma de Acuerdos Marco Globales, que representan un grado superior en la juridificación de los compromisos asumidos por este tipo de empresas cuando operan en el mercado mundial en el seno de una cadena mundial de suministro. Los referidos acuerdos “han cambiado el sentido de la regulación pues ésta no se funda ya en la declaración unilateral de una empresa o grupo de empresas, sino en el acuerdo alcanzado entre la empresa transnacional y la federación sindical internacional sobre condiciones mínimas de trabajo que se deben mantener en cualquier lugar que se asiente la empresa, con mecanismos de monitorización de su cumplimiento y de seguimiento de los compromisos adoptados” (Nieto Rojas, 2017, p. 196). Y es cierto que en este contexto internacional han comenzado a firmarse con cierta habitualidad estos Acuerdos Marco Globales, con el ánimo de que en toda la cadena de suministro se establezcan los mismos derechos que se reconocen en la cabecera de las empresas matrices.

4.2. LA INSERCIÓN DE LOS DERECHOS DIGITALES EN LOS ACUERDOS MARCO GLOBALES

En el plano internacional, ya se ha dicho que son los Acuerdos Marco Globales los instrumentos que están sirviendo de base para recoger los derechos de los trabajadores en el seno de las grandes cadenas de suministro, fundamentalmente en el ámbito de las empresas multinacionales.

Aunque es cierto que estos acuerdos están siendo implementados paulatinamente en dicho contexto, también lo es que el contenido de estos todavía está en una etapa primigenia por lo que se refiere al reconocimiento de los derechos laborales. Es decir, teniendo en cuenta que el escenario donde se mueven los AMG son el de una gran empresa multinacional que encarga a proveedores situados en el tercer mundo productos que posteriormente aquella venderá en el mercado occidental, el contenido de tales acuerdos pasa urgentemente por salvar los más esenciales derechos de los trabajadores de las empresas proveedoras, todavía en fase embrionaria.

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo, algunas federaciones sindicales internacionales (entre ellas, y principalmente, Industriall Global Union) llevan mucho tiempo trabajando con grandes cadenas multinacionales, básicamente del sector textil, en la negociación y firma de acuerdos marco globales para el reconocimiento de los derechos fundamentales laborales a los trabajadores que prestan servicios en los talleres y pequeños negocios que elaboran y surten de productos a las grandes multinacionales del sector de la moda⁷.

Hoy en día, la implantación de estos acuerdos está empezando a ser generalizada, y son cada vez más los firmados en todos los ámbitos de la producción (no sólo en el sector textil). Y lo más importante de estos acuerdos es que aunque en su día empezaron a materializarse como manifestación de voluntades de las dos partes para cumplir una serie de compromisos en el marco de la RSE, con el paso del tiempo han ido adquiriendo una fuerza de obligar mucho mayor, con un alto grado de

⁷ A este respecto, es de suma conocido el AMG firmado entre Industriall Global Union e Inditex a tal efecto, firmado en 2002 y renovado en varias ocasiones, la última de ellas en 2019.

juridificación, significando, por tanto, un paso más en relación con los iniciales códigos de conducta y con la responsabilidad social que, inicialmente, propusieron los objetivos a cumplir en el ámbito internacional por este tipo de empresas cuando operan en el mercado mundial en el seno de una cadena mundial de suministro. Tal como se ha dicho, los referidos acuerdos “han cambiado el sentido de la regulación pues ésta no se funda ya en la declaración unilateral de una empresa o grupo de empresas, sino en el acuerdo alcanzado entre la empresa transnacional y la federación sindical internacional sobre condiciones mínimas de trabajo que se deben mantener en cualquier lugar que se asiente la empresa, con mecanismos de monitorización de su cumplimiento y de seguimiento de los compromisos adoptados” (Moreno Díaz, 2021, p. 215). Por tanto, y en definitiva, lo más importante de estos acuerdos de regulación en el contexto internacional es el auge que han adquirido como mecanismo de formalización de obligaciones en el tráfico jurídico de las empresas multinacionales, dado que su firma por las partes tiene carácter jurídico vinculante, “pudiendo incorporar mecanismos de seguimiento, revisión y control y responden a la necesidad de interlocución sindical frente al poder cada vez más centralizado internacionalmente de las empresas multinacionales”⁸.

En relación con el contenido de los AMG, como se ha dicho, el contenido de estos está todavía en la fase de reconocimiento de los derechos fundamentales laborales, con carácter general. Hay que tener en cuenta que estos acuerdos se empezaron a firmar con las empresas transnacionales que contratan sus productos con fábricas y talleres situados en países en vías de desarrollo, donde los derechos relativos al trabajo decente, tales como la jornada máxima de trabajo, los salarios dignos o la seguridad y salud en el trabajo, son una quimera. Por tanto, los primeros acuerdos que se firmaron a principios de siglo tuvieron, como objetivo fundamental, el reconocimiento de estos derechos y su aseguramiento a lo largo de toda la cadena de suministro.

Con el paso del tiempo, y la consecución de ciertos logros en los aspectos básicos de aquel reconocimiento, se han logrado plasmar un buen

número de acuerdos globales, que han ido incorporando nuevos derechos, centrados, sobre todo, en la seguridad y salud en el trabajo, la conciliación de la vida laboral y familiar o el respeto al medioambiente, sin dejar de insistir en los derechos básicos laborales. Y en relación con estos nuevos contenidos que están introduciendo los AMG más recientes, también están los aspectos tecnológicos.

Tan solo a modo de ejemplo, podemos citar algunos Acuerdos Marco Globales que han hecho menciones a estos aspectos:

4.2.1. AMG Norsk Hydro ASA

La empresa noruega Hydro ASA firmó en el año 2016 un Acuerdo con la Federación noruega unida de Sindicatos (Fellesforbundet) e IndustriEnergi, IMF (Sindicato Internacional de Trabajadores del Metal) e ICEM (Federación Internacional del Sindicato de Trabajadores de Industria química, energía, minería y obreros en general), el principal sindicato noruego de la industria química, con el objetivo fundamental de “crear un canal de información abierto entre las Partes sobre problemas de relaciones laborales para la mejora y desarrollo continuado de buenas prácticas laborales dentro de las operaciones que Hydro desarrolla a nivel mundial”.

Tras reconocer en los primeros puntos del Acuerdo los principales derechos laborales internacionales en el marco de la OIT (seguridad y salud, salario digno, horario de trabajo, prohibición de discriminación y prohibición de trabajo forzado y de trabajo infantil), el Acuerdo se refiere a la formación de los trabajadores de la empresa (punto 3), que se enuncia con carácter general, pero haciendo una mención especial del interés de la empresa en la “mejora de las habilidades de los trabajadores para utilizar nuevas tecnologías y equipos”.

Esta mención será bastante común en la mayoría de los AMG firmados recientemente, dado que, aunque las nuevas tecnologías de la información y la comunicación son una herramienta de producción que están presentes en el ámbito empresarial desde hace tiempo, la rapidez con la que se introducen cambios tecnológicos hace que la preocupación empresarial de formar a sus trabajadores en este campo sea constante, y

así queda de manifiesto en los convenios colectivos nacionales, sino también en el contexto internacional, como veremos también en otros acuerdos.

4.2.2. AMG Solvay

Como nueva manifestación de lo anteriormente dicho, tenemos también el AMG que el Grupo Solvay, multinacional del sector químico, firmó en el año 2017 con Industrial Global Union.

Como es lógico, los principales contenidos del Acuerdo están centrados en los aspectos medioambientales y en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo. Sin embargo, hay un apartado donde se manifiesta la preocupación del Grupo por la formación de sus trabajadores, haciéndose constar el compromiso que aquél adquiere en relación con sus empleados durante su carrera en la

“formación para prepararlos para nuevos empleos y tecnologías (y en el) desarrollo de conocimientos y capacidades”.

Por tanto, nueva manifestación de un grupo de empresas multinacional, en este caso del sector químico, por la formación continuada de sus trabajadores en el campo de las tecnologías, dada la importancia que las mismas tienen en el sector en el que este Grupo presta sus servicios a nivel mundial.

4.2.3. AMG PSA-Peugeot

En este recorrido por los acuerdos de las grandes empresas y grupos multinacionales tienen particular interés los relativos al sector de la automoción, por cuanto que su profundidad de contenido es mucho mayor que la de otros acuerdos.

En relación con él, también hace referencia a los aspectos derivados de la digitalización, pero, a diferencia de los de Solvay e Hydro Norsk, aquí se pone en relación con la tecnología con la conciliación de la vida laboral y personal, a través de la transformación digital de toda la organización del Grupo.

En efecto, en Peugeot existe un gran interés, manifestado en el Acuerdo, en su transformación digital, con el objetivo, entre otros, de

“Simplificar el trabajo diario y facilitar la vida de cada persona en su entorno de trabajo” (punto 2.7).

A partir de ahí, el Acuerdo manifiesta su interés por fomentar la conciliación de la vida laboral y familiar, teniendo en cuenta que ello contribuye “a mejorar la calidad de vida en el trabajo, a la prevención del estrés y a la competitividad de la empresa” (punto 2.4), y ello se hace a través de la adopción de dos series de medidas: la buena utilización de las nuevas formas de trabajo digital (mensajería, telefonía móvil, redes sociales, etc.) y la organización de reuniones, garantizando el derecho a la desconexión.

La consecución de dicho objetivo se basa aquí en el teletrabajo, al que se concibe como “modo de trabajo innovador”, y que

“puede contribuir a un mejor equilibrio entre el tiempo de vida y mejores condiciones de trabajo en la medida en que se tengan en cuenta las aspiraciones de los/as trabajadores/as y se respete la organización del trabajo establecida por la legislación nacional o los convenios colectivos”.

Además de ello, “la organización del teletrabajo se despliega dentro de los equipos del Grupo basándose en las herramientas digitales de PSA (...) y se inscribe en una dinámica de negociación a nivel local entre la empresa y los/as representantes de los/as trabajadores/as”.

Por último, “la práctica del teletrabajo se favorecerá en todas partes donde sea posible, en función de la organización, de los oficios y de la reglamentación local. Cada país adopta una definición adaptada de las formas del teletrabajo admitidas y de los criterios de elegibilidad” (punto 2.4).

4.2.4. AMG Renault

El otro gran gigante de origen francés del sector de la automoción es el Grupo Renault, que en el año 2019 firmó el AMG con IndustriALL Global Union, las federaciones sindicales francesas y las demás federaciones sindicales o sindicatos representados en el Comité de Grupo.

El AMG firmado por Renault tiene una característica fundamental que lo distingue de todos los demás. A pesar de ser un acuerdo reciente y de una empresa con un gran componente tecnológico, el AMG de Renault prima por encima de todo a la persona y sus circunstancias por encima de cualquier otro aspecto de la evolución del Grupo, incluida la tecnología. Eso no quita para que en Renault se sea consciente de la importancia de la tecnología y de que esta tiene una presencia ineludible en nuestra vida laboral. Sin embargo, a diferencia de otras empresas, aquí se intenta poner la tecnología al servicio del hombre, de forma que facilitando un mayor acceso humano a la tecnología necesaria para prestar el trabajo sea más fácil para el trabajador conciliar el trabajo y la vida familiar, porque ello repercutirá en un mejor ambiente laboral. Por ello, “el Grupo Renault pone a disposición de sus empleados y empleadas diferentes herramientas digitales que les permiten día a día solventar las limitaciones espaciales y acceder en cualquier lugar y desde cualquier dispositivo (incluidos los suyos propios) a los sistemas de la empresa que necesiten. De esta manera, en función de su actividad, los empleados y las empleadas pueden disponer de un ordenador portátil o una tableta y los empleados y las empleadas itinerantes, de un Smartphone”.

Por otra parte, se reconoce el derecho a la desconexión digital (punto 4.4), aquí especialmente importante teniendo en cuenta la presencia de la compañía en países muy diversos con husos horarios diferentes. Es por ello por lo que el Acuerdo hace un extenso reconocimiento de este derecho en una triple vertiente: a) Los empleados y empleadas tienen el derecho a elegir conectarse o no fuera de su tiempo de trabajo habitual y durante sus periodos vacacionales, b) Estas conexiones deberán limitarse a un uso en las franjas horarias aplicables para ejercer su misión profesional. Durante estos periodos no están obligados a responder a los mensajes de correo electrónico ni a las llamadas telefónicas que reciban y procurarán que sus propios envíos y llamadas se produzcan solo en situaciones de emergencia excepcionales, limitándolas principalmente a aquellas que puedan afectar a la seguridad de los empleados y las empleadas y/o de los clientes; c) Los managers y los colaboradores velan por dar ejemplo: permanecen atentos y avisan en caso de

sobrepasar manifiestamente los horarios de trabajo y/o de no respetar los tiempos de descanso.

5. CONCLUSIONES

1. El mercado de trabajo actual está dominado por la globalización y la tecnología, y ello repercute de una manera trascendental en el ámbito del reconocimiento de derechos, sobre todo a nivel internacional.
2. En el plano internacional, el derecho de negociación colectiva es un derecho muy transgredido en todas las partes del mundo, y se hace difícil articular derechos laborales en el seno de las grandes empresas multinacionales que dominan el mercado mundial a través de las cadenas mundiales de suministro.
3. El reconocimiento de derechos laborales en este contexto se comenzó haciendo a través de códigos de conducta en el marco de la responsabilidad social, para luego dar un paso más a través de los Acuerdos Marco Globales (AMG), que representan un nivel de juridificación mayor, como muestra de lo que podría ser la negociación colectiva internacional.
4. En este escenario, y a pesar de la dificultad mencionada, se están empezando a reconocer en los AMG los nuevos derechos derivados de la digitalización. En el trabajo se muestran algunos ejemplos de tales reconocimientos, que tienen que ver, sobre todo, con el teletrabajo, la formación en competencias digitales, la desconexión digital y los derechos de información en relación con la inteligencia artificial.

6. REFERENCIAS

- Almendros González, M.A. (2016). Acción sindical en empresas multinacionales. *Monografías Temas Laborales*, 57: “Treinta Años de la Ley Orgánica de Libertad Sindical: Perspectivas y Retos” (Quesada Segura, R., coord.), 283-297. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- Cortina, R. (2011): La dimensión transnacional de la negociación colectiva. *Los Acuerdos Marco Globales*. Fundación Friedrich Ebert, Serie Aportes, 14, Ginebra.

- Da Costa, H. (2016): Redes sindicales de trabajadores: desafíos globales y locales. *Nueva Sociedad*, 264, <https://nuso.org/articulo/redes-sindicales-de-trabajadores-desafios-globales-y-locales/>
- Domínguez Morales, A. (2019): Representación colectiva y negociación de derechos de trabajadores en plataformas, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 29.
- Fita Ortega, F. y Goerlich Pesset, J.M. (2017): Sindicalismo y acción sindical en el siglo XXI: crisis económica y transformación del modelo productivo. *Arxius*, 36-37, 37-48.
- Goerlich Pesset, J.M. (2019): Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo, *Revista de Treball, Economia y Societat*, 92.
- Moreno Díaz, J.M. (2021): La negociación colectiva internacional en el marco de la digitalización. Bomarzo. Albacete.
- Moreno Díaz, J.M. (2021): Sociedad digital, globalización y representación de los trabajadores en la empresa, En Mella Méndez, L. y E. de Muñagorri, R. (Dir.), *Globalización y digitalización del mercado de trabajo: propuestas para un empleo sostenible y decente*, Thomsom-Aranzadí, Pamplona.
- Moreno Díaz, J.M. (2019): Las nuevas formas de representación colectiva en la economía colaborativa. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 7 (2), 207-223
- Moreno Díaz, J.M. (2018): La negociación colectiva como medio fundamental de reconocimiento y defensa de las nuevas realidades derivadas de la industria 4.0. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 6, (1).
- Nieto Rojas, P. (2017). El papel de los sindicatos en la consecución de los ODS. Especial referencia a los Acuerdos Marco Globales, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548587.pdf
- OIT (2019). *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, Ginebra.
- Pastor Martínez, Alberto (2018). Representación de los trabajadores en la empresa digital. *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 5, 111-122, <https://doi.org/10.5565/rev/aiet.67->
- Rocha, F.; López, E.; Pobre, V; Temprano, L. (2016). Vocational training for employment in Information and Communication Technologies in Spain. Eurofound, Foundation Seminar Series, Dublin.
- Trillo Párraga, F. (2016). Economía digitalizada y relaciones de trabajo. *Revista de Derecho Social*, 76.

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: UN CAMBIO DE PARADIGMA

JAVIER ANTONIO NISA ÁVILA
Universidad Nacional de Educación a Distancia

1. INTRODUCCIÓN

La sociedad actualmente se dirige hacia una evolución tecnológica en la que cada vez más la inmediatez se convierte en seña de identidad y distinción entre competidores tecnológicos. La inmediatez consumista de querer tenerlo todo de forma inmediata y sin esperas es una problemática que ha alcanzado a la Administración Pública. La necesidad de inmediatez en la administración pública y el alo de necesidad artificial que se está generando entorno a ella y la administración electrónica está suponiendo la necesidad de crear sistemas basados en Inteligencia Artificial para automatizar al máximo las herramientas que permitan generar sinergias entre administración y administrado de forma eficiente y sin demoras. Todo ello con una cobertura jurídica que nos desvirtúe la naturaleza misma del derecho. La necesidad de una administración que no suponga un perjuicio a la hora de resolver procedimientos vinculados directamente a datos cerrados es una necesidad de cambio que debe ser inmediata.

La administración electrónica se encuentra cerca de un cambio de paradigma que permita crear una nueva generación de administrativistas y administrados donde la secuenciación de los derechos y obligaciones de ambos intervinientes suponga la evitación de tramitación ante la administración en casi su práctica totalidad. La reducción de trámites ante la administración reducida al trámite iniciador debe ser el objetivo de cualquier administración del siglo XXI. El hecho de que una administración tenga repartidas entre todas sus bases de datos tanto

centralizadas como descentralizadas una ingente cantidad de datos de cada administrado es una posibilidad que redundará a favor de la propia administración y por extensión del administrador. La explotación de datos de la administración debe ser eficiente, efectiva y coherente con los objetivos a perseguir.

Por lo tanto, la administración debe rediseñarse a partir del Big Data como concepto y basándose en metodologías de Data Mining generar procesos y procedimientos que permitan automatizar el máximo de procedimientos dentro de la administración pública. El objetivo principal de la automatización de la administración pública no es otro que conseguir automatizar los procedimientos donde interviene el estado respecto a un administrado. La automatización mediante Inteligencia Artificial y Data Mining tiene como fin conseguir dos objetivos.

El primer objetivo se basa en la detonación de procesos. La detonación de procesos es el hecho mediante el cual un administrado solicita la iniciación a instancias de él mismo de un procedimiento que tiene como finalidad el reconocimiento de un derecho o beneficio a favor suya y que es la administración quien, si cumple los requisitos se lo debe otorgar. Por este hecho el primer objetivo es la automatización de procedimientos que parten de una detonación, de forma que sin aportar nada por parte del solicitante más allá de su voluntad de iniciar el procedimiento se consiga resolver un procedimiento sin mayor intervención por parte del interesado.

El segundo objetivo es la automatización de oficio, es decir generar un sistema de Data Mining que permita establecer como objetivo de su búsqueda la detección en tiempo real de administrados que tienen derecho a diferentes beneficios, ayudas, subsidios, obligaciones tributarias o de seguridad social, o cualquier otro proceso o procedimiento administrativo que sin necesidad de voluntad del interesado y partiendo de la base de que se tienen todos los datos fehacientemente por parte de la administración; actuar de oficio para generar un sistema más justo, visto desde el punto de vista del derecho natural, de forma que permita beneficiarse a cualquier administrado de cualquier derecho sin necesidad que este lo sepa conozca o lo solicite. Asimismo, el mismo hecho para las obligaciones, si se detecta una obligación que no se ha realizado

automáticamente lanzar la petición de subsanación voluntaria hacia el administrado.

Teniendo en cuenta todo lo indicado y partiendo de los diferentes antecedentes mencionados, los objetivos del presente capítulo tienen como intención en su objetivo primero ofrecer los argumentos jurídicos competentes para construir una concepción teórica acerca de cómo se debe establecer un nuevo marco jurídico por parte del ordenamiento actual respecto a una automatización administrativa. Asimismo, la intención es ofrecer un enfoque jurídico que ofrezca no sólo una mejora legislativa del actual marco normativo europeo e internacional sino en todos los campos jurídicos que se encuentran implicados en el desarrollo y mantenimiento del metaverso. La pretensión es establecer un marco común general teórico, puesto que la aplicabilidad es extensiva a cualquier marco administrativo independiente del ordenamiento jurídico en el que se encuentre.

Para esta labor se realizará una definición conceptual de todos los elementos que componen el concepto de automatización de la administración mediante Data Mining e Inteligencia Artificial desde un punto de vista jurídico dando una perspectiva legal a toda la cuestión técnica.

Por otro lado, en segundo lugar, se va a analizar la situación actual desglosada en el objetivo primero con el fin de ofrecer una exégesis sucinta de la situación actual legislativa para posteriormente ponerlo todo en perspectiva a los efectos de realizar un análisis en el objetivo segundo desde el punto de vista jurídico obtenido en el objetivo primero respecto a la construcción teórica de una perspectiva administrativista automatizada y la regulación acerca del mismo. La finalidad del objetivo segundo pasa por analizar la situación legal del objetivo primero en lo que a su marco normativo de referencia se refiere. La situación jurídica de facto nos arroja una conclusión general que en perspectiva a la actual reflexión sobre el tema de ciertos sectores.

Todo ello, dependiendo del marco teórico de referencia el cual cambia con la regulación actual y que debe ser examinado a la luz de la misma para entender cómo se encuentra ahora representado respecto a las inquietudes y necesidades en la sociedad actual y el eje protector que

tiene el derecho respecto a la misma. Asimismo, se analizará de forma sucinta la protección jurídica de los datos privados del usuario respecto a todo lo expuesto. Asimismo, también se analizará cuál es la repercusión que tienen estos respecto a su tratamiento como la seudononimización o la elaboración de perfiles respecto a la privacidad de los mismos. Todo ello en concurrencia con el derecho natural respecto al concepto de automatización versus justicia.

Por ello, en tercer lugar, se quiere realizar una vez expuestos los dos objetivos anteriores un análisis de la situación respecto al marco teórico resultante. La pretensión no es otra que localizar los errores actuales y subsanarlos bajo el prisma de un análisis jurídico el cual ayudará al legislador hacia la creación inequívoca de nuevas normas que permitan a aquellas conseguir su objetivo natural que no es otro que el de generar una administración desde un punto de vista tecnojurídico eficiente y justa respecto a todos sus administrados en cuanto a los conceptos de derechos y deberes. El problema que explicar radica en la gestión que arrastran las normativas actuales, normativas tras normativa y más ahora que se deba usar un marco teórico obsoleto y bajo un paradigma obsoleto también en su fundamentación de base y por ende el actual riesgo jurídico que corren los ciudadanos respecto al reto legal que supone la automatización de la administración.

Asimismo, para finalizar como último objetivo y el principal de todo ello que vertebra este capítulo del libro, se va a realizar una labor de análisis global de la situación de la administración respecto al reto indicado en los objetivos precedentes. La finalidad es la de localizar las posibles incongruencias entre el marco teórico actual bajo el que se puede desarrollar una nueva administración adscrita al nuevo marco teórico que se propondrá y cual puede llegar a ser el factor de riesgo existente respecto a la génesis jurídica principal que no es otra que facilitar el acceso a la administración por parte de los gobernantes administrantes hacia los administrados ciudadanos. Todo el análisis se realizará bajo una perspectiva jurídico-proyectista y con una pretensión básica de que todo marco teórico debe brindar una univocidad doctrinal que permita a través del principio de refutación consolidar el paradigma científico elaborado con el fin de conseguir generar una normativa lo

más acorde a la propuesta doctrinal que se realiza. Tras realizar dicho análisis, se terminará concluyendo cual es la realidad jurídica de todo ello y la situación actual teniendo en cuenta el auge en materia de nuevas tecnologías y como todo ello debería converger en nuevas claves jurídicas de un nuevo futuro legal internacional que se encuadre dentro de un nuevo marco teórico que no debe tener otro fin que el de dar respuesta a los retos actuales y estructurar un futuro de explotación de datos en todos los campos del derecho implicados para invocar una administración que ayude al administrado y haga justicia entre los mismos en lo que ha tramitación procedimental y relación administrativa se refiere.

Por ello, la metodología empleada para el presente capítulo es una metodología basada en la investigación analítica. Por ello, el desarrollo que se va a presentar a continuación se basa en una investigación jurídico-proyectista con naturaleza propositiva y bajo un sistema que emplea fundamentalmente un método inductivo-comprensivo con diferentes momentos en los que se usará una metodología hipotético-deductiva para la exposición del nuevo marco teórico acorde a la propuesta teniendo en cuenta la respuesta al paradigma actual. Asimismo, se propondrá la ejecución de un análisis metodológico proponga un nuevo paradigma jurídico al amparo de un análisis de los datos respecto a la génesis teórica en perspectiva al objetivo a proteger.

La administración se ha dejado de acercar al administrado y se ha aislado del mismo, permitiendo crear un alo de injerencia hacia lo personal y de buitre legal que no tiene otra finalidad que quitarle en muchas ocasiones al administrado lo suyo y poner trabas a sus derechos. La imagen debe cambiar y permitir elaborar una administración justa y afable, comenzando por una buen educación ciudadana y ética urbana que permita convivir entre los administrados con perspectiva hacia la administración como una vía de ayuda a otros administrados con significancia de reciprocidad.

2. CONCEPTOS

En primer lugar, antes que nada, cabe definir una serie de conceptos dentro de la gran conceptualización jurídica que queremos realizar respecto a la automatización de la administración. Por ello debemos definir entre otros conceptos al Data Mining, la Inteligencia Artificial o el Machine Learning entre otros. Asimismo, debemos también definir la transversalidad de las redes y el Data Privacy. La intención es contextualizar mejor el análisis de datos que vamos a realizar. Todos estos conceptos están entrelazados entre sí con un delicado equilibrio que entre ellos genera una simbiosis de conceptos que permiten obtener una regulación legal que permite la máxima explotación de datos de los ciudadanos y una reversión de derechos hacia los mismos.

El primero de los conceptos es el Data Mining el cual se enmarca en un campo multidisciplinar que da soporte tanto a los especialistas que se dedican a la extracción de información de relevancia en diferentes entornos donde se comunican datos. El objetivo del Data Mining no es otro que el de discriminar que datos generados o recaptados pueden parecer a priori irrelevantes y cuales relevantes para tras un cribado obtener información idónea. La idea de mining proviene precisamente de la dedicación que se necesita para alcanzar dicho objetivo, siendo un paralelismo con el trabajo que se realiza en una mina para localizar un determinado material. (Berzal, Matin, 2002)

Como se ha indicado el data mining pertenece a un campo multidisciplinar en el cual realmente el concepto data mining se encuentra dentro del gran concepto Knowledge Mining from Data, el cual realmente estructura 7 procesos diferentes con los cuales se pretende alcanzar el objetivo de extraer datos relevantes para diferentes usos. Los procesos que conforman este Knowledge Mining from Data donde el data mining es el más relevante y de ahí su uso como nomenclatura generalizada (Kamber, Pei, 2011). El Data Mining es la metodología de explotación de datos del concepto Big Data, que no es otro que la cantidad de tráfico de datos que fluye a través de una red organizada de datos que se registra en una base de datos y que tiene como finalidad alcanzar un objetivo preestablecido y comunicado al usuario mediante alguna tipología de

contrato. El conjunto de todas las bases de datos existentes y el contenido que tienen, se llama Big Data. La forma de explotar esos datos es mediante alguna metodología, que en este caso es el Data Mining, el cual se compone de siete pasos que son:

1. Data cleaning; donde se separan datos que se consideran ruido informativo o desechable de los que no lo son.
2. Data integration; se dedica a combinar los datos extraídos de los diferentes data cleaning que se le ha realizado a un mismo usuario, preparando dichos datos para un posterior tratamiento.
3. Data selection; es un proceso donde se realizan tareas de análisis para detectar posibles datos relevantes eliminando aquellos que por su combinación con otros datos se consideran desechables.
4. Data transformation; en este apartado se transforman los datos relevantes en datos consolidados y se le agregan a modo de índice que datos se han desechado y las razones de porqué se ha tomado dicha decisión, los orígenes de los datos y diferentes datos adicionales pueden ayudar a perfilar dichos datos en el data mining.
5. Data mining; éste es el proceso más importante de todos; los cuatro anteriores se han utilizado exclusivamente para preparar los datos para este quinto paso. Aquí mediante diferentes algoritmos basados en inteligencia artificial no autónoma de segundo nivel dentro de la escala de tipos de inteligencia artificial legal, se extraen combinando todos los datos de un usuario, nuevos datos más complejos que generan nueva información con suficiente relevancia y reflejo de la realidad del usuario extraído que sirva para diferentes usos comerciales, gubernamentales, etc. (Nisa Ávila, 2016)
6. Pattern evaluation; se dedica a identificar en base a unos patrones de interés preestablecidos si la información obtenida por data mining es la buscada.
7. Knowledge presentation; es la capa final de presentación de los datos.

Por otro lado tenemos al concepto de inteligencia artificial el cual se puede definir como los mecanismos basados en hardware y software que tienen una serie de capacidades de toma de decisiones bien de forma asistida o no asistida para el desarrollo de unas tareas y funciones básicas programadas por un operador humano bien porque su finalidad es el desarrollo de diferentes tareas preprogramadas o que bajo condiciones de funcionamiento autónomo y con libre albedrío sean capaces de seguir unos objetivos tomando las decisiones de forma independiente al ser humano; siempre en todo caso para fines socialmente correctos, no violentos, y que no sean nocivos; ni para humanos ni para los propios robots. (Nisa Ávila, 2016)

Por lo que respecta al machine learning podemos en primar lugar precisar que el machine learning es una rama dentro de la inteligencia artificial que tiene como objetivo principal a través de algoritmos de aprendizaje mejorar los procesos que realiza una inteligencia artificial sin necesidad de intervención humana, automejorando de forma constante tomando sus propias decisiones sobre cómo obtener en el caso que nos compete mejores datos, y pensando en base a dichos algoritmos como mejorar sus sistemas de forma autónoma y sin intervención humana (Mena, 1999).

La transversalidad en red supone en este caso una de las más importantes conceptualizaciones, pues tu capacidad transformadora social será el prisma bajo el cual se irán generando el resto de paradigmas sucesivos en las próximas generaciones. Por tanto, podemos entender a la transversalidad en red como la forma de comunicación que tiene todo individuo a través de las redes sociales mediando métodos de comunicación indirecta o directa de forma que el individuo es el emisor de la información y existe un receptor activo que es otro individuo. Todo ello directa o indirectamente mediante el uso de los metadatos que se emiten por parte del individuo emisor de información a un receptor ciego que es la plataforma de la red social que está utilizando. La transversalidad en red viene dada cuando un individuo usa más de una red de comunicación, entendiendo por red de comunicación, email, WhatsApp, telegram, instagram, facebook, twitter, tiktok, dropbox, google drive, búsquedas en buscadores, foros, etc.

El Data Privacy es el conjunto de datos que pertenecen a la esfera privada de un individuo y que pueden ser sensibles por su contenido o relevancia de forma que su uso o conocimiento puede suponer violar su derecho a la intimidad en cualquier clase de circunstancia.

Todo este conjunto de herramientas y conceptos están unidos entre sí gracias a los datos tanto voluntarios como involuntarios que las personas vuelcan de forma constante en la red. El Data Privacy es lo que coloquialmente se conoce erróneamente como datos personales. La equiparación de Data Privacy como Datos Personales no es cuestión de traducciones sino de malinterpretación conceptual, puesto que existe una gran diferencia entre Data Privacy y Personal Data. La génesis de la conceptualización de la protección de datos y toda su teoría que nace en USA nace a la luz del Data Privacy y no del Personal Data.

Por todo ello, no obstante, cabe decir que actualmente las diferentes formas de comunicarse que se usan como vehículo comunicativo están vinculadas a diferentes canales de comunicación y por ello son la fuente de donde se nutren las diferentes herramientas mencionadas a lo largo del capítulo para configurar gracias a diferentes teorías jurídicas que luego veremos, la composición de la vida de una persona.

Un claro ejemplo de uso de datos recogidos en redes sociales lo tenemos en el caso de Cambridge Analytica, con fines políticos tras analizar con herramientas de inteligencia artificial y data mining los datos de millones de usuarios para influir en las elecciones de EEUU. (Muñoz, 2018)

El concepto metadato, es el siguiente concepto que definir y el punto central y pilar jurídico y técnico sobre el que fundar la automatización de la administración. El metadato se debe convertir en el pilar sobre el que debe pivotar toda la generación de legislación y procedimientos entorno a la creación de una administración automatizada. El metadato debería ser uno de los principales aspectos regulados en cualquier normativa sobre privacidad de datos, para que después se pueda usar correctamente tanto por organismos públicos que es lo que tratamos en el presente capítulo, así como también los privados o mixtos. Para ello en primer lugar partiremos de la premisa que los datos como actualmente

los conocemos son una matrioshka. Para ello podemos poner como ejemplo a una fotografía, una publicación en una red social, los datos deportivos que se suben a una aplicación, una publicación en una web, etc; esos datos, los vamos a enmarcar dentro de una familia que se debería denominar “Datos Normalizados”.

Teniendo en cuenta ello, los “Datos Normalizados” serán aquellos datos cuyos contenidos donde se encuentran, el usuario los conoce y controla. Los datos generados por este sistema sólo tratan datos vinculados a contenidos creados o conocidos por el mismo usuario generador o alimentador de datos. Por este sistema el usuario es conocedor por donde los datos son transmitidos, a través de que sistemas, que conoce el usuario, y son totalmente transparentes jurídica y técnicamente sin generación de datos accesorios o elementos "Meta".

Sin embargo, por lo que respecta a los "Datos No Normalizados" serán aquellos que están compuestos por elementos o tipos de datos denominados "Meta". Los datos tipo "Meta" son unos tipos de datos existentes en todo archivo digital contenga o no "Datos Normalizados". Estos elementos Meta o "Datos no Normalizados" serán no visibles y contendrán una serie de datos clasificados en diferentes categorías que muestran una serie de información única y exclusiva, adicional o complementaria a la contenida en el archivo transmitido principal con la finalidad de tener un mayor conocimiento sobre el contenido o autor del archivo ampliando la información principal con datos generados o capturados y cuyo contenido y existencia desconoce el dueño o autor de dicho archivo.

Los Datos No Normalizados contienen diferentes tipos de elementos de los llamados meta. Estos elementos metan popularmente se conocen entre la cultura popular como metadatos. Los metadatos o elementos Meta son clasificados según la tipología de dato a la que hacen referencia, que guardan y como se guardan. Todos estos elementos permiten conocer y clasificar, de esta forma ello es lo que le da el “apellido” final a dicho elemento, como por ejemplo un Metadato de geoposicionamiento, o un Metadato de contenido (Martínez Candela, 2005).

No obstante, el término metadato se conceptualizó en la década de 1960 por Jack Myers el cual la definió como un conjunto de datos sobre datos con la finalidad de identificación de recursos. (Greenberg, 2005). Por lo que vemos no es un concepto nuevo vinculado a la última explosión tecnológica.

A lo largo de las décadas, el concepto metadato ha ido evolucionando junto con la tecnología y agregando más datos sobre datos, añadiendo complejidad a su realidad y teniendo que redefinir su concepto, como así ha sido por Pasquinelli o Ercegovac. Los citados autores incluyeron nuevas características al concepto como referencias a información, al contexto de los archivos o datos, su contenido, el control de los datos, condiciones de uso o autenticación entre otros (Senso & Rosa Piñero, 2003).

Asimismo, desde un punto de vista jurídico, una vez definido los “Datos No Normalizados” podríamos definir jurídicamente el metadato como elemento dentro de dicha familia. El metadato sería el conjunto de datos no normalizados, no visibles y ubicado dentro de los datos normalizados de un archivo o independiente a éste, con la finalidad de obtener información adicional o exclusiva sobre el contenido del mismo bajo la condición de que sea totalmente interoperable y explotable.

Para finalizar indicaremos que existen tres tipos básicos de metadatos (Lamarca Lapuente, 2006):

- Metadatos descriptivos
- Metadatos estructurales
- Metadatos administrativos

Además de los conceptos anteriores para poder iniciar nuestro análisis, necesitamos delimitar algunas acepciones puramente más legalistas y que enlazan con las indicadas anteriormente de carácter más técnico, pero con un corte de enmarcamiento jurídico. La legislación en materia de protección de datos recoge diversas cuestiones aplicables a la cuestión que tenemos planteada. Para ello nos vamos a centrar en cuatro conceptos definidos dentro de los 26 que define el artículo 4 del RGPD (Reglamento (UE) 2016/679) y a completar su definición clarificando la redacción empleada por el legislador:

- Tratamiento, entendiendo por tratamiento las diferentes operaciones individuales o conjunto de operaciones realizadas de forma sincronizada con datos personales o un conjunto de diferentes datos personales de una o varias fuentes. El procedimiento usado para el tratamiento de datos puede ser un sistema automatizado o no automatizado. Por lo que se refiere a la recogida de datos los sistemas usados pueden ser el registro de datos, la organización de los datos recogidos, la estructuración de dichos datos, la conservación de los datos, la adaptación de los datos o modificación de los mismos, la extracción de datos para su explotación, la consulta de dichos datos o la comunicación por transmisión, difusión o cualquier otro medio que lo permita de forma que se de acceso al cotejo o interconexión de los datos de forma limitada o con intención de suprimirlos o destruirlos.
- Elaboración de perfiles, la legislación indica y define que la elaboración de perfiles se tiene que entender como el uso de cualquier técnica de explotación de datos para el tratamiento automatizado de datos personales. La pretensión principal es usar los datos personales recogidos con el fin de evaluar de forma genérica o detenida una parcela concreta o aspectos personales de una persona física. Por otro lado, este tipo de análisis denominado "elaboración de perfiles" pretende por un lado ser conocedor de como predecir a futuro las conductas del individuo analizado. Así mismo también pretende conocer de esa forma y en base a esas conductas las referencias contextualizadas a datos personales, relativos a su rendimiento profesional, a su situación económica, su salud, sus preferencias personales, sus intereses de cualquier tipo, la fiabilidad del individuo en distintos aspectos individuales de su personalidad respecto a la sociedad y las relaciones sociales, la ubicación, o los movimientos de dicha persona física.
- Seudonimización, se entiende que es una técnica usada para que en el tratamiento y la elaboración de perfiles respecto a los datos personales usados no se puedan atribuir a un

interesado sin utilizar información adicional. Todo ello bajo la condición que la información adicional figure por separado de esos datos y se encuentre sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable.

- Consentimiento del interesado, entiendo por consentimiento la manifestación de voluntad del interesado libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen.

3. APLICABILIDAD DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La administración como ente de gestión pública que tiene como finalidad gestionar los intereses de sus administrados gestionando los intereses generales aplicados de forma individualizada a un marco de individuos que componen una colectividad. La búsqueda de una tuición mediante la estructura de sistemas procedimentales es una de las esencias del derecho administrativo y por ende uno de los pilares de la administración.

La entrada de la administración electrónica supuso una revolución a la hora de cambiar la forma de relacionarse con la administración. Pero con la llegada de la Inteligencia Artificial, el Machine Learning, el Deep Learning, así como el Big Data y el Data Mining, es el momento de realizar un cambio profundo en la administración generando un nuevo paradigma.

Por ello resulta necesario realizar una labor de reelaboración normativa conforme a las nuevas posibilidades que ofrece todo lo descrito. El poder ejecutivo debe reelaborar la forma en la que se relaciona con sus administrados, incorporando sistemas de inteligencia artificial y data mining que agilicen los procedimientos administrativos.

El data mining debe ser uno gracias a los metadatos el pilar de funcionamiento de una nueva administración. La cantidad de datos que una

administración tiene a su disposición tanto de forma directa como periférica debe servir para construir los diferentes procedimientos administrativos de forma que se automaticen de forma progresiva hasta conseguir alcanzar una cota de automatización cercana al 100% donde la única diferencia sea entre procedimientos detonados a oficio de la administración o a petición del interesado.

Para ello se tiene en primer lugar que cambiar la legislación básica de referencia en todos los niveles como la Ley 39/2015 o la Ley de Bases de Régimen Local entre otras muchas. La pretensión es establecer una legislación de bases que permita posteriormente construir el resto de los procesos y procedimientos.

Una vez construidos los procedimientos se debe valorar de donde extraer la información necesaria de los intervinientes en el proceso para conseguir automatizar los mismos. Para ello se debe realizar un catálogo de datos disponibles de cada persona física y jurídica y ponerlos a disposición de los interesados para que ellos administren el uso de dichos datos advirtiéndoles el uso que se les puede dar.

Asimismo, cuando se encuentren inventariados los diferentes datos se tiene que elaborar un procedimiento legal-técnico que case tecnología y ley con el fin de elaborar un sistema procedimental automático que en segundos realice la tramitación completa de un expediente que de otra forma tardaría semanas o meses.

No obstante, y de forma previa se tendrían que realizar cambios en el RGPD a nivel europeo por lo que respecta a la seudononimización y la elaboración de perfiles para permitir de forma más laxa cambios en los datos asociados a dichos conceptos para casuísticas complejas.

Los metadatos son la esencial del desarrollo del futuro científico y tecnológico, las piezas de todo puzzle que permitirá generar los grandes avances. Los metadatos actualmente cada vez más los tenemos en gran tipo de utensilios, servicios, electrodomésticos, cesta de la compra, etc. La posibilidad de conocer cualquier cosa de un individuo, incluso aquello que ni el propio individuo conoce de sí mismo; es un reto que el derecho debe abordar.

El hecho que se usen esos metadatos de forma correcta coherente y servil hacia los administrados de forma que automáticamente se otorguen ayudas, subvenciones, recauden impuestos o se sancionen conductas es elevar la capacidad de la ley a la máxima tuición posible. Pues no podemos olvidarnos que el derecho sobre todas las cosas tiene un potencial tuitivo y protector hacia la sociedad que lo crea y reconoce como eje vertebrador de si misma.

El futuro es quizás, el pasado nos sirve para aprender, pero el presente es un regalo, por ello debemos aprovecharlo para convertir ese quizás en muchos presentes que nos permitan aprovechar sobre todas las cosas una democracia donde la justicia sea realmente lo que siempre ha debido ser.

4. CONCLUSIONES

El siglo XXI está destinado a ser el hito histórico donde el ser humano alcance la singularidad como especie, donde se hagan referencias a los avances como el punto de inflexión donde la humanidad dio un paso más allá de su propia existencia.

Por ello es más necesario que nunca que se hagan cambios sustanciales en cuestiones legales acerca de cómo debe la administración y los tres poderes ejecutivo, legislativo y judicial abarcar el reto correspondiente a la inteligencia artificial, el data mining y los metadatos.

5. REFERENCIAS

- Berzal, F., & Matín, N. (2002). Data mining: concepts and techniques by Jiawei Han and Micheline Kamber. *ACM Sigmod Record*, 31(2), 66-68.
- Greenberg, J. (2005). Understanding metadata and metadata schemes. *Cataloging & classification quarterly*, 40(3-4), 17-36.
- Han, J., Kamber, M., & Pei, J. (2011). *Data mining concepts and techniques third edition*. Morgan Kaufmann.
- Lamarca Lapuente, M. (2006). *Hipertexto: El nuevo concepto de documento en la cultura de la ima-gen*. (Doctorado). Universidad Complutense de madrid.
- Martínez Candela, R. (2005). *Elementos Meta* [Ebook]. Universidad de Alicante. Retrieved from <http://gplsi.dlsi.ua.es/assignaturas/pi/pi-old/fitxers/expos/jaf/rmc.pdf>
- Mena, J. (1999). *Data Mining your website*. Digital Press.
- Muñoz, M. M. (2018). Virtualización del espacio público y concepto débil de privacidad. *Lecciones del caso Facebook-Cambridge Analytica*. *Ensayos de Filosofía*, 8(2).
- Nisa Ávila, J. A. (2016). *Robótica e Inteligencia Artificial; legislación social o nuevo ordenamiento jurídico*. *Revista El Derecho*, Francis Lefebvre
- Senso, J., & Rosa Piñero, A. (2003). El concepto de metadato: algo más que descripción de recursos electrónicos. *Ciência Da Informação*, 32(2), 95-106. doi: 10.1590/s0100-19652003000200011

COLABORACIÓN INTERDISCIPLINARIA PARA EL DERECHO Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: EL RETO LINGÜÍSTICO*

PHILIPPE PRINCE-TRITTO

Universidad Panamericana, México

1. INTRODUCCIÓN

Los agentes conversacionales (*chatbots*) son la típica imagen de lo que llamamos Inteligencia Artificial (IA). En 2011, uno se volvió más popular que otros: el llamado Siri, sistema de asistente de voz de *Apple*, que su creador, Luc Julia (2020, p. 28), describe como *estupidez artificial* en lugar de inteligencia artificial. De hecho, *Siri* se desarrolló en los años 90, cuando el reconocimiento de voz es un 85% efectivo. En una página de un libro, esto significa que hay unas 45 palabras completamente ignoradas, lo cual mutila buena parte del mensaje. Ante este problema, los desarrolladores de *Siri* recurrieron a guionistas de Hollywood para que diseñen las reacciones de *Siri* cuando se produjeran errores en el análisis del lenguaje, de modo que respondiera con humor y pareciera más humano.

El desarrollo de *Siri*, y de los *chatbots* en general, ilustra perfectamente los límites de la tecnología en relación con nuestras expectativas respecto a la IA. Ilustra también que queremos siempre rebasar estos límites y dar un barniz humano a nuestros sistemas. En el ejemplo de *Siri*, con el humor. Pero no existe un sistema que pueda entender completamente nuestro lenguaje, menos cuando se trata de lenguaje jurídico

* Este capítulo parte del Proyecto: UP-CI-2021-MEX-22-DER Nombre del IP: Hugo Saúl Ramírez García (IP 1). Título del proyecto: Legal Language Identification Test for Restricting Access (LLITRA). Entidad Financiadora: Universidad Panamericana a través de la subvención "Fomento a la Investigación UP 2021"

complejo y que se aplica a toda clase de asuntos humanos. El análisis informático de los textos pasa necesariamente por su clasificación específica, y la IA debe ser especializada en temas específicos y cuidadosamente delimitados, sobre todo si la queremos utilizar en el campo del derecho y cumplir con las esperanzas que se le atribuyen.

La tecnología ya no es sólo objeto de la “sociedad hecha duradera” (Latour, 1990, p. 103-131), sino que cada vez más se habla de *Legaltech*, que ahora es parte integrante de las instituciones jurídicas. Como señalan varios autores como Müller:

“Una amplia variedad de sistemas de apoyo a las decisiones se utilizan cada vez más dentro del poder judicial. Los sistemas de apoyo a la decisión de sentencias son ayudas para la toma de decisiones que se utilizan para determinar las sanciones. Se utilizan diferentes lógicas y criterios. Estos sistemas pueden proponer decisiones basadas en textos o precedentes legales significativos” (2019, p. 158).

El autor menciona lo que es solo un avance en materia de informática jurídica, pero hay que ser consciente de que la IA tiene el potencial de automatizar muchas de las tareas que actualmente realizan los abogados, y ayudar a superar varios obstáculos con lo cual podemos aproximarnos al escenario que dibuja el artículo 28 de la Declaración Universal de los Derechos humanos, es decir, un contexto donde el orden institucional favorece que todo ser humano ejercite y disfrute sus derechos.

Pero el aprovechamiento de las herramientas de la IA implica necesariamente una calibración previa y una disciplina para que se usen adecuadamente. Si nos centramos solamente en la amplia preconfiguración indispensable de los programas informáticos que aprovechan los datos jurídicos, entendemos que mayor parte de dicha concierne la clasificación de los datos que utilice. Puesto que esta clasificación padece de automatización, es una de las razones por las que el software legal es hoy en día escaso y caro, pues representa una inversión significativa tanto para el creador que, para el cliente final, lo cual supone una barrera a la innovación.

Para que un bufete de abogados pueda automatizar alguna parte del tratamiento de datos textuales jurídicos, requiere los servicios de analistas de datos. Por esta razón, varias empresas del sector de la informática

jurídica insisten en la necesidad de tener este tipo de perfil en los bufetes de abogados, sin ponerse de acuerdo sobre la formación curricular que debe tener, con el riesgo de contratar un perfil puramente técnico, difícil de justificar en un bufete de abogados, o difícil de gestionar por la muy diferente lógica con la que trabaja cotidianamente el profesional del derecho.

Ahora bien, a pesar de las dificultades que asoman a su desarrollo, el preprocesamiento de los datos textuales es absolutamente esencial si queremos que, en la práctica jurídica, sea viable la conjunción de justicia y eficiencia, todo ello impulsado por el uso de la IA. Este preprocesamiento se basa en una normalización de estos datos lingüísticos, pues la interpretación jurídica se respalda en una racionalidad cuya composición recae en el lenguaje.

2. OBJETIVOS

Dado que la materia prima del análisis jurídico automático es el lenguaje escrito, es necesario acercarse a las técnicas de procesamiento del lenguaje natural (por su acrónimo inglés *NLP*) para dotar a los sistemas de IA de funcionalidades que potencien la práctica jurídica. Definiremos nuestra metodología exponiendo nuestra hipótesis de trabajo, es decir, demostrando que lo anterior requiere una cuidadosa clasificación del lenguaje textual jurídico mediante un esfuerzo común para ser explotado por la inteligencia artificial (Sección 3). Una vez que se acepta esto, se entiende que es una actividad en la que abogados e ingenieros deben trabajar de la mano. Nos enfrentamos entonces a dos problemas: la formación de los abogados para que puedan utilizar la herramienta informática para estas tareas de clasificación (Sección 4), y la normalización del lenguaje jurídico mediante los metadatos para que pueda ser utilizado por varios sistemas informáticos interoperables (Sección 5).

3. METODOLOGÍA: IDENTIFICAR LAS CARACTERÍSTICAS DEL LENGUAJE JURÍDICO JUSTIFICANDO SU CLASIFICACIÓN PARA EXPLOTAR LA IA

Para ilustrar las peculiaridades del lenguaje jurídico, tomaremos el caso concreto del concepto de *orden público*, es decir, como en muchas ocasiones en la materia jurídica, una idea abstracta. El orden público depende totalmente de nuestras experiencias: es a fuerza de experimentar contingencias en un lugar y tiempo dado, de repetirlas, de vivirlas, de debatirlas y de juzgarlas, que el concepto de orden público pudo surgir y tener un significado. Por ejemplo, no tendría relevancia hablar de orden público sin Estado, y por tanto evocar este concepto antes de la definición del Estado carece de pertinencia. Sería como intentar explicar la idea de profundidad a un ser que solo ve en un mundo de dos dimensiones. No tendría ningún sentido. Debemos estar provistos de una experiencia común, en el sentido original, que nos permita aprehender el concepto de orden público derivado de las diferentes convenciones que adoptamos a lo largo de los años, y que seguimos adoptando.

Esta forma de abordar a las ideas puede tener una explicación en la filosofía empirista. Una idea, según los empiristas, es la generalización de un cierto número de experiencias que se resumen en un concepto (Hume, 2007, p. 12-15). Esta transformación de la experiencia en ideas es un proceso de abstracción: identificamos el denominador común de todas las experiencias, del calor, por ejemplo, y este denominador común es el concepto de calor. Esto es lo que queda cuando hemos eliminado de todas las experiencias de calor, lo que es específico del individuo o del contexto.

Por supuesto, no todos tenemos la misma sensibilidad. Lo que es definido como conforme al orden público por algunos puede ser percibido de una manera diferente por otros. Pero, en general, el derecho nos permite ponernos de acuerdo en lo que significan las diferentes ideas de nuestras experiencias. Hemos experimentado lo que es una *obligación*, la *buena fe*, la *libertad*, la *justicia* o la *crueldad*. Y es justamente porque como sociedad hemos experimentado estas cosas que somos capaces a

lo largo de nuestra historia jurídica de ponernos de acuerdo en la definición de estos términos y transcribirlos en lenguaje jurídico.

Sin embargo, y lo que vamos a explicar ahora es una idea pivote para entender la potencia del derecho y el interés de la informática en este campo, los jueces, abogados u otros componentes del estado de derecho, no necesitan haber experimentado cada concepto jurídico para practicarlo. El derecho permite una desconexión entre la experiencia individual y los conceptos jurídicos para que, mediante el mecanismo de calificación jurídica, podamos identificar una situación y tomar una decisión a su respecto. Todo esto, gracias a una de las herramientas más avanzadas de la humanidad: el lenguaje.

Es aquí donde podemos hacer un breve paréntesis que busca hacer un paralelo entre la crítica de los sustantivos comunes según Bergson y el derecho. Según Bergson (1888, p. 108-109), el uso de sustantivos es problemático, porque pasa completamente por alto la especificidad de lo que se está hablando. La palabra desprecia la particularidad y la unicidad de la cosa. Por ejemplo, cuando utilizamos la palabra árbol, ¿de qué árbol estamos hablando? Hay millones de árboles y ninguno es idéntico a otro. Pero la palabra no tiene en cuenta estas especificidades.

Mutatis mutandis, es fundamentalmente imposible que sepamos exactamente aprehender la vulneración de derechos que una persona está experimentando, porque no estamos en su lugar. Pero como ya hemos teorizado la vulneración de uno u otro derecho humano, somos capaces de entender la idea, y aplicar los criterios para retener la parte de la realidad sobre la cual el derecho puede actuar. Y esta es una sutileza que es importante entender, porque, aunque los sustantivos jurídicos no designan un objeto, sino una gama de objetos, tienen la intención de agrupar una multitud de cosas que comparten características comunes que pueden ser experimentadas en el mundo material sin la intervención del verbo.

Ahora bien, por definición, hablar es generalizar. Cuando hablamos, generalizamos porque utilizamos sustantivos, nombres comunes, nombres bajo los cuales agrupamos objetos que no son idénticos entre sí. Por tanto, el lenguaje jurídico no permite describir todas las sutilezas

de una situación, misma que necesitaría ser experimentada para este fin, pero esta limitante no impide que exista y sea efectivo, pues el lenguaje jurídico es una forma de *metalenguaje* que sólo se enfoca en ciertos aspectos y permite interpretar ciertas situaciones de la vida real. El lenguaje jurídico no puede ni describir ni abarcar todas las situaciones. Pero es la única ciencia que permite resolver las preguntas que describe y abarca, con soluciones jurídicas.

Podemos detener nuestra reflexión un momento para destacar dos aspectos fundamentales de la etapa que hemos alcanzado. En primer lugar, según los empiristas, todas nuestras ideas surgen a fuerza de experiencia a través de la repetición. En segundo lugar, el lenguaje jurídico no permite transcribir perfectamente una experiencia, pero la generalización que brinda permite aplicar criterios comunes a una variedad de situaciones que constituyen un campo reservado al derecho. Estos dos puntos permiten entender que el derecho es una forma de macro descripción de la realidad, incompleta, pero volviendo repetitivamente a definir su campo de acción para que la experiencia humana pueda estar siempre clasificada según criterios que permiten su efectividad mediante la interpretación.

Este aspecto formal del derecho viene con un costo. Como lo dice Lenoble:

“el hermeneuta que está en relación con los textos debe ser muy consciente del precio que se paga para garantizar este pacto: el texto se produce como legalidad del sentido sólo al precio de un enrarecimiento muy real de las posibilidades del decir y de una conformación a su prescripción” (2019, p. 83).

Ahora que hemos aclarado la peculiaridad del lenguaje jurídico, entendemos que su formalización necesariamente trunca parte de la realidad. Por tanto, la interpretación del lenguaje jurídico es un componente esencial de su eficacia. Y puesto que la informática tiene como objetivo la exactitud en su aproximación de lo real, este elemento podría parecer poner en jaque los sistemas de IA, que no pueden mediante datos textuales jurídicos tener una comprensión de nuestras experiencias a menos que aprendan a *interpretar*.

Este último punto puede parecer un problema insoluble, pero muchos autores han teorizado la interpretación jurídica, señalando sus beneficios y fallos. Para ofrecer la máxima seguridad jurídica, la interpretación debe basarse en un lenguaje muy formalizado, y este lenguaje no tendrá como objetivo explicar la realidad, sino operar una abstracción de esta. Sobre este punto, Lenoble señala que una serie de elementos pueden enriquecer considerablemente la producción del hecho real en la justicia:

“entre las partes y el juez, la intervención del abogado (y, aún antes de él, la intervención de otros abogados: asesores jurídicos, notarios... y el lenguaje jurídico moldeado en forma de contratos tipo, actas, actos jurídicos de todo tipo) que, en función del efecto jurídico deseado, selecciona y ordena el conjunto de los hechos” (2019, p. 103).

Por lo tanto, la presencia de todos estos intermediarios y el uso del lenguaje invita a preguntarse sobre qué puede hacer la máquina con datos textuales jurídicos para lograr una aproximación a la realidad.

Es aquí donde debemos introducir nuestra hipótesis según la cual, formalizando no sólo los textos jurídicos, sino también su interpretación, parece posible dotar a los sistemas de inteligencia artificial de un espacio semántico que les permita captar las sutilezas del derecho.

En este punto, la aparición de los llamados *Large Language Models* (LLM) parece ilustrar nuestra hipótesis. En efecto, este tipo de algoritmos permite capturar grandes cantidades de texto para generar textos sobre una gran variedad de temas, en la biología, la química o el lenguaje humano común, por ejemplo, y estamos a punto de ver crecer aplicaciones inusuales gracias a los LLM (Anadiotis, 2021). Sin embargo, los avances más significativos en esta materia demuestran que cuanto más estructurado e inequívoco sea el lenguaje objeto del modelo, más preciso y eficaz será: no es por nada que sistemas como *Codex* de *OpenAI*, que permite generar código informático, ha sido anunciado como uno de los más confiables en este campo (Ray, 2021).

Un lenguaje jurídico formalizado no sólo permite explotar al máximo las posibilidades de la IA, puesto que permite construir un puente entre el derecho y la informática, sino que también permite tender otro puente en sentido contrario, es decir, explicar los resultados algorítmicos y

expresarlos en una estructura de lenguaje jurídico formalizado. Además de la dimensión *poiética* de la IA y del derecho, nuestra hipótesis tiene, por tanto, una dimensión de cumplimiento de los principios rectores de la IA expresos en la Recomendación de la UNESCO sobre la ética de la IA de noviembre 2021, que hacen hincapié tanto en la transparencia y la explicabilidad (2021, p. 23 §37-41), así como en la necesidad de “facilitar el uso de conjuntos de datos sólidos y de calidad para el entrenamiento, el desarrollo y la utilización de los sistemas de IA y ejercer vigilancia al supervisar su recopilación y utilización” (2021, p. 31 §76) y “adoptar un enfoque de patrimonio digital común respecto a los datos [...] en beneficio de la investigación, la innovación o el interés público, según proceda” (2021, p. 31 §77).

Ahora bien, para que estas prescripciones sean algo más que meras ilusiones, debemos examinar las implicaciones de nuestra hipótesis exponiendo los cambios en la praxis del derecho, que es menester poner en perspectiva con la disponibilidad de la herramienta informática.

4. RESULTADOS: PRAXIS DEL ABOGADO CONTRA *POIESIS* DEL INGENIERO

El primer problema es el de la formalización del derecho con herramientas informáticas. Y aquí, al igual que el abogado tuvo que acostumbrarse a utilizar una computadora, ahora se enfrenta a una nueva necesidad: preparar el terreno de los datos. Es decir, saber elegir y utilizar las herramientas para producir contenidos jurídicos en un formato estructurado que pueda ser eficientemente procesado por la máquina. En efecto, aunque las técnicas de aprendizaje automático y de procesamiento del lenguaje natural están mejorando, la capacidad de realizar un análisis informático de los documentos jurídicos se complica considerablemente por su falta de estructura.

Ahora bien, la elaboración de un documento meticulosamente estructurado es un ejercicio en el que el profesional del derecho ha sido adiestrado, así uno pensaría que no debería ser tan complicado, Sin embargo, en el sentido informático del término, la estructura de datos jurídicos

que puede explotar eficientemente la inteligencia artificial requiere un trabajo ligeramente diferente de lo que habitualmente hace el abogado.

Sería entonces válida la pregunta de saber ¿por qué los profesionales del derecho tendrían que adaptarse a una nueva forma de escribir el derecho? (Hyrkiel, 2020) ¿No es eso una auténtica invasión de las máquinas en nuestra práctica jurídica que nos obliga a cambiar la forma de hacer las cosas?

En realidad, eso no es así. Lo cierto es que la adopción de nuevas técnicas para la abogacía viene de lejos, y los profesionales del derecho han sido capaces de adaptarse a las nuevas tecnologías todo el tiempo para que su trabajo sea más eficiente y menos costoso a largo plazo, ya sea el uso de la computadora (Weisbrot, 2010, p. 38) que fue objeto de indignación en los años 90 cuando se introdujo en los despachos, o incluso del derecho compilado en forma de Código Civil, aunque en este caso nos faltan datos para saber realmente la intensidad de la resistencia al cambio por parte de los abogados de entonces.

Los argumentos a favor de una nueva forma de redacción fueron examinados por Matthew Roach, de la Universidad de Stanford, entre ellos el hecho de que los contratos, por nombrar sólo un tipo de documento, son documentos vivos que asumen una serie de funciones a lo largo del tiempo, funciones que no son fáciles de cumplir por un documento en PDF o en papel:

“A platform for negotiation and collaboration (...)

- A store of information about the deal (...)
- A store of knowledge about the parties’ businesses (...)
- A store of knowledge about the law (...)
- A reference for the court” (Roach, 2016, p. 47).

El autor va aún más lejos, al pregonar características que harían soñar al más apasionado de los abogados aferrado a una práctica tradicional:

“Have suggested definitions and clauses appear as you draft. Have the software check that you haven’t defined a term then not used it, or vice versa. Hover over terms and see their meaning, change histories, relationship to other parts of the document, or other documents. Your document is effortlessly available as a precedent for later transactions.” (2016, p. 47)

La técnica está lista para hacer todo lo antes mencionado. Pero las computadoras y la magia no van juntas. Para lograr tales objetivos, los abogados deben ser capaces de manejar la herramienta informática, y eso desde su periodo de capacitación estudiantil, para dominarla y comprender sus características específicas.

Sin embargo, los abogados no tienen formación técnica en su currículo básico. Por lo tanto, forman parte en gran medida del público desinformado, que tiene falsas creencias sobre las capacidades de la inteligencia artificial (Wang, 2007) y no entiende necesariamente la utilidad de cambiar la forma de redactar el derecho, y cómo deberían hacerlo.

En realidad, hay dos escuelas de pensamiento aquí. La que postula que el abogado debe ser un experto en razonamiento jurídico y dejar la parte técnica a los tecnólogos, y la que quiere avanzar hacia el desarrollo de habilidades blandas entre los abogados para que puedan aprovechar la herramienta informática y transformar su práctica (Bourgeois, 1991).

Y planteamos aquí una pregunta retórica: ¿Estaría el estado del arte de la física tan avanzado hoy en día si los físicos no hubieran aprendido a utilizar técnicas de programación para realizar sus cálculos? Y la pregunta al margen: ¿han desaparecido los físicos por todo eso?

Al igual que las computadoras han revolucionado la práctica de la física, los horizontes de eficacia y acceso al derecho son inmensos si nos adaptamos a la herramienta tecnológica. Los abogados deben producir contenidos de una forma que hoy no conocen, utilizando un lenguaje que sea tan fácil de leer para los humanos como de interpretar para las máquinas.

¿Fácil de decir? Es cierto, pero lo anteriormente expuesto no es inalcanzable. Otros profesionales llevan años produciendo contenidos de esta manera. Pero para ser realista, entendemos que requiere la integración de una alfabetización digital de los abogados, con cursos de

programación orientados al derecho para los estudiantes (Fenwick, 2018), lo cual, en realidad, ya no es opcional hoy en día. Si se tiene en cuenta que la programación informática se enseña a los niños desde la escuela primaria en muchos países, entendemos que este giro está lejos de ser imposible.

Por lo tanto, *a fortiori*, es un deber de los profesores universitarios asegurarse de que los estudiantes de derecho comprendan las cuestiones que están en juego en la informática y que sean capaces de redactar textos jurídicos en un entorno de software que permita escribir en lo que se conoce como *markup language* (ej.: *XML*, *HTML* o *LaTeX*). Obviamente, este *markup language* debe ser específicamente adaptado al derecho. No se trata de que los abogados sean también desarrolladores informáticos, sino de darles los conocimientos mínimos para que puedan entender los distintos paquetes de software que ya existen y que permiten crear contenidos textuales en un *markup language* de forma básica y sencilla. Las herramientas informáticas interpretarán este lenguaje para garantizar una mejor difusión y comprensión del derecho.

Aquí es donde entramos en las discusiones en torno a nuestras deducciones: si se quiere aportar una estructura informática a los datos jurídicos para aumentar la eficacia de los abogados mediante el uso de la inteligencia artificial. Si se quiere una estandarización en la forma de redactar el derecho. Entonces, ¿cuáles serán las normas que regirán esta estandarización? ¿Y cómo podemos asegurarnos de que son compartidos por todo el sector de la tecnología jurídica?

5. DISCUSIÓN: LA NECESARIA EVOLUCIÓN DE LOS ESTÁNDARES DE INGENIERÍA COMPUTACIONAL PARA EL DERECHO

Estas cuestiones no son nuevas para el campo de la investigación. Por ejemplo, en el ámbito de la redacción y publicación de la legislación en Australia, se ha observado que debería haberse evitado la falta de coherencia o uniformidad para aprovechar las oportunidades que ofrecen las tecnologías de la información (Rubacki, 2013).

En lo que respecta a la clasificación del lenguaje jurídico, es necesario evitar la adopción de un formato de codificación de los conceptos jurídicos que sea compatible con un solo editor de software jurídico -es decir una taxonomía- y de ontologías utilizables por las máquinas que sean compatibles con un solo editor de software jurídico. Pues recordemos que este formateo del derecho tiene como objetivo poder utilizar herramientas de informática jurídica que interpreten su estructura y conceptos y puedan potenciar la práctica de los abogados y el acceso al derecho para todas y todos. Si el formato de datos inicial que permite a la máquina especificar una taxonomía y ontologías no está usado en el mercado, o está muy poco extendido, entonces el interés disminuye enormemente porque sólo tenemos una herramienta informática capaz de utilizar *nuestros* datos jurídicos para potenciar *nuestra* práctica.

Esta dependencia del proveedor se conoce en inglés como *vendor lock-in*. Es perjudicial, en primer lugar, porque el abogado queda atado para siempre a un software jurídico que sólo acepta un formato de datos. Entonces puede ser difícil encontrar abogados que sepan manejar este software, a menos que el software se empodere del mercado, con el problema entonces de poder resultar en una práctica casi monopólica donde un agente controla el formato de codificación informática del derecho. Por otro lado, si es necesario cambiar la herramienta, resulta un trabajo desmesurado, y por tanto costoso, adaptar las antiguas taxonomías y ontologías utilizadas al nuevo software.

Ahora bien, a lo largo de los años, la comunidad de la informática jurídica ha desarrollado datos y normas técnicas para la redacción jurídica, mucho antes de que las *Legaltechs* se volvieran tan populares. Algunos ejemplos son *LKIF Core*, *FOLaw*, *LRI-Core*, *Judicial Ontology Library (JudO)* o la ontología *CEN Metalex*. (Gostojić, 2020, p. 68) Algunos de ellos se utilizan para representar conocimientos jurídicos generales y otros para asignar metadatos a los documentos.

Sin embargo, la no adopción de normas generales para la redacción de datos jurídicos podría sorprender al público desinformado. En este punto, cabe destacar que desde 2018 existe un estándar *OASIS* llamado *Akoma Ntoso* (*OASIS Open*, 2018) que permite lo que se llama *electronic data interchange* (EDI). Se trata de una norma técnica

internacional, que comenzó como un proyecto del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas en 2004 (Barabucci et al., 2010). Esta norma trata de representar documentos ejecutivos, legislativos y judiciales de forma estructurada utilizando un formato *XML*.

Permite el intercambio automático de información entre dos máquinas mediante algunos mensajes estandarizados: un vocabulario, una estructura, unas convenciones de nomenclatura y una codificación *MIME* que permite la compatibilidad entre varios sistemas informáticos. El término *Akoma Ntoso* significa corazones enlazados en la lengua akan de África Occidental y fue seleccionado por esta razón para designar esta norma. *Akoma Ntoso* se utiliza para representar la estructura de los documentos, las referencias a las fuentes jurídicas y los metadatos. En otras palabras, dicha norma satisface la necesidad de representaciones isomórficas de las leyes (Ashley, 2017, p. 182) también entre jurisdicciones de diferentes países.

Sin embargo, hay que señalar que esta norma está especialmente orientada a codificar el contenido del derecho estatutario (*statutory law*). Se pueden señalar la presencia de ubicaciones, conceptos, roles u objetos físicos, pero sin poder identificarlos con una referencia común a todos los usuarios. Algunas indicaciones se proporcionan, pero sigue bastante abierto, lo cual es una ventaja en cuanto a la flexibilidad del estándar, pero no en cuanto a su rigor:

“TLCConcepts must be associated to a specific reference resource that disambiguates it. This must be an item of a thesaurus, of an encyclopedia, or of a commonly available dictionary” (OASIS Open, 2019).

Podría contemplarse una granularidad más fina para ayudar a la máquina a interpretar el lenguaje jurídico y establecer sus vínculos en el mundo real. Esto es lo que defienden Oberle et al (2012, p. 312), con la propuesta de producir ontologías estatutarias en materia de *compliance*, que vinculan los conceptos jurídicos estatutarios con los conceptos y relaciones que describen las situaciones del mundo real.

6. CONCLUSIONES

Por regla general, los proveedores de software jurídico aún no han asumido plenamente la cuestión del lenguaje en el cual el sector jurídico debe escribir el derecho. Por ejemplo, pocos proveedores de tecnología jurídica ofrecen funcionalidades para explotar el estándar *Akoma Ntoso*, por lo que aún queda mucho camino por recorrer antes de que haya un consenso en el mundo del derecho sobre un estándar para la redacción jurídica. Pero el mercado de la tecnología jurídica tiene un camino de innovación inexplorado (Qian et al., 2020, p. 212), y por lo tanto es muy prometedor. Corresponde a las grandes, medianas y pequeñas empresas, a los bufetes de abogados, a las empresas de software y a las academias trabajar juntos para desarrollar, o ampliar, las normas que regirán el uso de la tecnología en la redacción jurídica.

Adoptar un formato para escribir el derecho es participar en el esfuerzo de hacer que la informática jurídica sea más capaz de permitir a una sociedad comprender y disfrutar del derecho.

7. REFERENCIAS

- Anadiotis, G. (2021, 25 octubre). *The State of AI in 2021: Language models, healthcare, ethics, and AI agnosticism*. ZDNet. Recuperado 9 de enero de 2022, Recuperado 9 de enero de 2022, de <https://zd.net/3HPHkw5>
- Ashley, K. D. (2017). *Representing Legal Concepts in Ontologies and Type Systems*. *Artificial Intelligence and Legal Analytics: new tools for law practice in the digital age*. Cambridge University Press.
- Barabucci, G., Cervone, L., Palmirani, M., Peroni, S., & Vitali, F. (2009, September). Multi-layer markup and ontological structures in Akoma Ntoso. In *International Workshop on AI Approaches to the Complexity of Legal Systems* (pp. 133-149). Springer, Berlin, Heidelberg. p. 133-149
- Bergson, H. (1888). *Essai sur les données immédiates de la conscience*. *Œuvres*. (PUF ed.). PUF. ed. 1991
- Bourgeois, J. (1991). *L'informatique dans les études de droit, tout un programme... à élaborer*.

- Fenwick, M., Kaal, W. A., & Vermeulen, E. P. (2018). Legal Education in a Digital Age: Why 'Coding for Lawyers' Matters. *Lex Research Topics in Corporate Law & Economics Working Paper No. 4*, 18-21.
- Gostojić, S. (2020). From Legal Documents to Legal Data. *The LegalTech Book: The Legaltechnology Handbook for Investors, Entrepreneurs and FinTech Visionaries*, 67-69.
- Hume, D. (1748). *An Enquiry Concerning Human Understanding* (0 ed.). Oxford Univ Pr (T). ed. 2007
- Hyrkiel, T. (2020). I Make the Rules, Why Should I Care About LegalTech?. *The LegalTech Book: The Legaltechnology Handbook for Investors, Entrepreneurs and FinTech Visionaries*, 63-66.
- Julia, L. (2020). *There is no such thing as Artificial Intelligence*. First éditions.
- Latour, B. (1990). Technology is society made durable. *The sociological review*, 38(1_suppl), 103-131. Traducción libre en el presente capítulo.
- Lenoble, J., & Ost, F. 2019. *Droit, mythe et raison : Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*. Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis. doi :10.4000/books.pu1.8612. Traducción libre en el presente capítulo.
- Michael Rubacki, (2013, 7 de mayo). *Online legislation from Australian Governments: achievements and issues*, Paper prepared for AustLII Research Seminar. <https://bit.ly/3JQZ3oO> Consultado el 21 de noviembre de 2021.
- Müller, P., & Pöchhacker, N. (2019). Algorithmic Risk Assessment als Medium des Rechts. *Österreichische Zeitschrift für Soziologie*, 44(1), 157-179. <https://bit.ly/3r8hSvh> Traducción libre en el presente capítulo.
- OASIS Open (2018, 8 de mayo). *Akoma Ntoso Version 1.0. Part 1: XML Vocabulary*. Candidate OASIS Standard 01. Recuperado 9 de enero de 2022, de <https://bit.ly/3F7S9be>
- OASIS Open. (2019, 21 de febrero). *Akoma Ntoso Naming Convention Version 1.0*. Recuperado 9 de enero de 2022, de <https://bit.ly/3qbU6iw>
- Oberle, D., Drefs, F., Wacker, R., Baumann, C., & Raabe, O. (2012). *Engineering compliant software: advising developers by automating legal reasoning*. SCRIPTed 9: 3. DOI: 10.2966/scrip. 090312.280 [interactive].
- Qian, M., Saunders, A., & Ahrens, M. (2020). Mapping LegalTech adoption and skill demand. *The LegalTech Book: The Legaltechnology Handbook for Investors, Entrepreneurs and FinTech Visionaries*.

- Ray, T. (2021, 10 de agosto). *OpenAI says «Hello, World!» with private beta for Codex code generation tool*. ZDNet. Recuperado 9 de enero de 2022, de <https://zd.net/3FdyOWb>
- Roach, M. (2016). *Toward a new language of legal drafting*. J. High Tech. L., 17.
- UNESCO (2021, 22 de noviembre). “Proyecto de Texto de la Recomendación Sobre la Ética de la Inteligencia Artificial”. *Informe de la Comisión de Ciencias Sociales Y Humanas (41ª Conferencia General de la UNESCO)*. 41 C/73. Recuperado 9 de enero de 2022, de <https://bit.ly/3zKyWeH>
- Wang, P. (2007). *Three fundamental misconceptions of artificial intelligence*. *Journal of Experimental & Theoretical Artificial Intelligence*, 19(3), 249-268.
- Weisbrot, D. (2002). *What Lawyers Need to Know What Lawyers Need to Be Able to Do: An Australian Experience*. J. Ass'n Legal Writing Directors, 1.

CULTURA DE LA PARTICIPACIÓN EN UN CONTEXTO DE TRANSFORMACIÓN DIGITAL. EL CASO DE EITBPART

ISABEL URBANO ORTEGA

*Doctoranda en Comunicación Social, Universidad Pública del País Vasco
UPV/EHU*

ANDONI ITURBE TOLOSA

*Profesor del Departamento de Comunicación Audiovisual
Publicidad de la Universidad Pública del País Vasco
UPV/EHU*

1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con diversos documentos publicados por la Unesco (2018) el mundo ha entrado en una etapa de su historia caracterizada por la mutación ininterrumpida, constante y rápida, con tendencia a acelerarse, que afecta al conjunto del planeta, a casi todas las esferas y condiciones de la actividad y la vida de las personas y la sociedad. La cuarta revolución industrial se define por la rápida evolución tecnológica y la recopilación y tratamiento de la información a gran escala, que está permeando hacia todas las capas de la sociedad. Este fenómeno está teniendo un gran impacto en la economía y, por tanto, en las necesidades de cualificación, en los puestos de trabajo y en las formas de entender el trabajo. La transformación digital que se está produciendo en las sociedades de todo el mundo se presenta como un fenómeno complejo de cambio social que está teniendo un efecto directo no solo en entornos educativos y sociales, sino especialmente en las organizaciones, que se ven abocadas a una pérdida de competitividad ante mercados cada vez más dinámicos y globalizados. Su naturaleza compleja se considera un fenómeno paradigmático que involucra tanto lo económico y lo tecnológico, como lo social y lo cultural. Uno de los fundamentos de la complejidad de la Transformación Digital, es que se presenta como un

fenómeno que requiere de un dilatado proceso de transformación en las organizaciones para su abordaje con éxito, superando los límites de lo tecnológico para ahondar en aspectos de cultura organizacional. Sin embargo, no se trata de un proceso sencillo ni rápido, ya que “al ser parte del ADN de la empresa, la cultura se muestra resistente a los esfuerzos de cambio. Cambiar la cultura es la clave para la transformación digital de la empresa.” (Valderrama, 2019). Siguiendo las reflexiones de Bauman (2015) podemos hablar de organizaciones líquidas, que pueden transformarse constantemente para adaptarse al entorno continuamente cambiante.

Muchos autores defienden que la mayor barrera para la transformación digital es la resistencia al cambio y la clave para conseguirla es la transformación cultural. Según Ochoa (2016), “la cultura digital parece ser el pilar fundamental desde donde debe sustentarse el resto de las transformaciones organizacionales”. Sin embargo, abordar un proceso de transición hacia una cultura digital desde una organización que desea competir en el nuevo entorno digital, se presenta como un recorrido con muchos obstáculos. Estas dificultades se vinculan a la necesidad de desarrollar una cultura digital propia, extensible a todos los niveles de la organización.

La cultura digital hace referencia al desarrollo de nuevos valores y comportamientos que lleguen a ser la base del desarrollo de las nuevas competencias y habilidades, las que, a su vez, ayudarán a maximizar el potencial de la tecnología digital. “Esta cultura no se refiere tanto a aspectos tecnológicos como al desarrollo de nuevos valores y comportamientos que lleguen a ser la base del desarrollo de las nuevas competencias y habilidades.” (Ochoa, 2016, p. 71). Por lo tanto, los/as trabajadores/as necesitarán conocer no únicamente las habilidades propias vinculadas al desempeño de un trabajo, sino aprender de manera continua para gestionar las transformaciones tecnológicas constantes y los cambios en la organización. De esta forma, las habilidades no directamente relacionadas con las tareas son tan fundamentales como las que afectan a las tareas requeridas por los diferentes puestos. Esto nos sitúa en un escenario en el que como apunta Valderrama (2019, p.13) “el reto de la

transformación digital de las empresas se convierte en el reto de la transformación digital del talento.”

Esto nos sitúa en un contexto reflexivo que algunos autores califican de “emergencia” ante la revolución de las competencias necesarias en lo que se ha denominado “el trabajador flexible”, en donde es necesaria la búsqueda del equilibrio adecuado entre la tecnología, el talento y la conexión humana. Valderrama (2019) define las competencias como “(...) capacidades cognitivas y emocionales de las personas, que se traducen en comportamientos observables y son la causa del desempeño superior. Podemos hablar de competencias técnicas (technical skills), las relacionadas con la puesta en práctica de conocimientos y habilidades, y competencias emocionales, las relacionadas con valores, actitudes y habilidades sociales (soft skills)”. Esta clasificación es comúnmente aceptada, y también el hecho ante el que la sociedad en general se enfrenta debido a la irrupción de la transformación digital en todas las capas de la sociedad. Se trata de un nuevo contexto, en el que las competencias técnicas dejan de ser la clave de la competitividad profesional y organizacional, para pasar a una realidad en la que el protagonismo lo adquieren las llamadas competencias blandas o soft skills. “Soft Skills are the common language of empathy, collaboration, team building, resilience and agility transforming organizations. Human and social challenges cannot be solved only with hard skills”.⁹[Las competencias blandas son el lenguaje común de la empatía, la colaboración, el trabajo en equipo, la resiliencia y la transformación ágil de las organizaciones.] (Lepeley et al, 2021).”, convirtiéndose no solo en uno de los principales retos de las organizaciones empresariales, sino también del sector educativo:

“The digitalization of society in the modern world is becoming the main carrier and source of social change. In conditions of instability and socio-political tension, education becomes extremely important, which will be united by common tasks and development prospects. In these conditions, it becomes necessary to have high-quality training of specialists with soft skills”.¹⁰[La digitalización de la sociedad en el mundo moderno se está convirtiendo en el principal portador y fuente de

⁹ Traducido por los autores.

¹⁰ Traducido por los autores.

cambio social. En condiciones de inestabilidad y tensión sociopolítica, la educación adquiere suma importancia, que estará unida por tareas comunes y perspectivas de desarrollo. En estas condiciones, se hace necesario contar con una formación de alta calidad de especialistas con habilidades blandas.] (Pluzhnikova, 2021).

El hecho de que las competencias profesionales técnicas deban ir acompañadas del desarrollo de competencias no técnicas no parece ser, por tanto, una novedad, pero la revolución digital nos plantea un escenario en el que, en ocasiones, son las competencias no técnicas la clave del éxito y de la competitividad de los/las profesionales. “La revolución digital también va a crear otros nuevos puestos, ya que muchos empleos van a ser enfocados desde otra perspectiva en la que los empleados utilicen en mayor medida la creatividad y el pensamiento crítico, siendo complementarios a las máquinas.” (Alles, 2007).

"Future Work Skills 2020" (Davies et al, 2011), realizado en el Institute for the Future for the University of Phoenix Research, sugiere en primer orden de prioridades, poner un énfasis especial en el desarrollo de competencias relacionadas con el pensamiento crítico, comprensión y capacidades de análisis. Kanter (2001), sin embargo, defiende que para construir una base sólida sobre la que sustentar la cultura digital es preciso promover de manera continua el cambio disruptivo, comunicar de manera fluida dentro y fuera de la organización, colaborar en la creación y entrega de valor dentro de la empresa y con terceros, compartir conocimiento, crear una identidad compartida, y hacer todo lo anterior de manera rápida y ágil. Van Laar et al (2019, p. 46-47), a partir de una revisión sistemática de la literatura, establece un marco conceptual sobre las competencias digitales del siglo XXI. Su aportación principal es que distingue entre competencias centrales y contextuales. Otros autores establecen una categorización en función del grado de actualidad de la tarea a la que se vinculan.

“Por una parte, nuevas tareas de trabajo darán lugar a nuevas profesiones que demandarán nuevas competencias (Emerging skills). Por otra parte, cambios en ocupaciones hoy conocidas requerirán la transformación / evolución de las competencias profesionales hasta hoy demandadas (Transforming skills). Y en los casos más deplorables, la desaparición de algunas tareas laborales, especialmente las rutinarias, traerá consigo la obsolescencia de determinadas competencias y por ende la

desaparición de determinadas profesiones (Obsolete skills).” (Loshkareva, et al, 2018, pp. 53-54).

Según el Informe del Foro Mundial de 2018 (World Economic Forum, 2018), las diez competencias que resultarán tendencia en 2022, asociadas a la transformación digital, son innovación y pensamiento analítico, aprendizaje activo, creatividad, originalidad e iniciativa, diseño y programación de tecnologías, pensamiento y análisis crítico, solución de problemas complejos, influencia social y liderazgo, inteligencia emocional, generación de ideas, razonamiento y solución de problemas y análisis y evaluación de sistemas. Es difícil encontrar posturas alineadas en la identificación de competencias blandas vinculadas a la transformación digital. Lo que sí parece ser un elemento común es un comportamiento implícito a ellas y necesario para su logro, vinculado al rol protagonista que las personas adquieren en los nuevos ecosistemas que están aflorando, Se trata de la participación y activación personal.

Algunos autores lo identifican como “un valor esencial”. El mayor protagonismo de las competencias socioemocionales y especialmente de la participación aflora debido a la necesidad de las organizaciones, derivada de la transformación digital, de potenciar un mayor compromiso con la empresa y estimular la capacidad creativa e innovadora de sus trabajadores/as. “The leader needs to trust in the management and the employees need to trust in the leader and vice versa, only then the right decisions can be made and the required actions can be taken within the time of increasing complexity, insecurity and speed”. ¹¹[El líder debe confiar en la administración y los empleados deben confiar en el líder y viceversa, sólo entonces se pueden tomar las decisiones correctas y se pueden tomar las acciones requeridas en un tiempo de creciente complejidad, inseguridad y velocidad.] (Delgado, 2020). Por tanto, los procesos de digitalización están demostrando que ha cambiado considerablemente la población activa, el conjunto de habilidades necesarias y la forma de interactuar y colaborar, así como de comunicarse dentro de una organización, no solo por parte del empleado sino también de los/as líderes. Es en este contexto, donde la confianza, se convierte en

¹¹ Traducido por los autores.

elemento central de este proceso de cambio y vinculada a ella, surge la participación como instrumento clave para alcanzarla. “Participation and involvement give the possibility to actively engage, modify and assume accountability”.¹²[La participación y la implicación brindan la posibilidad de participar activamente, modificar y asumir la responsabilidad]. (Foerster-Metz, et al, 2018).

Este proyecto de investigación forma parte de un espacio reflexivo vinculado al marco de la tesis doctoral “Universidad (EHU/UPV)-empresa (EITB). Análisis de los modelos de formación y las competencias no técnicas en el contexto de la transformación digital”, que pretende arrojar luz sobre cómo se aborda desde la Universidad y desde la empresa, la identificación de las competencias blandas que la transformación digital está haciendo aflorar; cómo se resuelven las dificultades de la enseñanza de las competencias blandas y qué respuestas se están dando desde los diferentes entornos.

1.1. CONTEXTO

Las industrias culturales y creativas se caracterizan por los rápidos cambios y por la digitalización creciente, ya que un contenido puede ser creado, editado, distribuido y consumido, a través de Internet. En este sentido, lo que más se ha estudiado son los desarrollos tecnológicos, y los modelos de negocio. Apenas existen estudios sobre las habilidades y competencias. Van Laar et al (2019) aplica el esquema de las competencias centrales y contextuales a las industrias creativas. Estas son definidas por Flew y Cunningham como aquellas industrias que se caracterizan por la creatividad y por el copyright. La creatividad es definida como originalidad más efectividad (solución a un determinado problema). Si consideramos la cadena de valor de las industrias culturales o creativas (creación, producción y distribución), se observa que quien tiene una idea no tiene que llevarla a cabo. (Koehorst et al, 2019). Además, en las industrias creativas coexisten trabajos creativos y otros que no los son (producción y distribución, por ejemplo), pero que son fundamentales. Ambos tipos de trabajo son requeridos para que se dé la

¹² Traducido por los autores.

creación, y subsiguiente producción. En una visión histórica, "la televisión no sólo ha llegado a ser la industria cultural líder por la importancia de su oferta y su consumo, o por el papel capital que juega en la promoción y comercialización de las restantes industrias culturales. Sino que es también la única industria cultural en sentido estricto" (Bustamante, 2013).

1.2. LA ORGANIZACIÓN

Los cambios que la transformación digital están suponiendo en el sector audiovisual son especialmente relevantes, ya que se refieren especialmente al hecho de tener que acometer una completa adaptación de las lógicas de creación, producción, distribución y comercialización de los contenidos su actividad, por una parte, y por otra, a tener que afrontar el tránsito de atender unos pocos mercados con millones de receptores a facilitar un consumo personalizado e interactivo a millones de mercados individuales. (Saavedra, et al, 2018).

El Ente Público Vasco, Euskal Irrati Telebista, constata en su Plan Estratégico 2017-2020 la necesaria transformación cultural de la organización hacia nuevas maneras de hacer provocada por la revolución digital. Recoge como acciones estratégicas, entre otras, la inversión en el fomento, desarrollo y despliegue de las habilidades que la organización necesita para que la estrategia digital se implemente, estimulando la innovación, la participación y la motivación de los/as trabajadores/as. El proyecto de investigación objeto de esta ponencia, se enmarca entre uno de los tres principales proyectos clave a abordar por EITB. Se trata del desarrollo de un modelo conceptual de competencias y clasificación profesional para la era digital acordes con el contexto actual y de futuro.

1.3. MARCO CONCEPTUAL

El proyecto se contextualiza en un marco reflexivo en torno a los procesos de transformación hacia una cultura digital en las organizaciones. Esta cultura se sustenta sobre el desarrollo de nuevos valores y comportamientos que llegan a ser la base del desarrollo de las nuevas competencias y habilidades. Múltiples investigaciones coinciden en que "el nuevo escenario requerirá nuevas competencias no solo de carácter

técnico y metodológico, sino también y sobre todo de participativas y personales. Esas "competencias transversales", ampliamente generalizables y transferibles, requeridas en distintos contextos y diferentes actividades, que se aprehenden a través de diversas experiencias". (Echeverría y Martínez, 2018).

El abordaje de los cambios tecnológicos que la transformación digital implica en una organización interacciona con nuevos métodos de trabajo, nuevos valores y nuevas competencias. Se trata en la mayor parte de los casos de un camino abocado irremediabilmente hacia la aparición de actitudes y comportamientos de resistencia ante tales transformaciones. Se toma como marco conceptual de referencia el modelo clásico de gestión del cambio llamado Modelo de los Tres Pasos propuesto por Lewin (1951). Observando que la resistencia ocurre tanto a nivel individual como organizacional, es posible conceptualizar la resistencia al cambio en dos vertientes: las resistencias ligadas a la personalidad de los individuos y las ligadas a la organización (García-Cabrera et al, 20011). La intensidad de las resistencias individuales ante el cambio se fundamenta sobre las reflexiones que el individuo realiza y que le provocan emociones hacia dicho cambio concediéndole a actuar en consecuencia.

Esta investigación centró el foco en el estudio de las resistencias organizacionales sobre la hipótesis de que éstas, suponen una de las mayores barreras para la transformación digital. La resistencia al cambio ligada a causas organizacionales deriva de desajustes entre la cultura que se pretende conseguir y la cultura real que se ejerce. "La clave para conseguirla es la transformación cultural con el fin de convertirse en una organización ágil". (Valderrama, 2019) En este contexto, adquieren especial relevancia los conceptos de compromiso emocional, acuñado por Valderrama y quien señala que es cuatro veces más valioso que el compromiso racional para incrementar los niveles de esfuerzo de los empleados". El compromiso emocional está fuertemente vinculado al grado de participación de las personas. De hecho, se considera uno de los valores culturales organizacionales más importantes. La participación favorece el *engagement*, y por tanto, la creación de fuertes vínculos de los/as trabajadores/as con las organizaciones, tal y como se

afirma en Digital transformation and its implications on organizational behavior, “Participation and involvement give the possibility to actively engage, modify and assume accountability”.¹³[La participación y la implicación brindan la posibilidad de participar activamente, modificar y asumir la responsabilidad.] (Delgado, 2020).

2. OBJETIVOS

2.1. OBJETIVO PRINCIPAL

Esta investigación se desarrolló durante el año 2019 y se centra en identificar las resistencias que manifiestan los individuos, a través del análisis de comportamientos y emociones grupales en un nuevo contexto de cultura del trabajo, basado en la participación de los/as trabajadores/as para la resolución de un reto.

El objetivo principal de esta investigación es contribuir a la discusión sobre el papel de la participación en un proceso de cambio de cultura organizacional. Adicionalmente, pretende, sobre la base de un caso práctico, conceptualizar respecto a los desafíos que enfrentan las organizaciones para estimular y entrenar dicha competencia, analizando frenos y barreras.

2.2. OBJETIVO SECUNDARIO

El Ente corporativo es desde donde se prestan los servicios a todas las empresas del grupo EITB. Lo conforman aproximadamente 70 personas, de las cuales 20 son de dirección. Se enfrentaban a la necesidad de redefinir los puestos de trabajo, que se habían quedado obsoletos. Se deseaba afrontar el proyecto desde un enfoque participativo, alineándose con los objetivos del Plan Estratégico 2017/2020 de la corporación. Debido a diferentes causas asociadas a la historia evolutiva de la organización, el clima laboral estaba tensionado. Las personas estaban instaladas en el desánimo y el victimismo y existía una falta evidente de confianza en el equipo de dirección.

Como beneficio directo se pretendía, partiendo de la actualización de la descripción de puestos que se obtuviese, diseñar una hoja de ruta

¹³ Traducido por los autores.

profesional, que permitiera diseñar un mapa de trayectoria para perfilar el desarrollo integral de la carrera profesional.

El clima de desconfianza existente hacia el equipo de dirección propició la intervención de un agente externo en el proceso, con el propósito de generar la confianza suficiente para garantizar el éxito del proyecto.

3. METODOLOGÍA

Se trata de una metodología basada en la participación, que nos facilita, vía observación, la identificación de las claves del clima emocional y su proyección en términos de participación en la organización.

El primer elemento definitorio es que se trata de un proceso. El segundo elemento importante por reseñar es el adjetivo participativo, que supone que diferentes personas toman parte, se implican, debaten y proponen. Es decir, que con el término “proceso participativo” aludimos a una suma de momentos y acciones participativas (entrevistas, dinámicas de grupo, reuniones, exposiciones informativas, foros o grupos de trabajo especializados, grupos de contraste, entre otros) relacionadas con la participación de diferentes personas para aportar diferentes perspectivas o visiones en relación a un tema o un problema sobre el que se quiere tomar una decisión.

La metodología participativa con la que se desarrolló el proyecto llevó a invertir el orden tradicional de desarrollo del proceso de análisis y descripción de puestos de trabajo. Habitualmente, se procede a entrevistar a los/as ocupantes de los puestos objeto de análisis y, posteriormente, se valida la información recogida con su inmediato superior. En este caso, invertimos el sentido del proceso. Se utiliza una metodología cualitativa reforzada con el análisis de fuentes secundarias.

3.1. HOJA DE RUTA

La primera fase, o fase de empatía, contemplaba dos propósitos. Por una parte, se trata de una fase de entendimiento y contextualización, facilitando fundamentalmente la obtención de dos tipos de información muy útil para las etapas posteriores. Por otra parte, información técnica útil para diseñar el contexto de trabajo de la segunda fase e información sobre la percepción y emociones sobre el propio proceso participativo, ya que se persiguió obtener un conocimiento profundo de aquello que importa y preocupa realmente a las personas participantes. Adicionalmente, se pretendía obtener información sobre la situación actual y

evolución previsible de la Organización y sobre la situación actual y evolución previsible de las distintas áreas que constituyen la organización. Todo ello para obtener un prototipo básico o borrador de la descripción de puestos, como documento provisional, sujeto al contraste y retroalimentación durante posterior fase participativa grupal.

La hoja de ruta del proceso de investigación se representa en la siguiente imagen:

Figura 1:



Fuente: Elaboración propia

Las entrevistas en profundidad, planteadas desde una perspectiva exploratoria, se llevaron a cabo entre el 8/04/2019 hasta el 25/04/2019, ambos inclusive. La selección de la muestra atiende a criterios de antigüedad en la empresa, antigüedad en el puesto, género, área o departamento y ámbito de responsabilidad.

La segunda fase, era una etapa de definición de la realidad objeto de estudio, concretamente, el marco de puestos de trabajo existentes. Para trabajar con información fiable sobre la situación actual y evolución previsible de la Organización (y del sector en el que se sitúa) a corto y medio plazo: fortalezas y áreas de mejora, oportunidades y amenazas del entorno, planes estratégicos, proyectos de cambio y sobre la situación actual y evolución previsible de las distintas áreas que constituyen la Organización: objetivos, procedimientos clave, coordinación interna,

interdependencia con otras áreas, cambios previstos, perfiles actuales de los puestos, adecuación persona – puesto (desviaciones entre competencias requeridas y reales), objetivos de profesionalización.

El resultado esperado era una visión global, tanto de la realidad presente como de la proyección futura de la organización a fin de dotar a la herramienta de la viveza suficiente para afrontar modificaciones organizativas, de procesos y tecnológicas, por una parte y por otra, es obtener una fotografía de cada área, describiendo objetivos, procesos clave, puestos de trabajo y personas.

Para su recopilación se acudió a fuentes secundarias, donde se revisaron de manera rigurosa y sistemática la información y los documentos e instrumentos de gestión relacionados con dichos puestos y su contexto. Con ello, se pretendía obtener un mayor conocimiento sobre su ubicación, funciones y requisitos establecidos que van a ser materia de revisión y/o actualización. Se utilizaron fuentes primarias, donde se eligió herramienta la entrevista individual semiestructurada. Se ha optó por este instrumento para la recogida de información por ser un método personalizado que proporciona mayor riqueza informativa, permite la interacción directa, lo que facilitaba la eliminación de posibles reticencias, proporcionaba una mejor comprensión del puesto y facilitaba el examen y aclaración de sectores vagos o complejos de trabajo que no podían ser comunicados con facilidad mediante otras vías.

La confección de los dos guiones de las entrevistas semiestructuradas se realizó a través de una revisión de varios modelos, teniendo en cuenta su adaptación a la organización objeto de este proyecto. Se siguió una secuencia temporal en la realización de las entrevistas por bloques y descendente, comenzando con los máximos responsables del grupo EITB, y siguiendo, por áreas, primero con las direcciones y posteriormente con las jefaturas, para ir reduciendo sistemáticamente el nivel de análisis de lo general a lo particular. Para la recogida de información se realizaron 28 entrevistas en profundidad con informantes clave seleccionados en base a su conocimiento experto sobre la Organización y/o Área.

La fase final era una etapa de contraste o testeo y con ella se abría ante todos/as los/as trabajadores el proceso participativo.

3.1.1. El proceso participativo grupal

Se plantearon cuatro jornadas de trabajo. El propósito de la primera jornada era trabajar sobre los “Objetivos y funciones de los puestos de trabajo”. Se celebró el día 12/06/2019 y se tomó como punto de partida las descripciones de puestos elaboradas en la primera fase a través de las entrevistas individuales. Se esperaba obtener una descripción validada por las personas participantes de los objetivos y de las funciones de cada puesto de trabajo y que las personas se familiarizaran con las dinámicas participativas. La metodología utilizada fue de trabajo individual combinado con trabajo en grupo, con una duración de 90 minutos.

La segunda jornada versó sobre “Aptitudes profesionales y competencias esenciales”, se celebró el 17/06/2019 y se trataba de una sesión centrada en reflexionar sobre las aptitudes profesionales y competencias organizacionales, vinculadas a cada puesto de trabajo. El resultado esperado era obtener una descripción validada por las personas participantes de las aptitudes profesionales y competencias organizacionales de cada puesto de trabajo. La dinámica empleada fue el trabajo individual combinado con trabajo en grupo, con una duración de 80 minutos.

La tercera jornada centrada en trabajar sobre las “Competencias técnicas y marco de relaciones” se desarrolló el día 24/06/2019, tomando como punto de partida las descripciones de puestos obtenidas en la jornada anterior junto con las competencias organizacionales, la sesión se centró en identificar las principales competencias técnicas de los puestos de trabajo, así como los comportamientos vinculados. Se volvió a trabajar sobre las aptitudes profesionales para mejorar la comprensión de éstas y que los/as propios participantes afinaran los niveles o grados que cada competencia requiere para su desarrollo. El resultado esperado era obtener una identificación clara de las 7 competencias técnicas más relevantes y los comportamientos que las definen. La dinámica empleada fue la misma que en las jornadas anteriores con una duración de 80 minutos.

La cuarta jornada centrada en la “Denominación y balance del proceso participativo”, se celebró el día 27/06/2019. En aquel momento las

personas participantes disponían de los prototipos definitivos para incorporar sobre ellos las últimas aportaciones y/o correcciones. El propósito de la dinámica era dar con denominaciones adecuadas para cada puesto y recoger un balance del proceso participativo. El resultado esperado era obtener diferentes términos que se considerasen esenciales a la hora de denominar los puestos de trabajo, dado que la identificación de los nombres se hace casi inviable en unos pocos minutos. Se esperaba obtener una reflexión y balance sobre el “antes”, “durante” y “después” del proceso en el que habían participado. La metodología fue de trabajo en grupo con una duración de 60 minutos.

Finalmente, el proceso de contraste (técnico y organizacional) se definió como instrumento metodológico clave en el éxito del proyecto. El proceso participativo precisó a lo largo de todo su recorrido, de un necesario contraste técnico para evitar los esperables gaps derivados fundamentalmente de, por un aparte, la distorsión natural que cada persona tiene sobre su propia realidad laboral y por otra, de la falta de conocimiento técnico de las personas participantes. Asimismo, era necesario incorporar una visión global a las aportaciones obtenidas en las dinámicas, acometiendo sesiones de contraste técnico y organizacional tras cada dinámica grupal. Con ello, se ha evitado omitir o realizar una deficiente interpretación de la información recogida a lo largo del proceso participativo, que pudiera afectar a las descripciones de puestos realizadas.

3.2. EVALUACIÓN Y SEGUIMIENTO

Este proyecto incorporaba un proceso de seguimiento y evaluación encaminado principalmente a obtener información sobre el aprendizaje en la gestión de procesos participativos futuros en la organización. El seguimiento y evaluación no se concibió como un momento cumbre que validaba o invalidaba el proceso, sino como una oportunidad permanente de mejora. Y es que el proceso de evaluación comenzó desde el momento que los objetivos y el objeto del proceso fueron definidos. Por tanto, se evaluó el proceso.

Este modelo implicó mantener constantemente abiertos canales de recogida de información, análisis y deliberación en los espacios

participativos que se establecieron, y que permitieron reorientar el proceso según los resultados que se fueron obteniendo. El modelo de evaluación que se planteó se concentraba en contar con canales de información y calidad de la información facilitada sobre el proceso (aquí se valoró la pertinencia del proceso y de las fuentes de información y calidad de la información compartida); el diseño y planificación del proceso participativo (aquí se evaluó la calidad del diseño del proceso participativo); el liderazgo, de los/as participantes (alcance y selección) y las metodologías de participación (aquí se recogieron aspectos sobre el grado de comprensión de la tarea, dificultades con las que se abordó, valor de los resultados, entre otros); la calidad de la fase de ejecución, que contempló la evaluación del despliegue (se buscaba conocer si se estaba ejecutando lo planificado, en qué medida existían mecanismos de ajuste/adaptación ante la evolución del proceso, y en valorar cuestiones relativas a la calidad de su desarrollo); los impactos obtenidos, para medir qué efectos estaba teniendo el proceso en la totalidad de quienes participaban en él (si se estaban logrando los objetivos con los que se inició el proceso y los efectos en la organización en su conjunto).

4. RESULTADOS

Los principales resultados que arrojó la primera fase se representan en la imagen inmediatamente inferior. Se recogió una falta de confianza manifiesta que viene fundamentada en experiencias pasadas y se refuerza con una falta de información formal, frente a abundante información “informal” que provoca muchos “ruidos” internos. La falta de información giraba en torno al origen y necesidad del proyecto participativo y en conocer el marco general en el que éste se ubicaba.

Figura 2: Fuente: Elaboración propia



Contar con canales de información formal numerosos y fluidos identificando los liderazgos ocultos o líderes latentes de la organización, facilita la fluidez de un proceso participativo en organizaciones sin antecedentes culturales de participación, permitiendo aflorar potenciales no visibles y otorgando al resultado del proyecto dotes de solidez, ya que el proceso participativo actúa como instrumento legitimador de los resultados.

Figura 3: Fuente: Elaboración propia



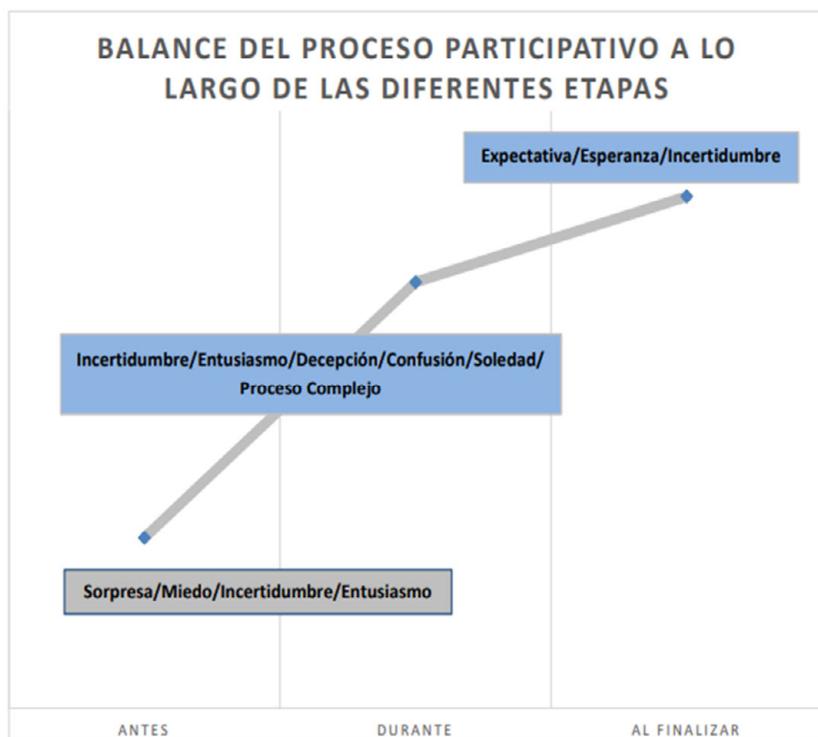
Tras la tercera fase, o fase de prototipado, como resultado del tratamiento y análisis de la información se obtiene una relación de 7 descripciones de puestos de trabajo. Durante esta etapa fue necesario racionalizar la terminología utilizada por las personas, con el fin de adecuarlas a las características formales que debe poseer una descripción de funciones; ampliar o desarrollar la descripción de aquellas funciones que lo requieran; identificar las funciones concretas en las que se descomponen los diferentes puestos de trabajo y estandarizar la terminología utilizada por diferentes personas, para describir funciones de un mismo puesto de trabajo. El resultado tras los sucesivos contrastes fue un “prototipo básico o borrador de la descripción de puestos”, porque se trata de un documento provisional, sujeta al contraste y retroalimentación durante las dinámicas de trabajo en grupo que se afrontó posteriormente.

Respecto a la última fase, las cuatro jornadas fueron celebradas durante el mes de junio de 2019, los días 12,17,24 y 27. La participación media por jornada fue de 35 personas, considerándose un grado óptimo de participación por no sufrir grandes fluctuaciones durante el proceso.

La devolución de las aportaciones es un elemento tan clave como el acceso: quienes participan deben saber qué ha ocurrido con su aportación, si ha sido incorporada o rechazada, y los motivos para ello. Desde EITB se crea un espacio virtual común donde periódicamente se publican las guías utilizadas durante cada jornada, las imágenes de “los constructos” obtenidos en cada jornada y los informes que progresivamente se van generando, así como, finalmente, la descripción final de puestos obtenida tras el proceso.

Las personas participantes han sentido sorpresa, incertidumbre y temor ante el anuncio del inicio de un proyecto participativo antes no conocido en el Ente. Son los menos los que manifiestan un entusiasmo “contenido”.

Figura 4



Fuente: Elaboración propia

Durante el proceso participativo se combinan percepciones de confusión, incertidumbre, complejidad y una sensación “de no saber” lo que se está haciendo. Al finalizar el proceso participativo, se presenta la incertidumbre (que aparece a lo largo de todas las etapas) y afloran sensaciones más positivas de esperanza y expectativa ante el uso que se hará del resultado.

Respecto al análisis de contenidos sobre el resultado de la última dinámica, obtenemos que el “corazón” del balance está formado por una mezcla de esperanza, satisfacción por colaborar y hacer cosas juntos. Sin embargo, la incertidumbre acompaña a la esencia del resultado final, que deriva hacia una situación de “espera”. Son sólo unos pocos quienes expresan un balance negativo o decepcionante sobre el proceso participativo vivido.

Figura 5: Balance del proceso participativo



Fuente: Elaboración propia

5. DISCUSIÓN

El principal espacio de discusión que se genera pone el foco en el rol del proceso participativo. ¿Es la participación una competencia organizacional que se aprende? ¿O más bien se trata del resultado natural de un estado emocional de la organización? Si la respuesta a esta última pregunta es positiva, entonces ¿se debe poner el foco en modificar la credibilidad y confianza que los líderes generan sobre las personas que lideran, para asegurar el éxito de cualquier proceso participativo?

6. CONCLUSIONES

La principal aportación de esta investigación se relaciona con el impacto que tiene sobre el clima emocional el inicio de un proceso participativo. La participación no es un objetivo en sí mismo, sino un instrumento para lograr un mayor engagement que permita incrementar el compromiso emocional de las personas con su trabajo y con su

organización. Sin embargo, un proceso participativo, para ser exitoso, precisa de un caldo de cultivo previo basado en la generación de confianza y credibilidad. Sin esta condición previa, las barreras y obstáculos que surgen frenan no solo el ritmo del proceso, sino su productividad.

La principal conclusión que obtenemos tras este estudio se centra en el hecho de que un proceso participativo que se ha iniciado con fuertes reticencias y su abordaje ha tenido que sortear numerosas aristas, finaliza con un giro (o cambio de tendencia) de la percepción de los/as participantes hacia su organización, dirigiéndose hacia cierto sentimiento de confianza con su organización y sus líderes. William Khan (1990) acuñó el concepto de engagement para expresar el compromiso emocional de las personas con su trabajo, el modo en que ponen energía y dan lo mejor de sí mismos. Si bien es cierto que se trata de un proyecto reducido en número e intensidad, y que no se han logrado eliminar barreras importantes, como la incertidumbre o la desconfianza, es destacable el giro positivo que han sufrido las emociones que acompañan a las personas participantes al finalizar el proceso. Se podría hablar de un cambio de tendencia, sobre el que seguir trabajando para afianzarlo. Alineado con las tesis de Valderrama, “Las organizaciones ágiles generan climas positivos que permiten que los profesionales se comprometan y su talento fluya para contribuir a maximizar los resultados”. (Valderrama, 2019), es importante prestar atención al clima emocional de la organización, ya que determinará el grado de implicación y cooperación de las personas, fundamental para el desarrollo de cualquier reto en el que la clave sean las personas.

7. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

Nuestro más sincero agradecimiento al grupo EITB y los/as profesionales que lo integran, por facilitar su experiencia como soporte de esta publicación.

8. REFERENCIAS

- Alles, M. (2007). Dirección estratégica de recursos humanos: Gestión por competencias. Buenos Aires: Garnica.
- Bauman, Z. (2015). Modernidad líquida. Fondo de cultura económica.
- Bustamante, E. (2013). Historia de la radio y la televisión en España (Vol. 47). Editorial Gedisa.
- Davies, A., Fidler, D., & Gorbis, M. (2011). Future work skills 2020. Institute for the Future for University of Phoenix Research Institute, 540.
- Delgado, T. (2020), Taxonomía de transformación digital. <https://orcid.org/0000-0002-4323-9674> UNIÓN DE INFORMÁTICOS DE CUBA Recibido: 2020-02-24 • Aceptado: 2020-03-30
- Echeverría Samanes, B., & Martínez Clares, P. (2018). Revolución 4.0, competencias, educación y orientación. Revista digital de investigación en docencia universitaria, 12(2), 4-34.
- Foerster-Metz, U. S., Marquardt, K., Golowko, N., Kompalla, A., & Hell, C. (2018). Digital transformation and its implications on organizational behavior. Journal of EU Research in Business, 2018(S 3).
- García-Cabrera, A. M., Álamo-Vera, F. R., & Hernández, F. G. B. (2011). Antecedentes de la resistencia al cambio: factores individuales y contextuales. Cuadernos de Economía y Dirección de la Empresa, 14(4), 231-246.
- Kanter, R. M. (2001). Evolve! Succeeding in the digital culture of tomorrow. Harvard Business School Press.
- Koehorst, M. M., van Deursen, A. J., van Dijk, J. A., & De Haan, J. (2019). Exploring the Creative Industries: Toward a Classification by Process and Job Functions. Journal of Innovation Management, 7(3), 69-95.
- Lepeley, M.T., Beutell, N.J., Abarca, N., Majluf, N. (2021). Soft Skills for Human Centered Management and Global Sustainability (3-22).
- Lewin, Kurt (1951), Field theory in social science, Londres, Tavistock Publications
- Loshkareva, Luksha, Ninenko, Smagin & Sudakov, 2018, pp. 53-54
- Ochoa, O. L. (2016). Cultura digital: construyendo nuevos comportamientos y hábitos en la organización para maximizar el potencial de la tecnología digital. Boletín de Estudios Económicos, 71(217), 71. Vol. LXXI - N.º 217 - Abril 2016, (71-83)

- Pluzhnikova, N. (2021). Digital society and humans with soft skills. *Espacios*. 42. 57-63. 10.48082/espacios-a21v42n15p05.
- Saavedra Llamas, M.;Grijalba de la Calle, N.; Pedrero Esteban, L. M. (2018). Hacia una redefinición de las competencias y perfiles.
- Valderrama, B. (2019). Transformación digital y organizaciones ágiles. *ARANDU UTIC*, 6 (1), 15-50.
- Van Laar, E., van Deursen, A. J., van Dijk, J. A., & de Haan, J. (2019). Determinants of 21st-century digital skills: A large-scale survey among working professionals. *Computers in human behavior*, 100, 93-104.

ASPECTOS RELEVANTES DE LA APLICACIÓN DE LAS TICS EN LA GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO EN SU APLICACIÓN A PROCESOS HOSPITALARIOS Y CARDIOLÓGICOS

BATALLER ALONSO, ERNESTO

Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir

ESTELLES-MIGUEL, SOFÍA

Universitat Politècnica de València

1. INTRODUCCIÓN

Las organizaciones hospitalarias son centros de gestión del conocimiento científico y en ellas destaca su papel relevante en el alcance de objetivos basados en la efectividad de las enfermedades tratadas, así como en su eficiencia dado la gran importancia social y económica que tienen en cualquier economía.

El conocimiento es un activo intangible dentro de cualquier organización que debe ser tratado dado el gran valor que representa no solo a nivel de la propia organización sino también para la sociedad.

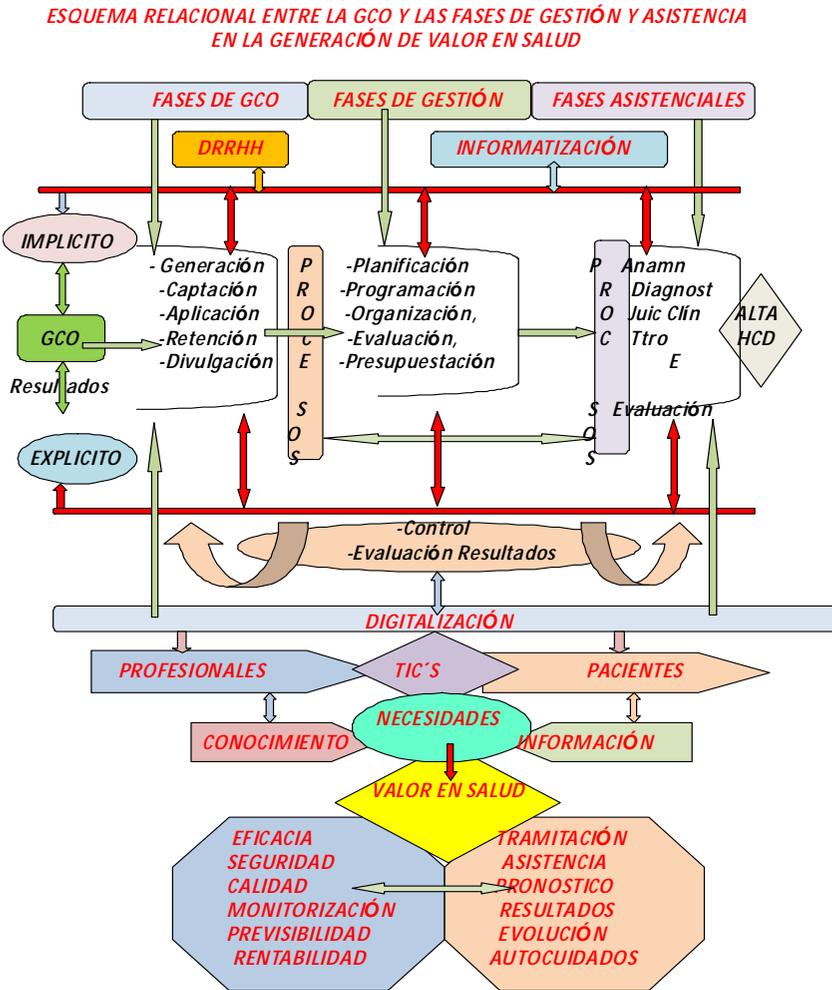
Los sistemas de información asistenciales y económicos son transmisores del conocimiento (CO) generado y adquirido y en su transmisión, y por tanto, de su gestión, generando valores intangibles en la organización tanto asistenciales como económicos que deben ser objeto de su consideración y valoración.

Estos sistemas hospitalarios facilitarán la determinación del valor de la inversión realizada en la gestión del conocimiento en el ámbito organizacional en aspectos tales como: prestigio, imagen, reputación y ética.

En las organizaciones hospitalarias los Recursos Humanos (RR. HH), constituyen una inversión que supone más del 60 % de su presupuesto

y, que debidamente gestionada con los diferentes conocimientos tanto implícitos como explícitos por la propia organización generaran valores intangibles internos y externos.

FIGURA 1. Esquema relacional entre la Gestión del Conocimiento y las Fases de Gestión y Asistencia en la Generación de Valor en salud.



Fuente: Elaboración Propia.

Fuente: Elaboración Propia.

2. OBJETIVOS

El objetivo principal de este trabajo es presentar en base a nuestra experiencia en gestión hospitalaria, así como según nuestro conocimiento teórico práctico de las organizaciones empresariales, como la implantación de las Tecnologías de la Comunicación e Información (TICs), pueden influir en la mejora de las competencias de los Recursos Humanos (RR.HH.) y como las mismas pueden suponer una redefinición de las relaciones de la organización con su entorno externo (relación con los ciudadanos y pacientes), así como en el entorno interno en lo relativo a la Cultura organizativa, diseño de puestos de trabajo y roles en las formas de desempeñar el trabajo por los mismos.

Visualizar de qué forma dichas tecnologías en su aplicación son generadoras de valor para la organización y en ella de los profesionales asistenciales en el ejercicio de la praxis asistencial.

Hay que destacar el papel relevante que la dirección de RR.HH. a través de su organización interna, debe desempeñar en las organizaciones en todas las fases de Gestión del Conocimiento. Pasando además de las funciones de administración (Contratación -Bolsa-, Seguros Sociales, Nóminas, Retenciones, Sanciones, etc.) a orientarse hacia una adecuada Dirección y Gestión de estos.

Determinar cuáles son las ventajas e inconvenientes del desarrollo e implantación de los Sistemas de Información Asistencial y Económicos junto al de las aplicaciones relacionadas con las Tecnologías de la Información y Comunicación en la organización hospitalaria.

3. METODOLOGÍA

Al efecto de realizar dicho trabajo en su aspecto teórico y empírico utilizaremos la siguiente metodología:

- Realización de una revisión bibliográfica de las publicaciones realizadas sobre la gestión del conocimiento a nivel hospitalario tanto públicos como privados, así como de otras organizaciones de tipo empresarial.

- Realizaremos una encuesta en cuyo diseño se contemplan aspectos organizativos, de cultura, de estilo de Dirección y de liderazgo que consideramos pueden ser determinantes de la Generación del Conocimiento en cualquier organización, para proceder a su concreción en lo relativo a su aplicación en el desempeño de la gestión clínica de los procesos asistenciales por los profesionales clínicos y enfermeros. Con la formulación de preguntas y subpreguntas como se detallan seguidamente, al efecto de la obtención de información directa de los gestores y directores de hospitales nacionales y de Europa, tanto públicos como privados, sobre los objetivos establecidos, para terminar analizando como los instrumentos de Cuadros de Mando y de Control de gestión pueden favorecer en la incorporación de mejoras sobre el desempeño que favorezcan la obtención de ventajas competitivas en términos de efectividad y de eficiencia.
- Las preguntas y subpreguntas totales de este cuestionario ascienden a 95, comprendiendo diferentes apartados en base al análisis perseguido:
 - a. Sobre las Características del Hospital Encuestado, se han realizado 4 preguntas principales y 4 Subpreguntas, es decir, un total de 8 preguntas.
 - b. Sobre Cultura Organizativa y Estilo de Dirección, se han realizado 4 preguntas principales.
 - c. Sobre el Estilo de Dirección; se han realizado 2 preguntas principales y 1 subpregunta, es decir, un total de 3 preguntas.
 - d. Sobre Gestión del Conocimiento y Gestión Clínica; se han realizado 13 preguntas principales con 1 subpregunta, es decir un total de 14 preguntas.
 - e. Sobre Gestión Clínica, se han realizado 18 preguntas principales con 18 subpreguntas, es decir, un total de 36 preguntas.
 - f. Sobre Control de Gestión y Cuadros de Mando; se han realizado 19 preguntas principales con 11 subpreguntas, es decir, un total de 30 Preguntas.

4. RESULTADOS

Del estudio realizado se puede extraer que la Generación del Conocimiento adquirido tanto tácito como explícito generará en su aplicación al proceso asistencial y en su proceso de rotación a través de la captación, creación, aplicación, retención y divulgación rentabilidades tanto desde el punto de vista económico como financiero en el proceso de Gestión de la Organización desde el aprovisionamiento, desempeño y facturación al sistema sanitario directa e indirectamente así como, de rentabilidades sociales y financieras de sostenibilidad.

La Inversión en Gestión del Conocimiento (IGCO) creará ventajas competitivas asistenciales, en eficiencia ahorro en reducción de actividades realizadas, en tiempos de su ejecución, en el desempeño a realizar de su gestión (planificación, organización, programación, control) previendo resultados en los procesos asistenciales, en términos cualitativos y cuantitativos, también de seguridad sobre posibles errores clínicos o de eventos adversos, infecciones nosocomiales exógenas, endógenas o intrahospitalarias, etc. Todos ellos afectando a la práctica asistencial y que pueden ser controlados en su realización o aparición, mediante la mejora y diseño retrospectivo y prospectivo de los procesos asistenciales desempeñados mediante la innovación basada en los avances científicos y clínicos en su evidencia, en las fases de su desempeño mediante la incorporación de nuevas pruebas diagnósticas y exploratorias, técnicas quirúrgicas e intervencionistas, procedimientos médico-quirúrgicos y rehabilitadores, nuevos tratamientos farmacológicos y utilización de nuevas tecnologías basadas en la evidencia científica de nuevas ramas del conocimiento científico como la biotecnología, biogenética, la medicina regenerativa, la robótica, la inteligencia artificial, cuyas aportaciones mediante la investigación y desarrollo favorecerán la creatividad y el progreso generando seguridad en el desempeño, en su calidad y menor invasividad, así como en reducción de tiempo, de sus costes y de efectividad.

Su aplicación sobre los procesos asistenciales y en particular los cardiológicos relacionados con la Cardiopatía Isquémica, Fibrosis auricular y, Síncope Cardíaco requerirán de la descripción de los Algoritmos de desempeño en sus diferentes fases asistenciales.

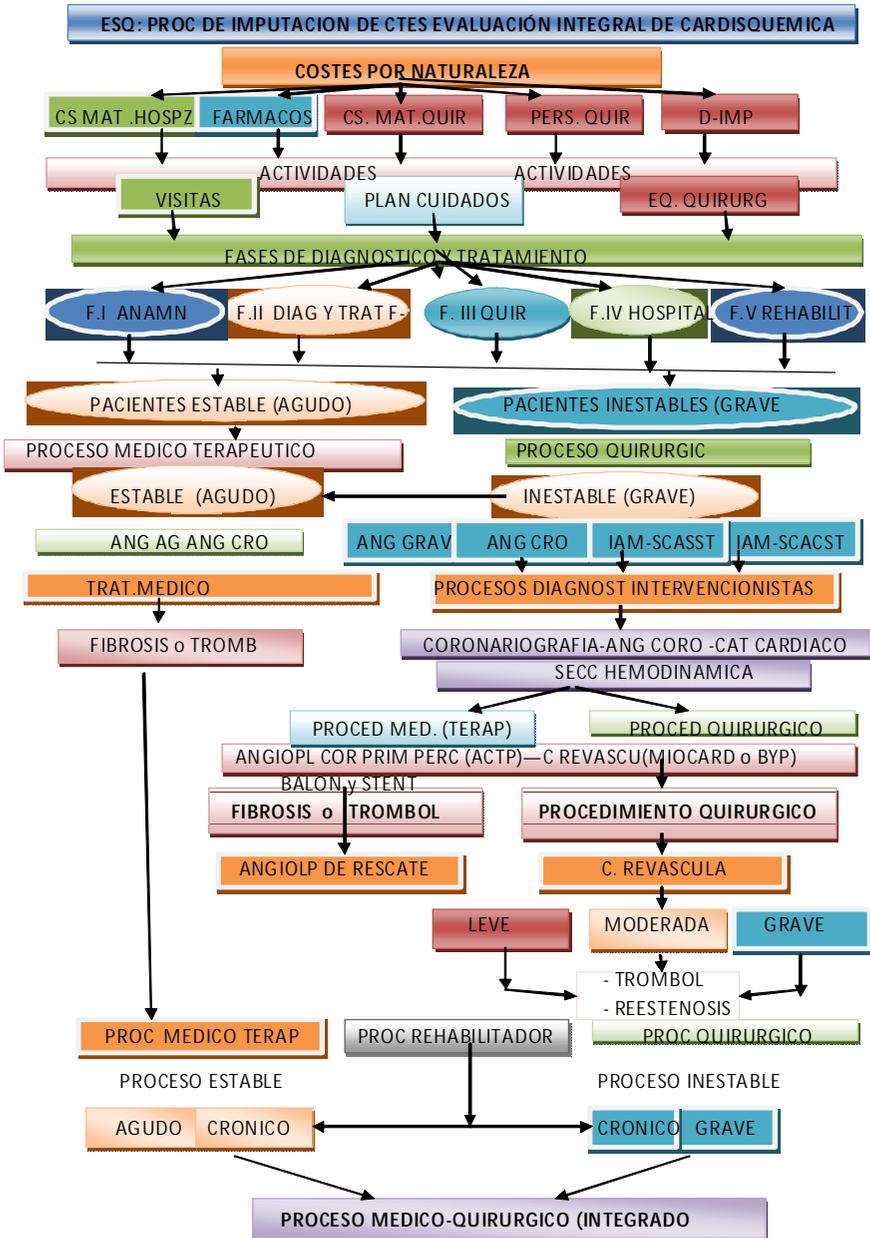
Un proceso asistencial consiste al igual que un proceso empresarial en una serie de pasos, actividades y tareas que se realizan para obtener el

resultado deseado en este caso la mejora o recuperación del estado de salud de los pacientes. Sin embargo, el proceso asistencial se diferencia porque no es un proceso cuyo output sea tangible, aunque en su desempeño al igual que en el proceso empresarial intervienen inputs tangibles (Suministros, Recursos Humanos y Factores Tecnológicos, Sociales y Humanos) todos ellos similares. Sin embargo, las fases del proceso asistencial sí que son las portadoras de dichos inputs, lo que afecta al proceso asistencial es su variabilidad, ya que el resultado del proceso se ve afectado, aunque tenga un mismo desempeño, por las condiciones del estado de salud y psíquico de los pacientes. De ahí la necesidad del desarrollo de Sistemas de Información que sean capaces de sintetizar los inputs y los resultados obtenidos para obtener una normalización del desempeño de estos de forma que pueda ser analizada. Por tanto, un proceso asistencial se centrara en cómo se debe hacer el trabajo (actividades) y en los flujos de desempeño dentro de la organización, al efecto de analizar el cumplimiento de las normas concretadas por los profesionales en base a la evidencia científica.

En la gestión del conocimiento los procesos son a su vez subprocesos estos permiten el desarrollo de soluciones relacionadas con el conocimiento siendo estas capaces de generar valor a la organización y en ella a sus RR.HH. El proceso en la gestión del conocimiento se orienta hacia la generación de valor para las organizaciones siendo este relevante para los hospitales generando valor a nivel individual y organizativo, pues incrementan, la reputación y prestigio de sus profesionales, satisfacción en el trabajo realizado, motivación por las buenas prácticas, la investigación, formación y aprendizaje, a nivel organizativo la imagen, así como el valor social, generando confianza, seguridad o protección, entre sus ciudadanos y entre los pacientes asistidos que favorecen en su conjunto la rentabilidad social y económica de la organización.

En el análisis de la gestión del conocimiento aplicada a la actividad asistencial, es decir a sus procesos es necesario suprimir todos aquellos aspectos de este que no resultan relevantes para la organización y en ella a sus activos. Es por ello por lo que, la representación gráfica de los procesos desempeñados tiene un papel relevante en los aspectos de mejora de resultados tanto organizativos, económicos y de eficacia, en el análisis de su desempeño, como se demuestra en la siguiente figura:

FIGURA 2. Esquema del proceso de imputación de costes evaluación integral de Cardisquemia.



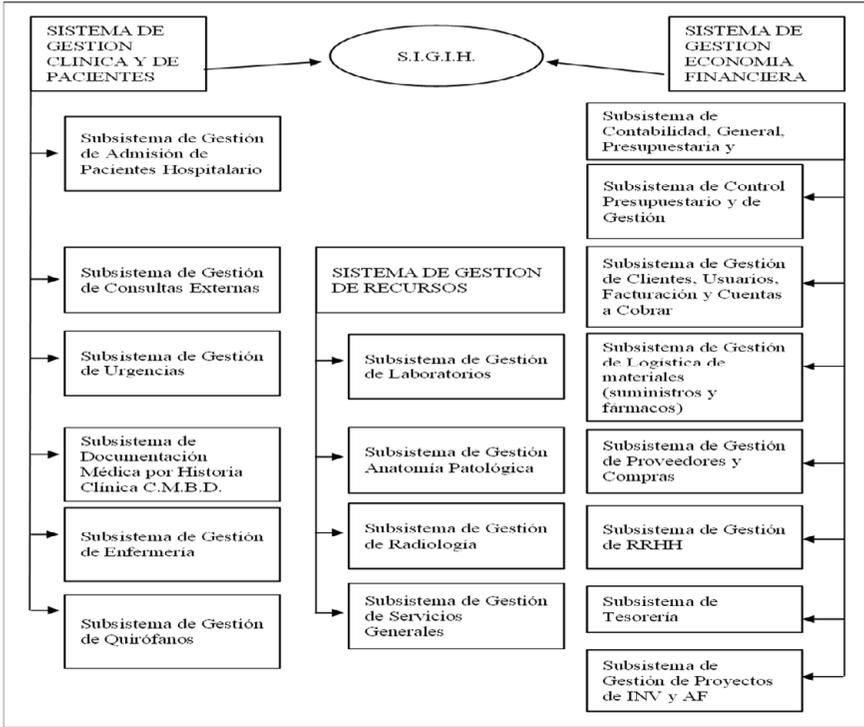
Fuente: Elaboración Propia.

En el caso de la organización hospitalaria, los procesos asistenciales dependerán de varios factores, como: los suministros, la tecnología, los RR.HH., la infraestructura que esté disponible para su utilización asistencial y en ellos de su gestión, en todas sus fases, Planificación, Programación, Organización y Control, siendo necesario su análisis en cuanto a su implicación en el desempeño de los procesos asistenciales.

Las Bases de Datos (BB.DD.) creadas por los sistemas de información asistenciales deben de ser explotadas en el análisis de los datos sobre las actividades que comprenden los procesos asistenciales así como, de la utilización de los factores anteriores, debiendo ser retenidos, por diversos sistemas informáticos siendo, capaces de procesar la información generadora de conocimiento respecto a los objetivos a alcanzar, de prevención, epidemiológicos, de salud, tanto desde el punto de vista retrospectivo y prospectivo, para generar la acumulación de nuevo conocimiento y facilitar la toma de decisiones. considerando que el CO Tácito + CO Implícito + CO Organizativo generará un CO acumulado que irradiará a toda la organización en su funcionamiento.

Los sistemas de información asistencial y las TICs facilitan el control y gestión de la calidad asistencial, cuando se integran dentro de un único Sistema de Información Integral Hospitalario (SIGIH), tanto intrínseca debida a la ejecución del proceso asistencial como la extrínseca la realizada por el seguimiento y control de los resultados obtenidos por la asistencia.

FIGURA 3. Esquema del Sistema de Información Integral Hospitalario.



Fuente: Elaboración Propia.

El **Sistema de Gestión Clínica y de Pacientes**, está constituido por los siguientes Subsistemas:

- Subsistema de Gestión de Admisión de Pacientes Hospitalizados, este permite la obtención de los datos administrativos y clínicos que suponen la entrada dentro de la organización hospitalaria, datos sobre su identidad, afiliación, motivo de asistencia, si es urgente, programada, si requiere asistencia médica o quirúrgica, hospitalaria, ambulatoria, urgente.
- Subsistema de Gestión de Consultas Externas, generalmente de forma programada, facilita la asistencia médica, este además incorporara el motivo de la consulta, si es médica o de la realización de técnicas de tipo ambulatorio.

- -Subsistema de Gestión de Urgencias, es el contacto más inmediato del paciente que requiere asistencia médica o quirúrgica, mide su actividad por asistencias y por ingresos considerados como urgentes, en su área se realizan también exploraciones de tipo diagnóstico, recogiendo los motivos clínicos de su recurrencia y, puede derivar pacientes a su asistencia ambulatoria o de hospitalización o fuera del ámbito hospitalario como es la atención primaria.
- Subsistema de Documentación Medica por la Historia Clínica y el CMBD (Conjunto Mínimo Básico de Datos), este Subsistema recoge los datos de los demás Subsistemas dentro del Sistema de Gestión Clínica y de Pacientes, el núcleo central es la Historia Clínica, donde se recoge toda la información asistencial de los pacientes, recogiendo los diferentes documentos (Episodios), derivados de cada uno de los subsistemas detallados (Consulta Externas, Urgencias, Hospitalización, Quirúrgico, de Enfermería y, del Sistema de Gestión de Recursos así como, del Subsistema de Gestión de Admisión de Pacientes Hospitalizados en lo relativo a los datos administrativos y clínicos iniciales de entrada de los pacientes en el hospital. Es el campo de actuación de los médicos documentalistas, los cuales procesaran los datos que figuran en dichos episodios para la clasificación de las patologías mediante los Sistemas de Clasificación de Pacientes, partiendo de la ICD-10-Cm (Clasificación Internacional de Enfermedades) 10.^a revisión clínica modificada acompañada de la clasificación de procedimientos, en la que se selecciona un diagnóstico existente en la misma como clasificación de referencia para la codificación clínica y registro de la morbilidad, codificación de afecciones, que exige que la afección sea secuenciada en primer lugar, seguida de la manifestación, asociando un código a la etiología, como secuencia., basándose en el modelo de datos del CMBD (Conjunto Mínimo Básico de Datos) estatal para las diferentes modalidades de atención sanitaria especializada

que permite la codificación de los diagnósticos y su clasificación.

La historia clínica electrónica (HCE) registra los datos recabados para el diagnóstico del paciente, así como las opiniones de los diferentes facultativos y técnicos sanitarios que le han atendido, incorporando información tanto cualitativa como cuantitativa.

La historia clínica electrónica facilita la compartición de información y conocimiento entre los centros integrantes dentro de una misma área o departamento asistencial atención primaria y los de atención especializada, así como de otro ámbito territorial como el nacional o internacional, sobre la salud de los pacientes y tratamiento de sus enfermedades recogerá la continuidad y trazabilidad de los tratamientos recibidos por los diferentes profesionales asistenciales (Pelegrín, 2020).

Así mismo, la historia clínica forma parte de la historia de salud de los ciudadanos al estar interconectada con otros sistemas de información que recogen datos e información de acontecimientos en la salud de los ciudadanos como:

- Bases de datos procedentes de la tarjeta sanitaria.
- Sistemas clínicos departamentales, que recogen la información sobre la trazabilidad de los pacientes en los mismos desde atención primaria a la especializada o de otros departamentos y centros sean estos públicos o privados tanto sobre la atención clínica como farmacológica (ej. receta electrónica).
- Programas de promoción para la salud y de prevención de la enfermedad.
- Programas sobre contingencias de salud laboral.
- Prestaciones sanitarias complementarias como material ortoprotésico y rehabilitador, etc.

Hay que hacer compatible la información de la sanidad pública con la de la privada en beneficio de la salud de los pacientes. Algo más complicado es el intercambio de información entre sistemas sanitarios de diferentes autonomías.

La historia clínica facilita el análisis retrospectivo del manejo clínico del paciente por los profesionales asistenciales de ella parte la obtención de información a partir de los datos que incluye, y tras un proceso de Selección, Sintetización, Estructuración, Procesamiento y Análisis permite la obtención de información elemento clave para el ejercicio profesional del personal asistencial, tanto desde el punto de vista clínico como científico, siendo un instrumento de retención y generación de conocimiento pues favorece la formación, aprendizaje y labor investigadora y docente.

Así mismo, favorece al análisis prospectivo mediante la simulación de datos y la utilización de algoritmos de decisión que permiten la aplicación de la Inteligencia Artificial como herramienta de apoyo a la toma de decisiones.

Se puede definir como un documento donde se centralizan los datos, la información y el conocimiento que procede tanto de la práctica clínica relativa a un enfermo y donde se resumen todos los procesos a que ha sido sometido, como desde el punto de vista científico ya que recoge en su documentación los procesos de investigación a través de ensayos clínicos realizados sobre una determinada patología.

- **Subsistema de Gestión de Enfermería**, en él se reflejan todas las actividades que el personal de enfermería realiza durante los procesos asistenciales que comprenden sus actividades bien sean médicos o quirúrgicos en los diferentes ámbitos en los que se desempeña la actividad asistencial, bien ambulatoria, de hospitalización, quirúrgica o urgente. Relacionadas con administración de fármacos, control de constantes y de su monitorización, toma de muestras, seguimiento de pautas clínicas y de su registro en programas de seguimiento enfermero, así mismo, la identificación del diagnóstico enfermero en base a los cuidados requeridos por los pacientes, mediante los

sistemas de clasificación, como la Nanda-1, o de las Clasificaciones de Resultados de Enfermería NOC y Clasificación de Intervenciones de Enfermería NIC, que serán utilizadas también por el Subsistema de Documentación Médica por la Historia Clínica y el CMBD (Conjunto Mínimo Básico de Datos), en este Subsistema se puede contemplar la incorporación de la Historia Clínica de Enfermería, que estaría integrada por los Episodios siguientes:

1. Valoración de Enfermería al ingreso,
2. Valoración y Prevención de Úlceras por Presión,
3. Plan de Cuidados,
4. Gráfica de Constantes,
5. Balance Hídrico,
6. Evolución y Observaciones de Enfermería,
7. Administración de Medicación,
8. Control de Pruebas,
9. Informe de Enfermería al Alta.

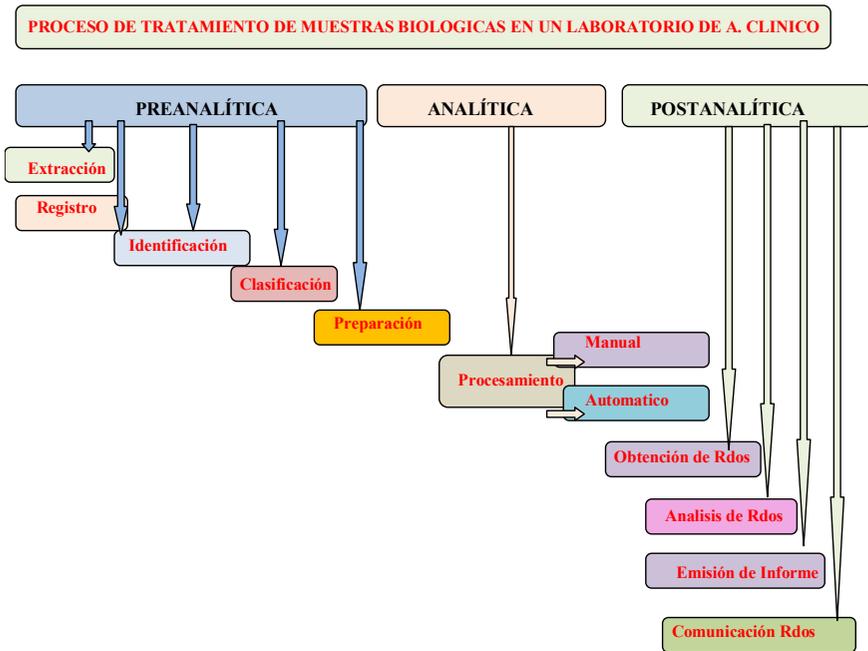
En los cuales se reflejarían las diferentes actividades realizadas en el proceso asistencial de su competencia:

- **Subsistema de Gestión de Quirófanos**, que recoge todos los datos de los pacientes que son intervenidos, como motivo de la intervención, diagnóstico quirúrgico, tipo de anestesia, eventos durante el proceso quirúrgico o intervencionista.
- **Sistema de Gestión de Recursos**, este sistema tiene su importancia en las fases del proceso asistencial de Anamnesis y de Diagnóstico donde los clínicos precisan el diagnóstico inicial que tras su confirmación determina el Juicio Clínico de los mismos de forma más precisa.
- **Subsistema de Gestión de Laboratorios**, en este subsistema se registran los resultados obtenidos de las pruebas diagnósticas de las diferentes secciones que comprende un laboratorio, Inmunología, Hematología y Hemostasia, Microbiología, Bioquímica Clínica, Serología, Hormonas, Enzimas, Proteínas,

etc, comprende procesos internos tanto manuales como automatizados, en la obtención de resultados analíticos, para la confirmación del diagnóstico definitivo que comprenden los siguientes Subprocesos:

1. Fase Preanalítica que comprende las siguientes actividades:
 - a. **Extracción o depósito**, obtención de la misma.
 - b. **Registro**, con un fecha y código, datos del paciente en software.
 - c. **Identificación**, etiquetado, etc.
 - d. **Clasificación**, muestra de sangre, orina, etc.
 - e. **Preparación**, para el envío a la sección correspondiente de analizado, envases, embalajes, congelación, etc.
2. **Fase Analítica** que comprende las siguientes actividades:
 - f. **Procesamiento**, este podrá ser bien manual o automatizado.
 - g. **Obtención de Datos**, bien manualmente tratados o de forma automatizada de las determinaciones o parámetros analíticos.
3. **Fase Post-analítica** que comprende las siguientes actividades:
 - a. **Análisis de Resultados**, implica la revisión por los técnicos de laboratorio y personal responsable, acerca de si se han procesado y obtenido bien los datos del procesamiento, así como el cumplimiento de las normas de calidad, seguridad y confidencialidad.
 - b. **Emisión del informe**, es la obtención de la hoja de resultados, con precisión de las determinaciones y valores obtenidos. Esta hoja figurara en la Historia Clínica Electrónica de forma digitalizado.
 - c. **Comunicación de Resultados**; Supone la remisión del documento de resultados en formato papel o electrónicamente a los clínicos que lo han solicitado.

FIGURA 4. Esquema del Proceso de Tratamiento de muestras biológicas en un laboratorio de Análisis Clínico

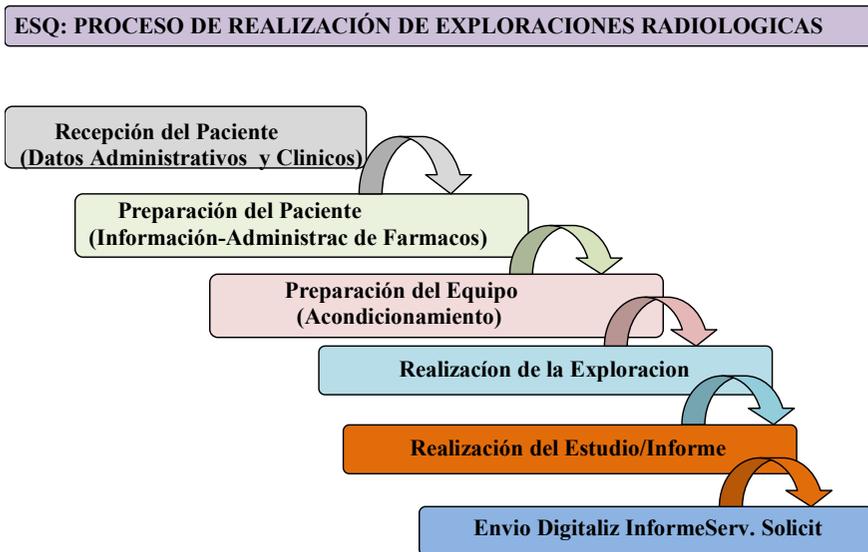


Fuente: Elaboración Propia.

- **Subsistema de Gestión de Anatomía Patológica,** Este recoge los análisis anatómo-patológicos demandados por los servicios que solicitan la realización de biopsias y citologías, comprende los siguientes subprocesos y actividades:
 1. **Subsistema de Gestión de Radiología,** subsistema que facilita la obtención de imágenes de estructuras orgánicas internas, para realizar diagnósticos seguros sobre las patologías asistidas, e incluso realizar procedimientos invasivos, como la colocación de catéteres de drenaje o la toma de biopsias, **se utilizan sistemas digitales,** que permiten guardar las imágenes en formato electrónico, archivarlas (en un sistema llamado PACS), enviarlas a las unidades solicitantes en sus monitores de trabajo junto a los informes o de su

envío a través de internet a otros profesionales en otros centros. Estas son realizadas a través de las unidades que configuran su organización interna, como: Radiología Convencional, Ecografías, Tomografía Computerizada, Resonancia Magnética y Radiología Intervencionista con procedimientos como Ultrasonidos, Mastografía, Fluoroscopia, Tomografía Helicoidal multicorte, Ortopantomografía, etc. En cada una de ellas se realizan procesos y subprocesos que de forma general se pueden representar en el siguiente esquema:

FIGURA 5. Esquema del Proceso de Realización de Exploraciones Radiológicas.



Fuente: Elaboración Propia.

- **Subsistema de Gestión de RR.HH.** este debe reflejar no solo los procedimientos administrativos de personal, de elaboración de nóminas, seguros sociales, retenciones, etc. Sino de aquellos que están relacionados con las estrategias de adquisición, generación, transmisión y retención del conocimiento organizativo, partiendo desde la adecuada selección de los RR.HH. basada en criterios objetivos, estrategias de motivación (incentivación, clima social,

organización, adecuación del puesto de trabajo, trabajo en equipo, etc), y de aprendizaje, formación, integración, tecnológica, etc.

- **Subsistema de Gestión de Servicios Generales**, este comprende procesos no asistenciales, pero de apoyo al desempeño de los procesos asistenciales, tales son los de mantenimiento, ingeniería, bio-ingeniería, etc.
- **Sistema de Gestión Económico Financiero**, comprende los subsistemas siguientes: **Subsistema de Contabilidad General y Presupuestaria, Subsistema de Control presupuestario y de Gestión, Subsistema de Información Económico (Sie)**, este Sistema es el encargado del registro económico, financiero, patrimonial y presupuestario de los inputs invertidos en la organización hospitalaria, además de los consumidos en los procesos asistenciales reflejados a través del Subsistema de Información Económica (SIE) o de cálculo de costes.

Sistema de Gestión de Aprovisionamiento y Logística.

La digitalización de la información en los SIA's así como de las TIC's debe orientarse a facilitar el conocimiento de todos los procesos y subprocesos y debe facilitar la evaluación tanto asistencial como económica de los mismos en toda la organización y en particular de los cardiológicos para obtener una visión integral de los mismos por los profesionales asistenciales y de estos a los pacientes, lo que requerida de una capacitación en su utilización y explotación por los mismos como usuarios de los SIA's y de las TIC's.

La implantación de las Tic's requerirá de la informatización y de la digitalización para maximizar los resultados de su aplicación.

La digitalización y la gestión de la información generada por el sistema de salud facilita el procesamiento de la información de forma inmediata conforme a los objetivos a alcanzar, permitiendo el análisis de resultados obtenidos de forma retrospectiva y facilitando la comparación y su análisis entre los procesos asistenciales en las diferentes actividades que comprende su desempeño, Al digitalizar se logra mejoría en la capacidad de atenciones, y también optimiza los procesos de trabajo, que son

automatizados, permitiendo conocer de forma individual o sintetizada aquellas actividades o fases que se han desempeñado con actuaciones fuera de la practica asistencial normalizada a través de la modelización o diseño de los procesos objetivo, facilitando su rediseño o supresión de aquellos aspectos que no facilitan su desempeño, obtención de resultados o, que son mejorables y facilitando el conocimiento y comprensión del porque se han producido bien como eventos imprevistos debido a la evolución del paciente o atribuibles a una mal desempeño dentro de la practica asistencial, determinando donde los responsables de la gestión y control del desempeño deben de establecer medidas correctoras, mediante la aplicación de nuevas tecnologías, mediante la corrección de las actuaciones ejercidas, mediante su supresión, mediante el aprendizaje de nuevas prácticas basadas en los resultados obtenidos (benchmarking) en otros ámbitos asistenciales, mediante el inicio de nuevas o técnicas, procedimientos, mediante la mejora de la gestión en sus fases de planificación, programación, organización, evaluación y control, mediante nuevas investigaciones, que permitan fomentar la creatividad, la innovación, la investigación, la mejora de la calidad intrínseca debida al desempeño de los procesos, a la reducción de fases administrativas mediante la incorporación de nuevos procedimientos que permitan facilitar su gestión, de nuevos sistemas informáticos y de tecnologías de la información y de la comunicación, cuyos resultados permitirán entender por los profesionales y los gestores el desempeño de las actividades en las fases de los procesos asistenciales siendo una labor multidisciplinar de compartición del conocimiento, donde clínicos, enfermeros, ingenieros, investigadores, revisen lo realizado y sean capaces de forma prospectiva de mejorar la clínica y la investigación. Así mismo, y como consecuencia de dichas actuaciones aumentar la productividad, la eficiencia y la rentabilidad social y económica que permita la obtención de resultados a nivel micro y macroeconómico.

La informatización permitirá la captura de forma mecanizada y automatizada de la información, de aquí la necesidad de contar con Sistemas Informáticos y de procesamiento de la información cuyo soporte permite que sea almacenada, procesada y transmitida de forma estructurada.

Sin embargo la digitalización favorece el tratamiento de los datos registrados informáticamente, por todos los Sistemas de Gestión y Subsistemas de forma que facilita la incorporación a los Sistemas Informáticos de información auxiliar, como son los lectores ópticos, sistemas de reconocimiento de la voz, facilitando códigos de pacientes, de pruebas y exploraciones y, en general de los datos cualitativos contenidos en los episodios de las historias clínicas, así como la transcripción a lenguaje reconocible de las ordenes médicas de forma que alivien a los profesionales asistenciales, en la introducción de las ordenes clínicas, dispositivos que facilitaran la digitalización de datos y facilitaran la estructuración de la información mediante los sistemas informáticos en el procesamiento de la información de los datos digitalizados en programas de ayuda a la toma de decisiones clínicas, de aplicaciones estadísticas, del establecimiento de controles de datos, así como, de la aplicación de la inteligencia artificial, mediante el establecimiento de algoritmos de decisión.

Por otra parte, la aplicación de las TICs y, las telecomunicaciones basadas en redes de banda ancha, telemedicina, telediagnóstico, multimedia, historia clínica informatizada, sistemas de ayuda al diagnóstico y software para el trabajo en grupo, que permitan compartir la información y el conocimiento, tanto a nivel interno como externo, sistemas de informática móvil para las telecomunicaciones, como el WAP y la monitorización remota.

Entre los beneficios de su aplicación podemos mencionar:

- Reducción de las admisiones aumentando la eficiencia a través de la monitorización de tratamientos y de su vigilancia, sobre todo en enfermedades crónicas.
- La deslocalización de fases de desempeño en las que no es necesario la presencia personal de los pacientes.
- La generación de eficiencias indirectas en los costes de tratamiento de los pacientes.
- Favorecen la monitorización y control de las enfermedades.

Respecto a las Tecnologías de la información es necesario su implementación de forma relevante en las organizaciones hospitalarias ya no solamente en lo referido a correo electrónico.

Las Tecnologías de la Información se aplicarán en los siguientes niveles organizativos:

- **Nivel de Gestión Administrativa:** facilitan la ejecución de tareas administrativas entre la organización y su entorno, proveedores, usuarios, administraciones, facturación, incluyendo el envío online de órdenes de compra, identificación de equipamiento y productos en suministros, procesamiento textos, portal web y correo electrónico, gestores documentales y todas las aplicaciones referentes a la administración electrónica.
- **Nivel de Gestión Clínico-Administrativo:** Programación de citas, calendarios, recordatorios, admisiones de pacientes, información de aseguramiento, sistemas de gestión institucional y de equipos médicos.
- **Nivel de Gestión Asistencial:** Prescripciones, administración de medicamentos y de suministros, almacenamiento de productos y de equipamiento mediante armarios y etiquetado por radiofrecuencia, recuperación de imágenes. exámenes de laboratorio, consulta de historias clínicas, gestión de agendas, localización y control de dispositivos y equipamiento móviles.

Entre las ventajas a parte de las comentadas en las conclusiones, podemos señalar las siguientes:

- Mejoran la comunicación y transmisión de conocimientos entre los profesionales asistenciales, así como de la información del paciente, al efecto de determinar la adhesión de estos últimos ante las decisiones de los profesionales durante el proceso asistencial
- Reducen de las demoras en la toma de decisiones asistenciales y las imprecisiones clínicas.

- Evitan las duplicidades en la realización de exploraciones de alto costo (Rayos X, RMM, etc.) o innecesarias, así como de la eliminación de errores de medicación.
- Favorecen la intercomunicación interna entre los diferentes Servicios y Unidades Asistenciales como en el Suministros de material sanitario y de Fármacos en tiempo real.
- Permiten la localización de dispositivos médicos portátiles a través de etiquetas de radio frecuencia, como dispositivos de compresión secuencial, bombas para el control de la analgesia (PCA Pumps), bombas de alimentación y bombas de vacío.
- Seguimiento de Pacientes a través de pulseras de radiofrecuencia, y de su monitorización.
- Administración automatizada de medicamentos y de su control en las unidades de hospitalización.
- Apoyo a la toma de decisiones mediante la consulta de Guías, Vías clínicas, Procedimientos y Protocolos, así como de algoritmos y arboles de decisión.
- Interconexión con sistemas de apoyo a la toma de decisiones, en los puntos de atención al paciente e interoperabilidad con sistemas múltiples de transmisión de conocimientos.
- Es necesario antes de la implantación de las TIC's el análisis de su oportuna aplicación en determinadas áreas, haciendo una evaluación coste beneficio oportunidad tanto tangibles como intangibles, de los resultados a obtener en su implantación, conectabilidad e interoperabilidad entre ellos y entre los Sistemas de Información existentes.
- Planificar una estrategia global y sectorizada en la organización de implantación con una programación de estas al efecto de evaluar la inversión y los resultados de forma gradual.
- Formar a los usuarios de estas, profesionales asistenciales y gestores, en su utilización.

- Fomentan entre los pacientes y los profesionales su comunicación mejorando las actuaciones preventivas, al poder realizar un seguimiento en tiempo real de sus contantes.

La información generada por los Sistemas y Subsistemas detallados deben de estar integrados dentro de un Sistema de Gestión Integrado Hospitalario con la utilización de un sistema de planificación de los recursos hospitalarios o “Enterprise Resource Planning” (ERP) en el ámbito empresarial, software de gestión de los procesos informatizados dentro de los diferentes Sistemas de Información que integran la organización Hospitalaria.

La información es fundamental para una adecuada prestación de servicios sanitarios, pero ha de ser accesible, actualizada, legible y procesable (Montesino y González, 2010).

Este sistema administra e integra las actividades y actuaciones desempeñadas en los procesos que intervienen en la Cadena de Valor desde el Aprovechamiento (Compras y Contratación), Almacenamiento, Logística, Sistema de Información Asistencial en la Historia Clínica Digital y en los Procesos Asistenciales recogidos en esta por la práctica clínica y, Facturación dentro de los Sistemas anteriormente relacionados.

Entre las ventajas de la utilización de este sistema señalamos:

- Facilitan el conocimiento entre los usuarios asistenciales y gestores, de la información al ser un motor de búsqueda integrado.
- Visualización de resultados en términos de efectividad y eficiencia de procesos los procesos de la organización asistenciales y no asistenciales.
- Disponibilidad de la información asistencial y de gestión en una misma plataforma.
- Integración de los distintas bases de datos generadas por los Sistemas de Información Asistencial sobre los procesos gestionados dentro de un único programa.

- Posibilitan la visión integral del proceso asistencial desde su fase inicial hasta su seguimiento, en la obtención de información y conocimiento.
- Obtención de Eficiencias y Rentabilidades con el Ahorro de tiempo y costes.
- Sistema que facilita la ordenación de la información de los enfermos de forma estructurada, en todas las fases del proceso.

Facilitan la conectividad de datos entre otros sistemas de gestión como los relacionados con el Business Intelligence (BI), permitiendo realizar informes detallados y actualizados que permiten analizar y mejorar procesos internos de la organización que ayuden a optimizar sus procesos mediante conocimientos que ayudarán a innovar a un ritmo más rápido, facilitando la anticipación organizacional o software como BPM (Business Process Management (BPM), para analizar y mejorar los procesos y, que permite mapear, evaluar y optimizar todas las estructuras, procesos y flujos de trabajo visualizando los mismos y facilitando el análisis, ayudando a la mejora continua de los procesos, así como otros software que facilitan la simplificación del proceso optimizando la eficiencia de su desempeño eliminando todas las actividades innecesarias o ineficientes por otra parte consideramos de utilidad en la gestión de procesos asistenciales el desarrollo de metodologías basadas en gestión de proyectos (Project management), dado que gran parte de la actividad asistencial desarrollada en los procesos gestionados se realiza mediante el trabajo en equipo y estos se deben de organizar de manera autónoma hacia el cumplimiento del objetivo a cumplir con el proceso desempeñado.

5. DISCUSIÓN

Consideramos relevante puntualizar que el desarrollo de Sistemas de Información Asistencial Hospitalarios y de las TIC's en las organizaciones hospitalarias generan valor tanto para los profesionales como para los Ciudadanos y los Pacientes, al compartir y facilitar el conocimiento desempeñado tanto en el ámbito interno de la organización como en el externo con el que se relaciona.

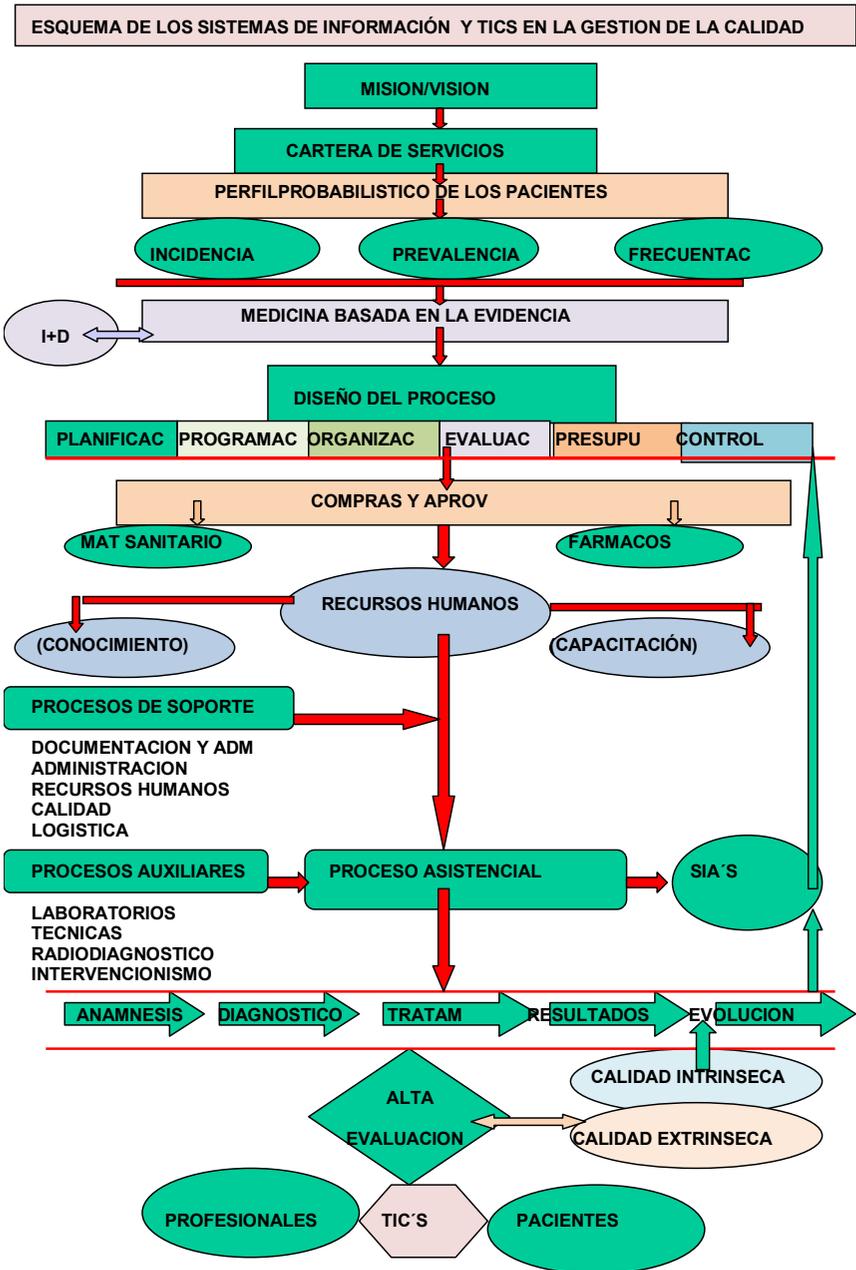
Consideramos necesario por tanto, el analizar como la organización es capaz de gestionar la Inversión en la Generación del Conocimiento (IGCO) en su aplicación al desempeño de los procesos asistenciales o no asistenciales sobre los que basa su actividad, tanto en las estrategias adoptadas, como en los conceptos en los que se invierte, en los resultados obtenidos y en las medidas adoptadas para su generación, dado que crea valor para la organización y para la sociedad en la cual desempeña sus funciones y plantea sus objetivos en términos de resultados cualitativos y cuantitativos.

6. CONCLUSIONES

De cómo se gestionen los aspectos relacionados con la generación, adquisición, retención y transferencia de conocimientos, tanto a nivel organizativo como de los recursos humanos que integran la misma, dependerá el rendimiento, la productividad y los resultados de la organización y el desempeño de las funciones y actividades dentro de la Gestión de los Procesos Asistenciales.

Los Sistemas de Información Asistencial y las TIC's deben facilitar el control y gestión de la calidad asistencial tanto intrínseca, debida a la ejecución del proceso asistencial como la, extrínseca la realizada por el seguimiento y control de los resultados obtenidos por la asistencia. En ellos los RR.HH. en base a su conocimiento científico adquirido, junto con su capacitación, supervisará y mejorará el desempeño de las diferentes fases del proceso asistencial en las diferentes patologías hospitalarias.

FIGURA 6. Esquema de los Sistema de Información y TIC's en la Gestión de la Calidad



Fuente: Elaboración Propia.

Entre los principales beneficios de la Gestión del Conocimiento aplicada a los procesos asistenciales mediante la utilización de los Sistemas de Información Asistencial y las TIC's, podemos mencionar entre otras, las siguientes:

- Predecir enfermedades y resultados.
- Facilitar la formación mediante representaciones virtuales.
- Simulación en el manejo, pronóstico y resultados e, IA.
- Deslocalización y delegación de las fases asistenciales en el desempeño (HCD).
- Mejorar el manejo asistencial.
- Permitir la transmisión de conocimientos en innovaciones e investigación.
- Ayudar a la toma de decisiones entre profesionales y pacientes.
- Ser más eficaces, eficientes, productivos y seguros con calidad entre otras.

Por último y como conclusión, final, consideramos que la incorporación de las TIC's y su integración con los Sistemas de Información Asistencial favorecerán la transmisión del conocimiento y la generación de talento entre los Recursos Humanos de las organizaciones facilitando el cumplimiento de objetivos organizacionales y subjetivos de los mismos al efecto de asumir los nuevos retos de la sociedad del conocimiento.

7. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

Queremos agradecer el apoyo recibido desde la Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir y desde la Facultad de Administración de Empresas de la Universitat Politècnica de València.

8. REFERENCIAS

- Álvarez, J E; (2021); Gestión del Conocimiento: Estrategia Empresarial. <https://albatian.com/es/blog/gestion-del-conocimiento-como-estrategia-empresarial/>
- Bahr, I; Peláez, B; (2021); La gestión de conocimiento en las empresas: definición y métodos de trabajo. <https://www.capterra.es/blog/1987/que-es-la-gestion-del-conocimiento>
- Bueno, E. (2000). Gestión del conocimiento, aprendizaje y capital intelectual. Madrid: Club Intelect.
- Clifford, JE (1998). La gestión de los recursos humanos: una función distinta para un mundo diferente. En: Ulrich D, Losey MR, Lake G. El futuro de la dirección de recursos humanos. Barcelona: EDIPE; p.182.
- Córdoba, M. (2006). Formulación y Evaluación de Proyectos. ECOE Ediciones.
- Díez, A; (2010) La gestión del Conocimiento y los Procesos de Innovación. BET Valuee. E.M. nº 36 Septiembre-Diciembre.
- Harman, C. and Brelade, S. (2000). Knowledge Management and the Role of HR. Financial Times/Prentice Hall 2000.
- Nonaka, I.; Toyama, R. (2000): A Firm as a Knowledge-creating Entity: A New Perspective on the Theory of the Firm. Industrial and Corporate Change 9 (1): 1-20. ISSN 0960-6491.
- Montesino S. y González Garabay, AS. (2010) Historia clínica informatizada: 8 años de experiencia en un servicio médico quirúrgico. Rev Cal Asist. 2010;25(3):173-80.
- Pelegrín Hernando, E. (2020). Informatización del sistema sanitario Vol. XV; nº 14; 724 Revista Electrónica de Portales Medicos.com Volumen XV. Número 14 – Segunda quincena de Julio de 2020 –Vol. XV; nº 14; 72
- Pérez, Y; MsC y Coutín, A. (2005). La gestión del conocimiento: un nuevo enfoque en la gestión empresarial. En Acimed 13 (6). <http://eprints.rclis.org/7962/1/aci040605.pdf>
- Redacción APD (2018). Gestión del conocimiento empresarial: ¿por qué es tan importante? (20/10/2018). <https://www.apd.es/gestion-conocimiento-empresarial/>
- Wiley. Lopéz, H. (2005). Enfoque empresarial con miras al futuro.

PROGRAMACIÓN DE LA PRODUCCIÓN EN ENTORNOS DE *CUSTOMER ORDER* CON MINIMIZACIÓN DE LAS TARDANZAS Y ADELANTOS TOTALES PONDERADOS

CARLA TALENS¹

VICTOR FERNANDEZ-VIAGAS¹

LAURA TOBAJAS¹

ROBERTO DOMÍNGUEZ¹

¹*Escuela Técnica Superior de Ingeniería. Universidad de Sevilla, España*

1. INTRODUCCIÓN

Desde la utilización en masa del internet y la reducción constante de las tasas aduaneras que se viene sucediendo desde principio de los años 90, las empresas del sector productivo están inmersas en un mercado altamente competitivo y dinámico, por un lado debido a que compiten en todo el mundo por los mismos clientes, y por otro lado debido a los grandes avances tecnológicos que se están produciendo (fabricación aditiva, Holmströ et al., 2016, internet de las cosas, Wollschlaeger et al., 2017, o la inteligencia artificial y los sistemas ciberfísicos, Lee et al., 2015). Todo esto está provocando que las empresas tengan que mejorar continuamente su eficiencia para intentar reducir precios y ganar competitividad. A este respecto, la programación de la producción se está convirtiendo en un área clave para sobrevivir en el mercado por su influencia en la productividad de los recursos y el servicio a los clientes (Pinedo, 2016). Básicamente, consiste en la determinación de los instantes de comienzo y finalización de todos los trabajos de la planta, así como de su asignación a los recursos disponibles (Blazewicz et al., 2019).

Dentro de la programación de la producción, los investigadores se han centrado principalmente en la resolución de problemas donde los pedidos son tratados como entidades individuales que no necesitan ser ensambladas o acumuladas para su entrega (Framinan & Perez-Gonzalez,

2018). Sin embargo, en el sector industrial real es bastante común el ensamblado de componentes antes de la entrega de una unidad del producto final (Framinan et al., 2019). Así, en este trabajo, abordaremos el entorno de pedidos de clientes (*Customer Order*), denotado por $DPm \rightarrow 0$, donde cada trabajo está compuesto de m componentes diferentes, cada uno de los cuales deberá ser procesado en una máquina dedicada exclusivamente a dicho tipo de componente. Una vez todos los componentes han sido elaborados, el pedido ha finalizado y puede ser entregado. El objetivo del problema es encontrar la mejor secuencia de pedidos, a seguir en la fábrica, para minimizar un cierto criterio (función objetivo). Dentro de la programación de la producción, los criterios más comunes abordados son la minimización del *makespan* (ver por ejemplo Fernandez-Viagas et al. 2021), la minimización del tiempo total de finalización (ver por ejemplo Talens et al. 2020), y la minimización de la tardanza total (ver por ejemplo Fernandez-Viagas et al. 2018). Sin embargo, ninguno de estos objetivos se centra en una filosofía *Just-In-Time*, que permite reducir al máximo el inventario de la planta a la vez que se satisfacen los requerimientos de los clientes, y se reduce la complejidad en la planificación de material y el control de la producción (Fernandez-Viagas et al. 2016). De esta forma, en esta contribución resolveremos el problema de programación de pedidos de clientes con minimización de las tardanzas y adelantos totales ponderados (que se caracteriza por ser un objetivo *just-in-time* genérico).

Según la notación propuesta por Graham et al. (1979) y particularizada a problemas de ensamblado por Framinan et al. (2019), el problema propuesto se denota por $DPm \rightarrow 0 || \sum_j \alpha_j E_j + \sum_j \beta_j T_j$. Se trata de un problema *NP-hard* ya que su particularización para minimizar la tardanza total también lo es (Ahmadi & Bagchi, 1990), por lo que la mayoría de los autores que han abordado problemas similares se ha centrado en el desarrollo de métodos de optimización aproximados para alcanzar buenas soluciones en tiempos razonables (Framinan & Perez-Gonzalez, 2018). En este trabajo, se propondrán seis heurísticas constructivas para resolver el problema que se combinarán con nueve mejoras locales diferentes para dar lugar a un total de 60 heurísticas tanto constructivas como de mejoras propuestas. Para llevar a cabo todo

esto, el resto del documento se estructura como sigue: en la Sección 2 se describe el problema y se analiza la literatura relacionada. Los métodos propuestos, heurísticas constructivas y de mejora, son descritos en la Sección 3. Posteriormente, en la Sección 4 se describe la batería de problemas generada y se compararan los algoritmos propuestos con los implementados de la literatura relacionada. Finalmente, en la Sección 5 se discuten las conclusiones.

2. CONTEXTO

En el problema de *Customer Order* hay un conjunto de n pedidos de clientes, con su correspondiente fecha de entrega d_j . Cada pedido está compuesto por m componentes, cada uno de los cuales tiene que ser procesado en una máquina paralela dedicada diferente. El tiempo necesario para procesar el componente i del pedido j en la máquina i ($i = 1, \dots, m$) se denota como p_{ij} . Una secuencia o solución para el problema considerado viene dada por $\Pi = (\pi_1, \pi_2, \dots, \pi_n)$ compuesta por una permutación de n pedidos, ya que se ha demostrado que la misma secuencia de pedidos en todas las máquinas encuentra el óptimo para el problema (Lee, 2013). El tiempo de finalización (C_{i,π_j}) del componente i del producto secuenciado en la posición j de la secuencia Π se calcula según la siguiente ecuación:

$$C_{i,\pi_j}(\Pi) = C_{i,\pi_{j-1}}(\Pi) + p_{i,\pi_j} \quad i = 1, \dots, m, j = 1, \dots, n \quad (1)$$

donde $C_{i,\pi_0}(\Pi) := 0 \forall i$. Por tanto, el tiempo de finalización del pedido en la posición j -ésima, $C_{\pi_j}(\Pi)$, se calcula como:

$$C_{\pi_j}(\Pi) = \max_{1 \leq i \leq m} \{C_{i,\pi_j}(\Pi)\} \quad (2)$$

Análogamente, el adelanto y la tardanza del pedido secuenciado en la posición j -ésima se calculan de la siguiente manera:

$$E_{\pi_j}(\Pi) = \max\{d_{\pi_j} - C_{\pi_j}(\Pi), 0\} \quad (3)$$

$$T_{\pi_j}(\Pi) = \max\{C_{\pi_j}(\Pi) - d_{\pi_j}, 0\} \quad (4)$$

Por tanto, el adelanto y la tardanza total se calculan como $E(\Pi) = \sum_{j=1}^n E_{\pi_j}(\Pi)$ y $T(\Pi) = \sum_{j=1}^n T_{\pi_j}(\Pi)$.

Finalmente, el objetivo de esta contribución será encontrar la mejor secuencia Π que minimice la siguiente ecuación:

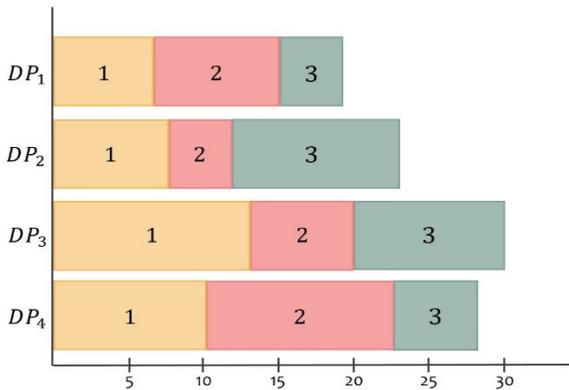
$$\min \sum_{j=1}^n \left(\alpha_{\pi_j} E_{\pi_j}(\Pi) + \beta_{\pi_j} T_{\pi_j}(\Pi) \right) \quad (5)$$

A continuación, mostramos un ejemplo del problema propuesto. En la Tabla 1 se muestran los tiempos de proceso de los trabajos en las máquinas y las fechas de entrega, mientras que en la Figura 1 se representa el diagrama de Gantt de los trabajos secuenciados en orden (1,2,3).

Tabla 1. Datos de un ejemplo $DP_m \rightarrow 0$.

	Trabajo		
Máquina	1	2	3
1	7	8	4
2	8	4	11
3	13	7	10
4	10	12	6
d_j	15	20	35
α_j	0,5	1	1,4
β_j	1,5	1,2	1

Figura 1. Diagrama de Gant de un ejemplo Customer Order.



Seguendo las Ecuaciones (3) y (4), el adelanto o la tardanza de cada uno de los trabajos del ejemplo se pueden calcular de la siguiente manera:

$$E_1 = \max\{15 - 13, 0\} = 2$$

$$T_2 = \max\{22 - 20, 0\} = 2$$

$$E_3 = \max\{35 - 30, 0\} = 5$$

Finalmente, el valor de la función objetivo, según la Ecuación (5) es $0,5 \cdot 2 + 1,6 \cdot 2 + 1,5 \cdot 5 = 11,7$.

En cuanto a la literatura relacionada, hasta el momento, no se ha estudiado el problema de *Customer Order* con un objetivo *just-in-time*. Sin embargo, se pueden encontrar algunos trabajos en los que se han estudiado objetivos relacionados con las fechas de entrega. Así, Wagneur & Sriskandarajah (1993) estudiaron la complejidad del problema de *Customer Order* con diferentes objetivos, entre ellos la tardanza máxima, la tardanza total y el número de trabajos tardíos.

Hay varios estudios interesantes en los que se aborda el objetivo de minimizar la tardanza total ($\sum T_j$) como, por ejemplo, Lee (2013) quien analizó algunas propiedades de dominancia del problema y se proponen tres algoritmos heurísticos. En Xu et al. (2016), los autores desarrollaron un algoritmo de Ramificación y Acotamiento (*Branch&Bound*), tres límites inferiores para obtener la solución óptima y propusieron dos metaheurísticas para resolver el problema. En Framinan & Perez-Gonzalez (2018) también se estudió este objetivo. Los autores diseñaron una heurística y otra matheurística, mejorando así los algoritmos del estado del arte para este problema.

Otro de los objetivos estudiados en la literatura es la minimización del número de trabajos tardíos ($\sum U_j$). Leung, Li, & Pinedo (2008) estudiaron algunas propiedades de dominancia del problema, presentaron varios algoritmos para los casos fáciles y propusieron un algoritmo exacto. En Lin & Kononov (2007) se abordó el objetivo $\sum U_j$ junto con la versión ponderada ($\sum w_j U_j$), se estudió la complejidad del problema y se propusieron varias heurísticas para las dos versiones.

Tal y como se ha comentado anteriormente, los objetivos relacionados con la filosofía *just-in-time* no han sido estudiados para el problema *Customer Order*. Sin embargo, se pueden encontrar algunos estudios considerando la minimización de las tardanzas y adelantos totales ponderados en otros problemas de programación de la producción, como por ejemplo, el taller de flujo (Zegordi, S. H.; Itoh, K.; Enkawa, 1995; Khare & Agrawal, 2019), las máquinas paralelas idénticas (Alvarez-Valdes et al., 2015; Ark, 2020) y las no relacionadas (Ark et al., 2022).

Queda así patente que, hasta el momento, los objetivos *just-in-time* genéricos no han resultado atractivos para los investigadores, los cuales se han centrado principalmente en la minimización del *makespan*, del tiempo total de finalización o de la tardanza total. Sin embargo, en las empresas es importante reducir al máximo el inventario a la vez que se satisfacen los requerimientos de los clientes. Por tanto, el objetivo de esta contribución es proponer varias heurísticas, combinarlas con diferentes búsquedas locales y realizar una evaluación computacional para determinar cuáles se comportan mejor en el problema estudiado.

3. METODOLOGÍA APLICADA

En esta sección se proponen diferentes heurísticas constructivas para la resolución del problema. En primer lugar, se describen cada una de las heurísticas y, en segundo lugar, se explican las diferentes búsquedas locales.

La idea de una heurística constructiva consiste en construir iterativamente una secuencia seleccionando un pedido de entre los pedidos no secuenciados y añadiéndolo al final de una secuencia parcial. Este tipo de heurísticas ya ha sido propuesto para resolver varios problemas de programación de la producción con resultados excelentes (Fernandez-Viagas et al., 2017; Talens et al., 2020). La clave del éxito de este tipo de heurísticas es el diseño de un indicador que represente la idoneidad de un pedido no secuenciado para ser añadido a la secuencia.

Por tanto, las heurísticas propuestas en esta contribución empiezan con una secuencia vacía Π . Por otro lado, se parte de una secuencia $\Omega := (\omega_1, \dots, \omega_l, \dots, \omega_n)$ ordenando los trabajos según la regla EDD (*Earliest*

Due Date o fecha de entrega más temprana). A continuación, en cada iteración $j \in \{1, \dots, n\}$, cada trabajo $\omega_l \in \Omega$ se evalúa como candidato para ser añadido en la última posición de Π , calculándose el indicador η_l . Finalmente, se selecciona el trabajo con menor valor de η_l . El cálculo del indicador η_l es diferente en cada una de las heurísticas propuestas. A continuación, se detallan los aspectos que se tienen en cuenta para el cálculo del indicador, dependiendo de la heurística.

H1: El indicador se calcula como $\eta_l = \delta_l + \gamma_l$, donde el primer término es la contribución al adelanto o tardanza total si se selecciona el trabajo ω_l y se calcula según la Ecuación (6). El segundo término, γ_l , es una estimación de la contribución al adelanto o tardanza total de los trabajos que quedan por secuenciar, llamados trabajos artificiales y cuya notación es ω_k . El pseudocódigo de esta heurística se muestra en la Figura 2 (para el resto de las heurísticas únicamente cambia el cálculo del indicador).

$$\delta_l = \max \left\{ \beta_{\omega_l} \left(\max_{1 \leq i \leq m} \{ect_i\} - d_{\omega_l} \right); \alpha_{\omega_l} \left(d_{\omega_l} - \max_{1 \leq i \leq m} \{ect_i\} \right); 0 \right\} \quad (6)$$

calculándose ect_i según $ect_i = ct_i + p_{i,\omega_l}$.

$$\gamma_l = \sum_{k=1}^{|\Omega|-j} \left(\max \left\{ \beta_{\omega_k} \left(\max_{1 \leq i \leq m} \{ect_i\} - d_{\omega_k} \right); \alpha_{\omega_k} \left(d_{\omega_k} - \max_{1 \leq i \leq m} \{ect_i\} \right); 0 \right\} \right) \quad (7)$$

Donde ect_i es el tiempo de finalización del trabajo que se está probando y se puede calcular según la carga actual de la máquina, utilizando $ect_i = ct_i + p_{i,\omega_k}$.

H2: En esta versión el indicador está formado por un único término, $\eta_l = \delta_l$, que se calcula según la Ecuación (6), por lo que no tiene en cuenta la contribución de los trabajos artificiales.

H3: En esta versión el indicador se calcula como $\eta_l = \delta_l + \gamma_l$, pero a diferencia de H1, sólo se tiene en cuenta la contribución a la tardanza total, por lo que el primer término se calcula según la Ecuación (8). De la misma manera que en H1, el segundo término es una estimación de

la contribución a la tardanza total de los trabajos artificiales. Esta heurística se corresponde con la heurística FP propuesta por Framinan & Perez-Gonzalez (2018).

$$\delta_l = \max \left\{ \beta_{\omega_l} \left(\max_{1 \leq i \leq m} \{ect_i\} - d_{\omega_l} \right); 0 \right\} \quad (8)$$

$$\gamma_l = \sum_k^{|\Omega|-j} \left(\max \left\{ \beta_{\omega_k} \left(\max_{1 \leq i \leq m} \{ect_i\} - d_{\omega_k} \right); 0 \right\} \right) \quad (9)$$

H4: El indicador se calcula como $\eta_l = \delta_l$, obteniendo δ_l con la Ecuación (8), por lo que tiene únicamente en cuenta la contribución del trabajo ω_l .

H5: El indicador se calcula como $\eta_l = \delta_l + \gamma_l$. El primer término representa la contribución del trabajo ω_l al tiempo total de finalización (Ecuación 10), mientras que el segundo, la estimación de la contribución de los trabajos artificiales.

$$\delta_l = \max_{1 \leq i \leq m} \{ect_i\} \quad (10)$$

$$\gamma_l = \sum_k^{|\Omega|-j} (\max\{ect_i\}) \quad (11)$$

H6: En esta versión el indicador únicamente tiene en cuenta la contribución del trabajo ω_l al tiempo total de finalización, por lo que $\eta_l = \delta_l$, calculándose δ según la Ecuación (10).

Figura 2. Pseudocódigo de la heurística H1.

```

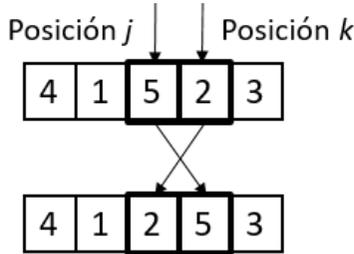
1: procedure CH1
2:    $\Pi := \emptyset$ ;
3:   Obtener la secuencia sequence  $\Omega := (\omega_1, \dots, \omega_n)$  ordenando los trabajos según la
   regla EDD;
4:   Establecer  $ct_i = 0$  ( $1 \leq i \leq m$ )
5:   //Añadir trabajos uno a uno
6:   for  $j = 1$  to  $n$  do
7:     //Calcular el indicar para cada trabajo sin secuenciar
8:     for each  $\omega_l \in \Omega$  do
9:       //Calcular  $ect_i$ , tiempo estimado de finalización de  $\omega_l$  en cada máquina  $i$ .
10:      for  $i = 1$  to  $m$  do
11:         $ect_i = ct_i + p_{i\omega_l}$ ;
12:      end for
13:      //Calcular primer término del indicador  $\eta_l$ 
14:       $\delta_l = \max\{\beta_{\omega_l}(\max_{1 \leq i \leq m}\{ect_i\} - d_{\omega_l}); \alpha_{\omega_l}(d_{\omega_l} - \max_{1 \leq i \leq m}\{ect_i\}); 0\}$ ;
15:       $\eta_l = \delta_l$ ;
16:      //Calcular segundo término del indicador  $\eta_l$ 
17:      for  $k$  to  $|\Omega| - j$  do
18:        for  $i = 1$  to  $m$  do
19:           $ect_i = ect_i + p_{i\omega_k}$ ;
20:        end for
21:         $\gamma_l = \max\{\beta_{\omega_k}(\max_{1 \leq i \leq m}\{ect_i\} - d_{\omega_k}); \alpha_{\omega_k}(d_{\omega_k} - \max_{1 \leq i \leq m}\{ect_i\}); 0\}$ ;
22:         $\eta_l = \eta_l + \gamma_l$ ;
23:      end for
24:    end for
25:    //Seleccionar pedido con menor valor de  $\eta_l$ 
26:     $r := \operatorname{argmin}_{1 \leq l \leq n-j+1} \eta_l$ ;
27:    Añadir  $\omega_r$  al final de  $\Pi$ , i.e.  $\Pi := (\pi_1, \dots, \pi_{j-1}, \omega_r)$ ;
28:    Extraer  $\omega_r$  de  $\Omega$ , i.e.  $\Omega := (\omega_1, \dots, \omega_{r-1}, \omega_{r+1}, \dots, \omega_{n-j+1})$ 
29:    //Actualizar los tiempos de finalización
30:    for  $i = 1$  to  $m$  do
31:       $ct_i = ct_i + p_{i\omega_r}$ ;
32:    end for
33:  end for
34: end procedure

```

Estas seis heurísticas constructivas se van a combinar con nueve mejoras locales diferentes. La idea principal de estos métodos de mejora local es explorar el vecindario de una solución en búsqueda de una solución mejor que la actual. Existen diferentes maneras de generar el vecindario de una solución y las que se van a aplicar en esta contribución son las siguientes:

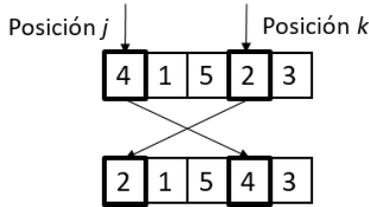
- Vecindario por intercambio adyacente (*AS, Adjacent Swap*): se intercambian dos trabajos en posiciones adyacentes, j y $k = j + 1$.

Figura 3. Ejemplo de vecindad por intercambio adyacente.



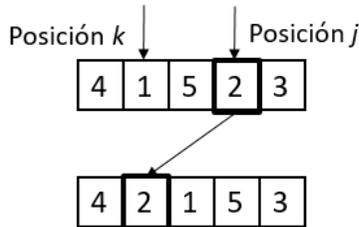
- Vecindario por intercambio genérico (*GS, General Swap*): se intercambian dos trabajos en posiciones diferentes, j y k .

Figura 4. Ejemplo de vecindad por intercambio genérico.



- Vecindario por inserción (*I, Insertion*): se extrae el trabajo de una posición j y se inserta en otra posición k .

Figura 5. Ejemplo de vecindad por inserción



Además, para elegir la mejor solución se pueden aplicar tres estrategias diferentes:

- Best Improvement (BI): Tras evaluar todos los vecinos de una solución inicial, según las técnicas presentadas anteriormente, selecciona el vecino que presente mejor valor de la función objetivo.
- First Improvement (FI): Esta estrategia empieza a evaluar los vecinos de una solución inicial y cuando encuentra un vecino con un valor de la función objetivo mejor, detiene la búsqueda. Es decir, selecciona el primer vecino que sea mejor que la solución inicial.
- First Best Improvement (FBI): Se empiezan a evaluar los vecinos de una solución inicial y cuando se encuentra un vecino con un valor de la función objetivo mejor, actualiza la solución inicial. Sigue con el proceso de búsqueda a partir del intercambio/inserción que encontró la mejor solución.
- Tras combinar las 6 heurísticas constructivas con las 9 búsquedas locales, se obtienen 60 heurísticas diferentes. La nomenclatura utilizada en esta contribución se puede consultar en la Tabla 2.

	Intercambio Adyacente (AS)			Intercambio Genérico(GS)						Inserción (I)		
	BI	FI	FBI	BI	FI	FBI	FI	GS_FI	GS_FBI	BI	FI	FBI
HC												
H1	H1_AS_BI	H1_AS_FI	H1_AS_FBI	H1_GS_BI	H1_GS_FI	H1_GS_FBI	H1_GS_FI	H1_GS_FBI	H1_I_BI	H1_I_FI	H1_I_FBI	
H2	H2_AS_BI	H2_AS_FI	H2_AS_FBI	H2_GS_BI	H2_GS_FI	H2_GS_FBI	H2_GS_FI	H2_GS_FBI	H2_I_BI	H2_I_FI	H2_I_FBI	
H3	H3_AS_BI	H3_AS_FI	H3_AS_FBI	H3_GS_BI	H3_GS_FI	H3_GS_FBI	H3_GS_FI	H3_GS_FBI	H3_I_BI	H3_I_FI	H3_I_FBI	
H4	H4_AS_BI	H4_AS_FI	H4_AS_FBI	H4_GS_BI	H4_GS_FI	H4_GS_FBI	H4_GS_FI	H4_GS_FBI	H4_I_BI	H4_I_FI	H4_I_FBI	
H5	H5_AS_BI	H5_AS_FI	H5_AS_FBI	H5_GS_BI	H5_GS_FI	H5_GS_FBI	H5_GS_FI	H5_GS_FBI	H5_I_BI	H5_I_FI	H5_I_FBI	
H6	H6_AS_BI	H6_AS_FI	H6_AS_FBI	H6_GS_BI	H6_GS_FI	H6_GS_FBI	H6_GS_FI	H6_GS_FBI	H6_I_BI	H6_I_FI	H6_I_FBI	
	Tabla 2. Nomenclatura de las heurísticas.											

4. RESULTADOS COMPUTACIONALES

En esta sección se analiza, en una extensa evaluación computacional, los resultados obtenidos tras comparar los algoritmos propuestos con la mejor propuesta de la literatura relacionada. Más específicamente, la Sección 4.1 recoge las instancias generadas donde se ejecuta la comparación. Posteriormente, los indicadores empleados para comparar los algoritmos son descritos en la Sección 4.3. Finalmente, en la Sección 4.4 se analizan los resultados obtenidos.

4.1. BATERÍA DE PROBLEMAS

Para realizar la evaluación computacional se diseña una batería de problemas, variando el número de trabajos, máquinas, y holguras de las fechas de entrega, compuesta por 540 instancias con las siguientes características:

- Número de trabajos: $n \in \{50,100,150,250,350\}$ (Vallada et al. 2010).
- Número de máquinas: $m \in \{10,30,50\}$ (Vallada et al. 2010).
- Fechas de entrega: Se generan mediante el procedimiento elaborado por Potts & Van Wassenhove (1982), donde la fecha de entrega de cada trabajo es generada de manera uniforme entre $P \left(1 - T - \frac{R}{2}\right)$ y $P \left(1 - T + \frac{R}{2}\right)$, siendo P el límite inferior del *makespan* ($P = \sum_{\forall j} \max_i(p_{ij})$), mientras que T y R son parámetros que toman los siguientes valores (Vallada et al. 2010): $T \in \{0.2,0.4,0.6\}$ y $R \in \{0.2,0.6,1.0\}$.
- Tiempos de proceso (p_{ij}): Generados aleatoriamente entre 1 y 99 (ver por ejemplo Fernandez-Viagas et al., 2017).
- Pesos de la tardanza y el adelanto (α_j y β_j): Son generados de forma uniforme entre 1 y 9 (Khare & Agrawal 2019).

Todos los algoritmos propuestos en la Sección 3 son comparados utilizando la presente batería en C# (bajo Visual Studio 2019) utilizando las

mismas funciones y librerías comunes, y ejecutados en el mismo ordenador (Intel Core i7-3770 con 3.4 GHz y 16 GB RAM).

4.2. INDICADORES DE COMPARACIÓN

Para analizar el rendimiento de las propuestas se utilizan los siguientes indicadores (siguiendo las recomendaciones establecidas en Fernandez-Viagas et al., 2016):

1. $ARDI_h$ (*Average Relative Deviation Index*): Es la media de la desviación relativa para la heurística h respecto a la mejor solución encontrada, tomando como referencia la diferencia entre la mejor y la peor solución. Es medida con la Ecuación 12, donde FO_{hk} es el valor de la función objetivo encontrado por la heurística h en la instancia k , mientras que $Best_k$ ($Worst_k$) es la mejor (peor) solución encontrada por cualquiera de las heurísticas implementadas en dicha instancia k :

$$ARDI_h = \sum_{k=1}^{360} \frac{FO_{hk} - Best_k}{Worst_k - Best_k} \times 100 \times \frac{1}{360} \quad (12)$$

2. ACT_h (*Average Computational Time*): Mide el tiempo computacional medio requerido por cada heurística h en la batería al completo. Considerando CPU_{kh} el tiempo requerido por la heurística h en la instancia i , se define como:

$$ACT_h = \sum_{k=1}^{540} \frac{CPU_{kh}}{540} \quad (13)$$

3. $ARPT_h$ (*Average Relative Percentage Time*): Mide el tiempo computacional medio requerido por cada heurística h en la batería, de manera relativa. Considerando $ACPU_k$ como el tiempo medio de las heurísticas implementadas en la instancia k , se puede definir como:

$$ARPT_h = \sum_{k=1}^{540} \left(\frac{CPU_{kh} - ACPU_k}{ACPU_k} + 1 \right) \times \frac{1}{540} \quad (14)$$

4.3. RESULTADOS COMPUTACIONALES

Los resultados computacionales son mostrados en términos de ARDI, ACT y ARPT en la Tabla 3 y gráficamente en la Figura 2. De los mismos, se observan las siguientes conclusiones:

- Las heurísticas con mejoras locales basadas en inserción dan, en general, peores soluciones que el resto de las mejoras locales.
- En términos de calidad de las soluciones, las mejoras locales que utilizan la mejora BI dan siempre peores resultados que aquellas que utilizan la mejora FBI. El poco tiempo computacional que ahorran no parece justificar su utilización.
- Las heurísticas de mejora que parten de las soluciones H1, H5 y H6 tienen claramente un comportamiento peor que aquellas que parten de las heurísticas H2, H3 o H4.
- La mejor solución en términos de ARDI ha sido encontrada por la heurística de mejora H3_GS_FBI.

En cuanto al rendimiento de las heurísticas, la mejor solución inicial es obtenida por la heurística constructiva H4, siendo además la que tarda menos tiempo en ejecutarse. En términos de calidad de la solución y tiempo computacional, los mejores resultados son encontrados por las heurísticas H4_GS_FI, H4_AS_BI, H4_AS_FBI, H4_GS_FBI, y H3_GS_FBI, que definen la frontera eficiente de heurísticas para el problema. Para confirmar estos resultados se ha realizado la prueba no paramétrica de Mann-Whitney para cada una de las comparaciones (dado que los supuestos de normalidad y homocedasticidad no han sido satisfechos), asumiendo un nivel de confianza de 0,95 (Pan et al. 2008). Los *p*-value de cada hipótesis se muestran en la Tabla 4. Se puede observar cómo existen diferencias significativas en todas las comparativas, confirmando la eficiencia de las propuestas.

Tabla 3. Resultados computacionales en términos de ARDI, ACT y ARPT.

Heurística	ARPD	ACT	ARPT	Heurística	ARPD	ACT	ARPT
H1	69,86	0,67	0,56	H4_AS_BI	32,13	0,02	0,07
H2	37,65	0,01	0,05	H4_AS_FI	32,55	0,01	0,05
H3	35,23	0,67	0,53	H4_AS_FBI	29,92	0,03	0,08
H4	32,58	0,01	0,05	H4_GS_BI	30,34	1,61	1,18
H5	99,93	0,69	0,54	H4_GS_FI	32,53	0,01	0,05
H6	83,43	0,01	0,05	H4_GS_FBI	1,19	1,61	1,18
H1_AS_BI	68,46	0,67	0,53	H4_I_BI	29,73	3,31	2,41
H1_AS_FI	69,51	0,66	0,51	H4_I_FI	32,54	0,02	0,07
H1_AS_FBI	59,09	0,68	0,53	H4_I_FBI	23,14	3,31	2,41
H1_GS_BI	65,50	2,25	1,62	H5_AS_BI	98,60	0,70	0,56
H1_GS_FI	69,56	0,66	0,52	H5_AS_FI	99,63	0,69	0,54
H1_GS_FBI	8,73	2,26	1,62	H5_AS_FBI	87,24	0,70	0,57
H1_I_BI	65,24	3,96	2,86	H5_GS_BI	94,47	2,35	1,72
H1_I_FI	69,47	0,66	0,54	H5_GS_FI	99,58	0,69	0,54
H1_I_FBI	52,60	3,96	2,85	H5_GS_FBI	94,27	2,31	1,69
H2_AS_BI	36,60	0,02	0,07	H5_I_BI	93,54	4,10	2,97
H2_AS_FI	37,55	0,01	0,05	H5_I_FI	99,55	0,69	0,54
H2_AS_FBI	32,12	0,03	0,07	H5_I_FBI	74,36	4,08	2,95
H2_GS_BI	34,90	1,61	1,18	H6_AS_BI	81,87	0,03	0,07
H2_GS_FI	37,50	0,01	0,05	H6_AS_FI	83,17	0,01	0,05
H2_GS_FBI	1,83	1,61	1,18	H6_AS_FBI	67,85	0,03	0,08
H2_I_BI	34,45	3,31	2,41	H6_GS_BI	78,15	1,69	1,23
H2_I_FI	37,51	0,02	0,07	H6_GS_FI	83,11	0,01	0,05
H2_I_FBI	27,26	3,31	2,41	H6_GS_FBI	6,15	1,63	1,19
H3_AS_BI	34,72	0,69	0,55	H6_I_BI	76,37	3,44	2,48
H3_AS_FI	35,17	0,68	0,53	H6_I_FI	83,12	0,02	0,05
H3_AS_FBI	32,14	0,69	0,56	H6_I_FBI	57,54	3,43	2,47
H3_GS_BI	32,73	2,27	1,68				
H3_GS_FI	35,17	0,67	0,53				
H3_GS_FBI	1,07	2,27	1,67				
H3_I_BI	32,27	3,98	2,90				
H3_I_FI	35,16	0,67	0,54				
H3_I_FBI	24,85	3,97	2,90				

Figura 2. Comparativa gráfica de las heurísticas implementadas

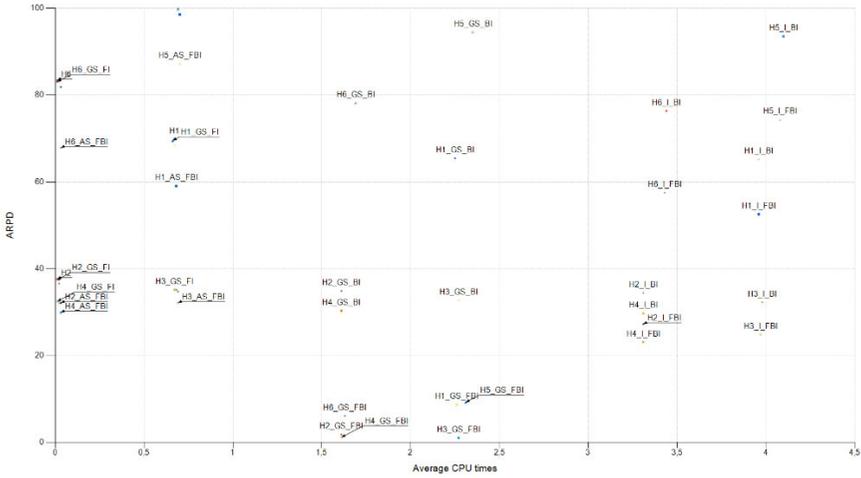


Tabla 4. Resultados del test no paramétrico Mann-Whitney.

Hipótesis	p - Value	Resultado de Mann-Whitney
H3=H4	0,018	Rechazar hipótesis
H4_GS_FI=H2_GS_FI	0,000	Rechazar hipótesis
H2_AS_BI=H4_AS_BI	0,000	Rechazar hipótesis
H2_AS_FBI=H4_AS_FBI	0,018	Rechazar hipótesis
H2_GS_FBI=H4_GS_FBI	0,027	Rechazar hipótesis
H1_GS_BI=H3_GS_BI	0,000	Rechazar hipótesis

4. CONCLUSIONES Y DISCUSIÓN

En este capítulo de libro, hemos abordado el problema de programación de pedidos de clientes con filosofía *just-in-time*. Los pedidos están compuestos de componentes que son procesados en un conjunto de máquinas dedicadas, para posteriormente ser entregados de manera conjunta en la fecha de entrega indicada por el cliente, minimizando la tardanza y adelanto totales ponderados. Para dicho problema, se han diseñado cinco nuevas heurísticas constructivas y se ha reimplementado la mejor propuesta de la literatura relacionada. Estas heurísticas han sido combinadas con 9 tipos de mejoras locales básicas para dar lugar a 54 heurísticas de mejora y un total de 60 heurísticas incluidas en la evaluación

propuesta. Todas las heurísticas implementadas son comparadas en una extensa batería de problemas compuesta por 540 instancias.

Los resultados muestran la eficiencia de las heurísticas propuestas en esta contribución. Así la mejor solución inicial para el problema ha sido la heurística H4, mientras que la frontera de heurísticas eficientes está formada por las heurísticas: H4_GS_FI, H4_AS_BI, H4_AS_FBI, H4_GS_FBI, y H3_GS_FBI.

REFERENCIAS

- Ahmadi, R., & Bagchi, U. (1990). Scheduling of multi-jobs customer orders in multi-machine environments. In ORSA/TIMS. Philadelphia.
- Alvarez Valdes, R., Tamarit, J., Villa Juliá, MF. (2015). Minimizing weighted earliness-tardiness on parallel machines using hybrid metaheuristics. *Computers and Operations Research*, 54, 1-11.
- Arık, O.A. (2020). Comparisons of metaheuristic algorithms for unrelated parallel machine weighted earliness/tardiness scheduling problems. *Evolutionary Intelligence*. 13, 415-425.
- Arik, O. A., Schutten, M., & Topan, E. (2022). Weighted earliness/tardiness parallel machine scheduling problem with a common due date. *Expert systems with applications*, 187, [115916].
- Blazewicz, J., Ecker, K. H., Pesch, E., Schmidt, G., Sterna, M., Weglar, J. (2019). *Handbook on Scheduling: From Theory to Practice*. Springer International Publishing.
- Fernandez-Viagas, V., Talens, C., Framinan, J. M. (2021). Assembly flowshop scheduling problem: Speed-up procedure and computational evaluation, *European Journal of Operational Research*.
- Fernandez-Viagas, V., Dios, M., & Framinan, J. (2016). Efficient constructive and composite heuristics for the permutation flowshop to minimise total earliness and tardiness. *Computers and Operations Research*, 75, 38–48.
- Fernandez-Viagas, V., Ruiz, R., & Framinan, J. (2017). A new vision of approximate methods for the permutation flowshop to minimise makespan: State-of-the-art and computational evaluation. *European Journal of Operational Research*, 257(3), 707–721.
- Fernandez-Viagas, V., Valente, J., Framinan, J. (2018). Iterated-greedy-based algorithms with beam search initialization for the permutation flowshop to minimise total tardiness, *Expert systems with applications*, 94, 58–69,

- Framinan, J., & Perez-Gonzalez, P. (2018). Order scheduling with tardiness objective: Improved approximate solutions. *European Journal of Operational Research*, 266 (3), 840–850.
- Framinan, J. M., Perez-Gonzalez, P., & Fernandez-Viagas, V. (2019). Deterministic assembly scheduling problems: A review and classification of concurrent-type scheduling models and solution procedures. *European Journal of Operational Research*, 273, 401-417.
- Graham, R., Lawler, E., Lenstra, J., & Rinnooy Kan, A. (1979). Optimization and Approximation in Deterministic Sequencing and Scheduling: a Survey. *Annals of Discrete Mathematics*, 5, 287-326.
- Holmströ, J., Holweg, M., Khajavi, S., and Partanen, J. (2016). The direct digital manufacturing (r)evolution: definition of a research agenda. *Operations Management Research*, 9 (1-2).
- Khare, A., Agrawal, S. (2019). Scheduling hybrid flowshop with sequence-dependent setup times and due windows to minimize total weighted earliness and tardiness. *Computers and Industrial Engineering*, 135, 780-792.
- Lee, I. S. (2013). Minimizing total tardiness for the order scheduling problem. *International Journal of Production Economics*, 144 (1), 128-134.
- Lee, J., Bagheri, B., and Kao, H.-A. (2015). A cyber-physical systems architecture for industry 4.0-based manufacturing systems. *Manufacturing Letters*, 3, 18-23.
- Leung, J. Y.-T., Li, H., & Pinedo, M. (2006). Scheduling orders for multiple product types with due date related objectives. *European Journal of Operational Research*, 168 (2), 370–389.
- Lin, B., & Kononov, A. (2007). Customer order scheduling to minimize the number of late jobs. *European Journal of Operational Research*, 183 (2), 944–948.
- Pinedo, M. L. (2016). *Scheduling: Theory, Algorithms, and Systems* (5th edition). Springer International Publishing.
- Potts, C., & Van Wassenhove, L. (1982). A decomposition algorithm for the single machine total tardiness problem. *Operations Research Letters*, 1 (5), 177-181.
- Talens, C., Fernandez-Viagas, V., Perez-Gonzalez, P., & Framinan, J. (2020). New efficient constructive heuristics for the two-stage multi-machine assembly scheduling problem. *Computers and Industrial Engineering*, 140.

- Vallada, E., & Ruiz, R. (2010). Genetic algorithms with path relinking for the minimum tardiness permutation flowshop problem. *Omega*, 38 (1-2), 57-67.
- Xu, J., Wu, C.-C., Yin, Y., Zhao, C., Chiou, Y.-T., & Lin, W.-C. (2016). An order scheduling problem with position-based learning effect. *Computers and Operations Research*, 74, 175-186
- Wagneur, E., & Sriskandarajah, C. (1993). Openshops with jobs overlap, *European Journal of Operational Research*, 71 (3), 366-378.
- Wollschlaeger, M., Sauter, T., and Jasperneite, J. (2017). The future of industrial communication: Automation networks in the era of the internet of things and industry 4.0. *IEEE Industrial Electronics Magazine*, 11 (1), 17-27.
- Zegordi, S.H., Itoh K., and Enkawa, T. (1995). A knowledgeable simulated annealing scheme for the early/tardy flow shop scheduling problem, *International Journal of Production Research*, 33 (5), 1449-1466.

FRAUD, GREED, IGNORANCE, AND CORRUPTION. FINANCIAL BUBBLES AND MARKETS

LUIS FERRUZ AGUDO

Universidad de Zaragoza

FRANCISCO JAVIER RIVAS COMPAINS

EAE Business School

1. INTRODUCTION: PRICE VS VALUE.

Price and value are the main concepts and key issues in this paper, since it is impossible to understand the nature of a bubble if we do not distinguish clearly between price and value. The first, in essence, is a consequence of the market responding to the forces of supply and demand, but the second is a little more complicated. In many respects, value is subjective and fluctuates with the vagaries of experience, not to mention personal taste.

As Brunnermeier and Ohemke (2012) explain: “the term bubble refers to large, sustained mispricing of financial or real assets. While an exact definition of what exactly constitutes a bubble varies, not every temporary mispricing can be called a bubble. Rather, bubbles are often associated with mispricing that has certain features. For example, asset valuation in a bubble, when the price of an asset exceeds fundamentals because investors believe that they can sell the asset at an even higher price to some other investor in the future”.

Classical Economics in the 19th century featured much discussion of price and value, a question already treated in the Classics of ancient Greece and Rome. Aristotle had already distinguished between value of use and value of exchange. Value of use involves an ability to satisfy human needs, so it means utility, or satisfaction. In that sense, a real asset can have zero price, but it may have a great value in terms of use

- for instance, climbing a mountain. Value of exchange is connected more with commerce and price, and it can be matched (or not) with fundamental, inherent value, taking into account the basic Financial paradigm related to Discounted Cash-Flow or future measurable capital (dividends, interests, rentals, fruits ...). This can be done more comprehensively using C.A.P.M., Capital Assets Pricing Model.

Bubbles, of course, arise from distortions of market price, but the markets themselves are not abstract concepts; they are made by financial decision makers, and private or institutional investors, along with, in loan and mortgage markets, lenders and borrowers. In Economics and Finance, academics and practitioners use sophisticated mathematical models in a normative conceptual framework, usually built from data, but in the end it comes down to people, and people are not always rational, and sometimes they send wrong signals to the markets, frequently connected with greed, fraud, ignorance, and corruption. Economic and Financial ignorance is a key factor in understanding Behavioral Finance and the real behavior of market participants, but the real danger for major Macroeconomics or Macrofinance destabilization comes from Fraud, Greed, and Corruption – often involving some very powerful and important financial decision-makers.

According to Vernon Smith, 2002 Nobel Laureate, many investors embody high levels of greed and ignorance, and are always on the lookout for short-term, very high returns, involving great volatility amid scenarios of potentially huge losses. Smith conducted certain laboratory experiments showing irrational financial behavior that took no account of such basic financial foundations as clear, short-term dividend returns and low price-to-earnings ratios, as well as paying no attention to the principles of discounted cash flow.

It seems clear that the investor prefers to seek short-term returns (something that cannot be guaranteed with equities) and this leads them to seek speculative investments that can provide it. It is difficult for human beings to plan long, preferring a thousand times the smoke that a speculative action offers to the solid fundamentals of a long-term investment, because for many investors the long term is outside the desired investment horizon.

At this point, it is worth reflecting a little, there is obviously a double fault, on the one hand, issuers can inflate the bubble with biased news, states or central banks can also favor the appearance of these irrational behaviors, but deep down also the investor It is responsible because on many occasions it invests in assets knowing their poor quality simply by speculating with quick returns. Corruption, Greed and Irrationality are three very important words to understand bubbles.

In the largest technological stock market, the Nasdaq, there are abundant examples of companies that have experienced financial bubbles, perhaps the very complexity of valuing these companies and their uncertain growth places them in a truly favorable situation for the formation of bubbles.

In addition, what seems to be that the investor can repeat a speculation experience with only a few months of difference, as demonstrated by Vernon (1964) with the same participants, the bubbles were repeated, even if a very short period had passed, although at the same time seem after two speculation losses episodes, investors learn the third bubble that forms in which they are more conservative.

It could be said that this type of stock market behavior can be very close to the psychological theory of self-fulfilling prophecy, if everyone believes in something they will do their best to make that prophecy come true and to be able to affirm "do you see? I said it in advance".

In the authors' opinion, one possibility to understand when we are facing a value bubble situation would be to use Lucas's theory of rational expectations, investors according to the Nobel Prize could generate rational expectations for what bubbles would be processes in those who would break this rule and therefore their forecasts would be irrational under any prism.

This irrationality would also tend to repeat itself and perpetuate over time, self-feeding expectations that for many would seem sustainable given that the value excess has been persistent.

2. FRAUD

Fraud is the use of dishonest methods to take something of value from another.

Bubbles are related to major historical moments, where the behavior of decision-makers is completely irrational when viewed within a normative financial/conceptual framework. Prices simply follow irrational trends, and it is not possible to explain those prices with coherent financial models that adhere to basic principles of Financial or Risk Management.

There are many forms of financial fraud. Among the most common are tax evasion, social welfare fraud, identity theft, and manipulation of government programs large and small. In 2017, the estimated cost of fraudulent activity around the world was close to \$4 trillion. This quite staggering sum has surely increased since then, especially since the onset of Covid-19, with governments everywhere introducing massive programs to help individuals and companies cope with the economic effects of rolling lockdowns. One consequence of all this, as more and more cases come to light, is a clear deterioration in the level of public trust – and how can we put a value on that?

One question, often asked, is why do individuals (or groups) engage in fraud? The standard answer is a phenomenon called the ‘Fraud Triangle’, which has three elements: Need, Opportunity, and the ability to Rationalize the fraudulent action

In general terms, there are three aspects of the birth and growth of bubbles interlinked with the public sector, and its institutions and market supervisors

- Liquidity is a very important factor, related to the Term Structure of Interest Rates (TSIR) in an environment of low interest rates. This is normally good news for firms and institutions, both private and public, because “cheap money” means fewer problems regarding debt service and amortization. The problems arise when the TSIR changes; rising interest rates mean

greater levels of risk, increased debt service expenses, and potentially problematic valuation of as-sets.

- Short positions forbidden

Many state and local governments are forbidden, by their own rules and constitutions, from establishing short positions (that is, essentially, a way of taking advantage of an anticipated decline in the price or value of a financial asset).. This limitation overlooks the fact that excess liquidity can quite quickly result in a bubble, as has often been the case throughout History. A case can certainly be made that a short position is simply a form of hedging, which itself is a basic element of Financial Risk Management, but the fact re-mains that the strategy is not an option for most institutions of public finance. Hyperregulation

For us a bubble can arise in the public sector, especially in the context of an excess of regulation. In other words, Protectionism – favouring one business or industry over another - is a risky business and should be discouraged.

Some examples of bubbles generated in the Public Sector are:

- Augustus’s Bubble, in Ancient Rome
- The South Sea and Mississippi bubbles
- The Present Bubble pertaining to Debt

Let's see through several examples the mismanagement, on specific occasions, of public institutions:

Augusto's bubble

The institutions of the Republic were very well established in Rome, so the emperor had to try to get popular support. Let's see if these measures sound familiar.

1. There were huge subsidies, especially to the citizens of the capital, accompanied by a strong increase in recreational activities (it also sounds quite well-known, the bread and circus thing is as old as the existence of the organized state)
2. The achievement of credits was relaxed in a notable way.
3. A public works program was also promoted like never before.

In addition, the growth of the city of Rome created a real estate bubble of colossal size, the middle class became richer thanks to the higher valuation of its assets, and they made decisions of enormous risk, such as speculation on land or with slaves, the Greed for slave ownership drove more than a third of the population living within the borders of the Empire into slavery.

When Tiberius came to power there were barely 100,000 sesterces left in the state coffers, had there been an emergency it could hardly have been endured. Augusto pushed the financial capacity of the state to the limit and his successor cut public works by at least 75%, and of course no one wanted the lands and slaves in this new deflationary environment, so the subsequent hangover was simply brutal.

And this is just a small example, Nero took real estate speculation to extremes that would make August seem a mere amateur, yes, bubbles were already generated by the public sector in ancient times and surely long before Emperor Augustus there were other rulers that generated this type of situation.

The South Sea and Mississippi bubbles.

Perhaps the best examples of investor fraud by the state itself are these two companies.

The truth is that the Company of the South Seas was a British company that obtained from the Spanish Crown in 1711 a monopoly on trade with the Spanish colonies.

So far so good, the British State asked the company to issue 10 million pounds in treasury bonds against stocks that paid a perpetual income at 6%. The United Kingdom was going through a situation of very high indebtedness due to the various wars that occurred since the end of the 17th century and for the State this was seen as a good opportunity to manage the public deficit.

It is a tremendous fraud, the State gives a monopoly, fictitious because the successive wars with Spain will make it impossible to exercise in a real way these supposed rights of the company, in exchange for ... being

able to issue debt guaranteed with shares that, in turn, are worth nothing because there is no business that supports them.

You don't have to be a finance lynx or have been through Harvard to see with some financial common sense that this is a completely fraudulent and state-endorsed scheme. Frehen and others (2013) have very well explained the process by which this bubble is reached:

“The first innovation was financial engineering at a national scale. The Mississippi Company and the South Sea Company issued equity shares in exchange for government debt; in effect converting the national debt into corporate stock. This novelty appeared to be a new model for government finance: a heavily politically influenced corporation that also had exclusive rights and patents to pursue other ventures.

The second innovation was an incipient shift in global trade. Both companies were set up to exploit trade in the Americas. The Mississippi Company owned the Louisiana territory, and the South Sea Company owned the exclusive right to export African slaves to Spanish America...

The third innovation was also financial. The first publicly traded insurance corporations were chartered in Great Britain 1720, because of the famous Bubble Act. As such, they represented a new model of capital formation and risk-sharing for maritime insurance firms in a nation built on maritime trade. "

In this article Frehen and others (2013) explain that, and it is something very common in bubbles, price movements do not form just because, since there must be a history to sell, as is the case of the three great innovations, mentioned in the article.

The bubble could not last. In this sense, it is in 1718 when relations between England and Spain are broken. Instead of the state and the company telling investors the truth, they both start spreading increasingly exaggerated messages about the potential of doing business with South America. This is very common in bubble processes, messages, little or not at all credible usually accompany this type of behavior, otherwise the values could not be justified.

To perpetuate the fraud, given that the British State needed to continue issuing debt, it continued to benefit the company, even despite its current or future null business. The UK was misleading investors by allowing the company to continue selling a business that no longer existed, this is not very different from selling a product not yet developed, or a new technology not fully tested. The lessons of this bubble are clear when one compares what happened with the 2007 crisis, state intervention, now promoting, now prohibiting certain stock market behaviors is typical.

In this case, the irrationality derived from the sale of a business that does not exist is combined with an alleged state guarantee that can be considered liable at the same level as the company itself. The English State sells the potential of a business knowing that it will not take place in exchange for obtaining a better financing of its public debt.

South Sea and Mississippi (a similar case of the French Crown) put on the table another aspect that is currently highly topical, the intervention of the government, of any public administration, in itself can lead to the bubble, the United Kingdom or France The eighteenth century allowing these companies to spread exaggerated messages is not so different from the European countries delighted to be able to finance themselves at negative rates at the expense of savers.

In this case, the State would be what today we would call subsidiary civil liability, allowing the guarantee of debt issues based on a business that simply cannot be carried out due to the situation of war with Spain.

However, there will be a spectacular rebound in the stock (despite all rational signs to the contrary) in just four months its price went from 128 pounds to 550. As news are necessary to maintain the price, it is announced with hype and dish obtaining an exclusivity license to trade in the referred area and still manages to reach 890 pounds.

At this point, with hardly any relevant news (this is also typical of bubbles, they burst for no apparent reason) some investors decide to sell, and the company itself repurchases securities in the vicinity of 750 pounds. Stock buybacks would still drive a final rise to £ 1,000, the bubble burst rapidly (coinciding with the decline in other similar

stocks). In just 6 months, the price reached 100 pounds ruining small and large investors who had entered influenced by the huge returns.

It is symptomatic that investors welcomed the buyback of securities by the company itself, when it should have been an indication of problems in the price, but has not recently been applauded the fact that the European Central Bank or the The Federal Reserve repurchases debt securities of some countries and even some companies, even if this means issuing money to buy fixed income? Or put another way, worsen the quality of the balance sheet of the Central Bank and therefore of the euro and the dollar.

Although an investigation was launched by the English government, eventually prosecuting administrators for fraud, the truth is that there were hardly any light penalties for misappropriation, the problem seems deeper than the simple lack of scruples of administrators. The lack of control of the English government in the 18th century can be related to everything that happened today. Just by way of example, many of the managers of some of the companies intervened in the 2007 crisis (the cases of some financial institutions in the US are notable) have continued in their positions and with the sole exception of Iceland, no high economic position of governments has been prosecuted in the crisis that began in 2007. Although the South Sea may seem distant, the behavior of some public bodies is not so far ... Clear corruption by some officials

The French case is very similar, in this case it is an economist named Law who offered his services in 1715 to the Regent Philippe of Orleans. He decides to support Law by allowing the creation of the Mississippi Company that issues paper money backed by French gold, well, in March 1720 the bankruptcy of the system that had offered great benefits to many, upon request, due to mistrust occurred. of investors, the exchange of shares for gold (which was no longer in the coffers of the company) and the subsequent bankruptcy. Is it so different, for example, from the Madoff fraud that sells shares in funds that are empty and without investments to back it up?

3. GREED

Greed is a selfish and excessive desire for more than is needed.

“Greed, for want of a better word, is good.” So said a financier called Gordon Gecko in the movie “Wall Street”, in 1987

Many factors contribute to begin a bubble and encourage its growth, among them the potential for abuse in the public sector via monetary policy, and hyper-regulation leading to sectorial preferences for certain companies or industries but, as Vernon Smith has shown with his “laboratory experiments”, greed is often a key element in the establishment of a bubble. In general, investors clearly prefer speculation with high volatility and high potential returns, then investing in assets with sound financial foundations, that is, those that consider factors such as discounted cash-flow and earnings per share. Those seeking assets with high risk and tremendous volatility cannot rationally be called investors; their greed disqualifies them. The only thing that matters is to satisfy the greed.

Particular attention should be devoted to those Social Networks that encourage greedy speculators. There are many well-known examples, but there is one that is especially relevant. GameStop is an example of a bubble generated by Social Networks, with high levels of irrationality encouraged under the auspices of Reddit, a network of communities with a wide variety of interests and hobbies, with as many as two million “investors” combining to buy stock in firms with extremely fragile financial conditions. These individuals exhibit little or no interest in the fundamentals of a target company – the game is only to follow the guidance of “influencers” on social media platforms. In October 2012, the stock of the firm Gamestop, technically in bankruptcy, was at 12 dollars. Following greedy speculation, a bubble was created, and the share price rose rapidly to a mind-boggling 500 dollars. And of course, the more the price increased, and the more the financial and business media covered the story, the more frenzied became the activity in the stock. Gamestop and its Management did not change during the bubble: the firm was selling physical games during the pandemic, with no future, and with mounting losses and declining revenues. Greedy Reddit

speculators, buying at the height of the bubble, lost more than 80 % of their “investment” in just three days.

The Reddit network has generated bubbles with certain crypto currencies, DogeCoin, for example, created basically as a joke by its instigators to make fun of other global crypto currencies. Members of Reddit multiplied the price of DogeCoin by a factor of 100.

- Therefore, sometimes social networking and its mélange of often-conflicting information, leads to levels of confusion that become just another access point for fraud and greed.
- What differentiates this bubble from others is that:
- The participants are fully aware of being in a bubble, or at least that they buy companies in situations of, practically, bankrupt
- Its action is arranged through Social Networks very quickly, in the past bubbles required more time.
- They usually seek to break short positions and that the one who buys the already inflated asset is the investor who is forced to buy back a short with heavy losses

It is therefore about consciously created bubbles, which makes these a new type of speculative process, not an asset that is fashionable is bought, but quite the opposite, something that is forgotten by investors and that has attracted the interest of sellers, usually with heavy losses and little volume, so that massive purchases of small amounts end up making the value rise exponentially, once the stops have been jumped and the bubble creators satisfied, the correction is quick, one would almost say brutal, investors who take a few days to follow the forum's guidelines can clearly find themselves in a difficult situation, when short positions run out, few more people may be interested in buying at such prices.

Greed, seeking profit even knowing that you are invested in assets of very doubtful quality, even sometimes at the cost of others losing consciously as in redditmania ... holding positions in securities that have

multiplied their price many times ... all this is greed ... inherent to the human being and of course to any bubble worth its salt.

The advice of the authors, set a target profitability, and when you achieve it ... don't be greedy or you may find yourself engulfed in a bubble and when you want to recover the investment it may be too late because the momentum of the bubble has already passed

4. IGNORANCE

Ignorance is, simply put, a lack of knowledge, understanding, or relevant education. It is the result of not paying proper attention to rational or logical thought processes, and the verb 'to ignore' even encapsulates the notion of a deliberate strategy.

We are, of course, talking here about financial ignorance and the need for a financial education that should begin from the earliest years of training and learning.

Ignorance – of basic economics, of the internal logic of financial markets, of the importance of common sense - is a major factor in the creation and maintenance of a bubble There is a saying on Wall Street, "trees do not grow to the sky", which cautions against unrealistic expectations of un-limited growth. The 'dot-com' bubble in internet stocks in the late 1990s, and the current hyper-volatility of crypto-currencies are both, essentially, phenomena arising from ignorance. The force of gravity is a physical constant, and it will not cease to do its work just because of wishful thinking.

The case of Tesla is a good example of mispricing, taking into account discounted cash flow and the foundations of Finance as a Science. Of course, the electric car is a flourishing part of the pre-sent-day economy, and has a very promising future, but to ignore a PE ratio that accepts a 100-year time span and a market price 10 times higher than that of a firm like Volkswagen (which sells 10 times as many cars as Tesla) is simply irrational.

The average Tesla investor probably does not understand the risks, nor has he looked at the Financial Statements, he simply buys thinking that

the new environmental trend is enough to justify the current valuations, however there are still enormous doubts about the technology itself, its feasibility, alternative technologies as pe hydrogen, etc.

In Tesla there is a very typical phenomenon of bubbles, a kind of fan phenomenon, any news that comes from the messiah Elon Musk (CEO and shareholder) is taken on the positive side, any criticism or short position receives a huge rejection. All this even though even Mr. Musk has had to pay fines for disseminating confidential information, or that his relationship with the short positions that the so-called “short squeezes” have usually suffered with news / rumors is quite controversial. that short positions won the game long.

The cryptocurrency bubbles

This is another of the best examples of significant financial bubbles currently being detected. And when we refer to bubbles with the word financial, we must understand both bubbles of the Financing Economy or Financial Economy, as well as of the Investment Economy, the latter improperly called Real Economy (is finance not real?) Apart from the impressive Fixed Income bubble, some technological ones, even cases of globally considered countries, this time we will stop at the cryptocurrency bubble, especially Bitcoin. It should be noted that there are already more than 7,000 cryptocurrencies and that there are some even technically better than Bitcoin.

It is also necessary to specify, referring to Bitcoin, that three aspects of the cryptocurrency must be distinguished: a) Its function as a means of payment b) Its possible function as a currency c) Its consideration as an investment. Well, as a means of payment, Bitcoin has cost and security characteristics that make it much better compared to other means of payment; but it is no less true that it is practically impossible for its massive dissemination at this time and its adoption as an official currency or currency because it is very difficult to “trace” and monitor it at the police and fiscal level. As a currency, Bitcoin cannot be viable at this time due to its impressive volatility. Finally, as an investment, we have to say that it is very clearly a bubble.

To consider that Bitcoin is a bubble, we will not go into sophistication and advanced formulations in Financial Economics at this time, such as the paradigm of Discounted Cash Flow complemented with the C.A.P.M. (Capital Asset Pricing Model, General Macroeconomic Model of Balance of Financial Assets). It is enough for us to see the graph of the evolution of Bitcoin, as well as its comparison with other famous graphs of price evolution such as that of tulips in the seventeenth century.

How can we be sure that Bitcoin is a bubble?

- First, because the use of bitcoin in the non-speculative economy, the authentic Economy of Investment and Financing, is practically null, as was the case with tulips whose use value was zero for all purposes.
- Second, for the type of explanations that are sought to justify what is increasingly difficult to explain. You have heard of everything, from the fact that Bitcoin would be the currency of an independent Catalonia, until every time a group of programmers separated to create another cryptocurrency, they “gave you” money (which is known in the cryptocurrency's own language as fork).
- Third for the speed of the climb, even assuming it is a good value. Practically no financial asset, no matter how good it is, multiplies its value by 10 times in less than a year, especially in the absence of real changes in financial uses that could justify it.
- Fourth argument, which stems from the high percentage of "investors" who are buying bitcoin without having the remotest idea of what bitcoin is, not even a clear idea of what it is for and, of course, without ever having used it. Is it a case like the .com bubble?

Does all this mean that Bitcoin cannot go higher? Of course not! Tulips went from 1 guilder to 60 in no time. If we consider that the bitcoin

bubble begins in 2017, it has only multiplied by 10. And according to what happened with the tulips, it could still triple in price. Unfortunately, it is impossible to predict when a bubble will burst, so the advice we always give is “If you have invested in a bubble, jump, if you don't have the courage, don't go in ”

Rivas, Ruiz and Sanchez(2021) provide an example of how ignorance can influence the mispricing of Bitcoin Futures

5. CORRUPTION

Corruption, in its basic form, is the abuse of power – economic, social, or political – in the service of private gain. Abuses of power, confidential information, insider trading, biased news or spurious fake news, mainly from Social Networking, are all factors in the creation and maintenance of bubbles.

As we have stated in previous sections, Fraud, Greed, Ignorance and Corruption often are interlinked, but the latter is specifically a feature of the following:

- The tulip bulb frenzy in the 17th century.
- The 1920s stock market bubble.
- The bubble in Japan in the 1990s
- The Theranos fiasco, which began in 2003, is a perfect example of ignorance in action. The company's claims were widely accepted by many investors, at the same time as they were being dismissed as unfounded by medical experts.

The best-known bubble is, without doubt, the “Tulip Bulb Craze in the second decade of the 17th century. Investors believed that tulip bulbs were a good, safe investment (much like gold today) a place of refuge from riskier investments. The problem was that public sector authorities promoted these investments, creating what we would today call a futures market, with huge capital investments without control or supervision. Bulb prices rose exponentially, and there was a widespread belief that the market could only go up, never down.

The founder and CEO of startup biotechnology firm Theranos, Elizabeth Holmes, dropped out of Stanford at age 19. In short order, she became known as “the next Steve Jobs” thanks to the hyperbole surrounding the “Blood iPhone”. The resulting (and seemingly inevitable) fraud, greed, and corruption brought Ms Holmes into a California courtroom in September 2021, facing charges that could put her in prison for 20 years.

6. SUMMARY AND CONCLUSIONS: LESSONS SUPPOSED LEARNT

The authors of the present text have reviewed Financial History and synthesized some basic ideas - and lessons learned - from bubble patterns. Even though it may sometimes seem that the lessons of History are largely ignored (why else do bubbles keep forming, then bursting?) some basic principles can be identified:

- a. Excess Liquidity is a normal “partner” related to bubbles, and a reliable “friend” in most of them.
- b. A bubble in a specific kind of asset is not common. Normally, there exists a complete set or “family” of bubbles. Very often, real estate is a salient factor in the formation of a bubble, and only later does the stock market get in on the act.
- c. A Financial crisis often goes hand-in-hand with a Banking crisis, with one feeding on the other, until the pressure becomes un-sustainable and the bubble bursts.
- d. So-called ‘fiat money’ – money issued by a government, or some other central authority – is routinely lacking in intrinsic value. Its value lies only in the belief that users (individuals, commercial enterprises, other governments) “trust” the validity of the money. (One major consequence of the bursting of a financial bubble is, of course, the accumulating erosion of confidence; leading eventually to a loss of trust.
- e. Bubble patterns are, in their essentials, repetitive. When a bubble bursts, it is easy to see what occurred, to say, ah yes, that was always going to happen... The problem is to learn,

through experience and analysis, to recognize the condition before the inevitable explosion.

- f. A word of advice: If you think you are in a bubble, get out as soon as you can. If you are not in a bubble, please do not enter.

8. BIBLIOGRAPHY

- Amber W. *Aristotle on Nature and Politics: The Case of Slavery*. Political Theory Vol. 15, No. 3, pp. 390-410. 1987
- Brunnermeier, M. K., & Oehmke, M. (2013). *Bubbles, financial crises, and systemic risk*. Handbook of the Economics of Finance, 2, 1221-1288.
- Chen, G., Chen, L., Liu, Y., & Qu, Y. (2021). *Stock price bubbles, leverage and systemic risk*. International Review of Economics & Finance, 74, 405-417.
- Fullana, O., Ruiz, J., & Toscano, D. (2021). *Stock market bubbles and monetary policy effectiveness*. The European Journal of Finance, 27(10), 963-975.
- Hou, K., Karolyi A. and Kho B. *What Factors Drive Global Stock Returns?*. The Re-view of Financial Studies / v 24 n 8. 2011
- Rivas, J., Ruiz, S. Sánchez, V. (2021). *Bitcoin futures valuation. Non-financial variables to consider*, communication to the NODOS Congress.
- Smith, Vernon L., Suchanek, G. L., & Williams, A. W. (1988). *Bubbles, crashes, and endogenous expectations in experimental spot asset markets*. Econometrica: Journal of the Econometric Society, 1119-1151.

BITCOIN FUTURES VALUATION. NON-FINANCIAL VARIABLES TO CONSIDER

SOFIA RUIZ-CAMPO
Eae Business School

JAVIER RIVAS COMPAINS
Eae Business School

VICTORIA E. SANCHEZ GARCIA
Eae Business School

1. INTRODUCTION

Talking about the asset called Bitcoin is almost a philosophical question. To introduce the concept, one should start by explaining other related terms, such as cryptocurrency.

A cryptocurrency might be defined (following Houben and Snyers (2018)) as a broad array of technological developments that utilize a technique better known as cryptography. At the same time, cryptography is a technique of protecting information by transforming it (i.e., encrypting it) into an unreadable format that can only be decrypted by someone who possesses a secret key. Many cryptocurrencies are decentralized systems based on Blockchain technology, which is a distributed ledger enforced by a disparate network of computers. A defining feature of a cryptocurrency is that it has not been issued by any central authority, rendering it theoretically immune to government interference or manipulation. Distributed ledgers are divided into two broad classes (Treleaven et al., 2017): those that seek to minimize the roles of trusted and identifiable third parties; and those that explicitly rely on identifiable third parties for some subset of the system's properties. Not all distributed ledgers are blockchains, but all blockchains are distributed ledgers.

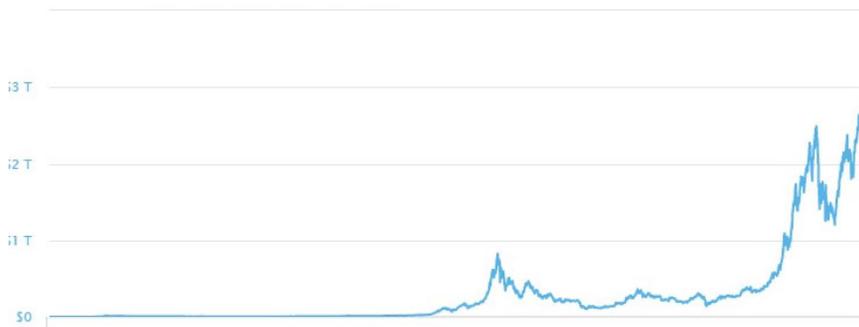
The first blockchain-based cryptocurrency was Bitcoin. Bitcoins are defined as digital coins that can be sent through the Internet and are considered the first decentralized digital currency.

Yermack (2015) asserted that Bitcoin may not be considered as a currency since it performs poorly as a unit of account and as a store of value. The high volatility of Bitcoin spot prices and the range of prices quoted on various Bitcoin exchanges were seen to damage Bitcoin's usefulness as a unit of account. If the introduction of Bitcoin futures and the ability to trade these futures would have resulted in a reduction in the variance of Bitcoin prices or facilitated hedging strategies, that could have mitigated pricing risk in the spot market. In that case, it is possible that the Bitcoin could have acted as a unit of account, moving it closer to being a currency.

We know that Bitcoin, and other digital assets, are considered as highly volatile investments. Therefore, a way to obtain some benefits and to reduce the cost of the investment might be investing in Bitcoin futures. Futures trading offers the possibility of speculating about any direction in the market, minimizing the risk (Hurst et al., 2010). Thanks to the leverage effect, it is possible to invest the same amount of money than in the spot exchange with a fewer number of contracts. Another contribution of futures is offering the opportunity to hedge existing positions straightforwardly (in both upward and downward market trends), allowing the investor to easily adjust the risk of the portfolio to any market environment.

Despite the enormous risk of this market, the use of cryptocurrencies has been steadily increasing in recent years. Today, there are thousands of alternate cryptocurrencies with unlike functions or specifications. Some of these currencies are clones of Bitcoin, while others are forks or new cryptocurrencies that split off from an already existing one. According to data from MARKET COIN CAP (2021), the capitalization of the cryptomarket reached 3 Trillion dollars in October 2021, from 125 billion dollars in December 2018, an increase during 2021 of more than 300%.

CHART 1: Cryptomarket's capitalization



Source: Coinmarketcap.com (November 2021)

The contribution of futures on Bitcoin to price discovery in Bitcoin spot

As the CME group defined “futures are standardized contracts to buy or sell a particular asset at a set price, on a set date in the future, in predefined quantity and quality”. Although the futures market is a market considered as "standard", in the case of Bitcoin futures, this standardization is not very easy due to the nature of the underlying asset, which is the price of the Bitcoin spot.

In mature financial markets, the differences between the price of the spot and the future is determined by technical factors, such as interest rate differentials, dividends or storage costs (depending on the underlying asset). In the case of Bitcoin and other digital assets, the price difference is more difficult to determine since it is mostly driven by supply and demand imbalances.

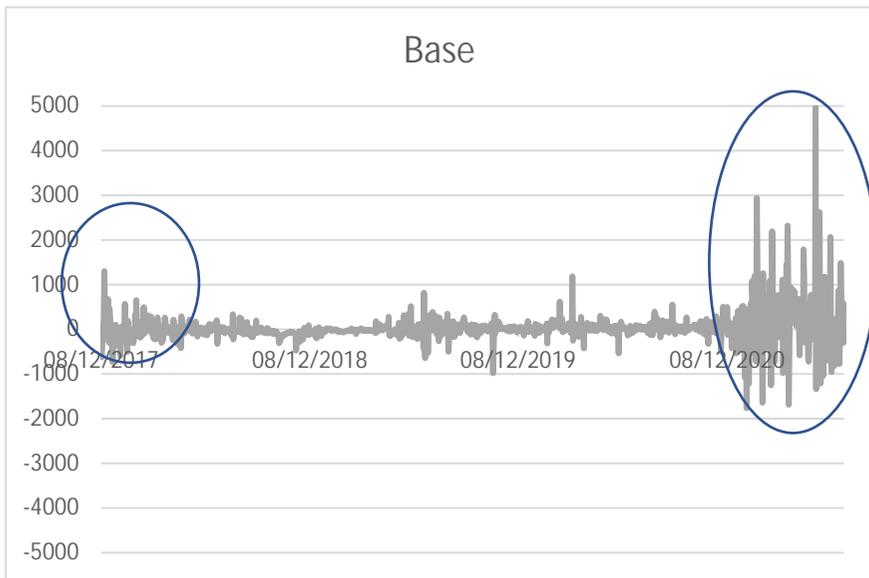
Therefore, a question that should arise from trading on Bitcoin futures is about the calculation of the theoretical futures value. This question has been already studied by Baur and Dimpfl (2019), based on Hasbrouck (1995), and Gonzalo and Granger (1995) and Akyildirim et al. (2019).

According to the traditional models based on the Cost-of-Carry Model, a cash-settled future with a nonpaying dividend underlying should be valued basically by adding the cost of carry to the spot price. We pose two questions: does this model of valuation apply to Bitcoin futures? And the second one: do the real base and the theoretical base (calculated

comparing real futures price and theoretical futures price versus spot price, respectively) match following the traditional valuation models?

We must recognize that the answer to both questions is complex and end up being negative. In point of fact, if we calculate the difference between Bitcoin futures price and the spot price, we discovered that the first is valued below the second on more than the 39.5% of the trading days (negative base), as can be noted in Chart 2.

CHART 2: Difference between spot and futures price on Bitcoin: Real base from December 2017 to June 2021



Source: Our elaboration based on Gemini and CBOE markets

Based on Chart 2, we can conclude that the real base (comparing market Bitcoin futures price vs spot price) has been highly volatile over the past 4 years, particularly in two periods (circled in the chart): at the beginning of the futures trading market and in the last months.

Following Bohl et al (2011), Corbet et al. (2018) and Akyildirim et al. (2019) futures markets lead in the price discovery of Bitcoin spot prices since the beginning of the Futures market. This relationship is found to

somewhat diminish assuming that it was a function of novelty, with a dominant presence of unsophisticated investors which overwhelmed the price discovery process. Over time, this novelty diminished, particularly as sophisticated institutional investors entered the market. These features add a difficulty to the calculation of the future value, providing less consensus on the adjustment of the future price in the market (Baur and Dimpfl, 2019).

Nevertheless, the literature on Bitcoin futures markets is limited, one of the aims of this paper is to contribute to several aspects scarcely developed. In our study, three aspects of the Bitcoin futures valuation will be explored.

First, following the studies of Baur and Dimpfl (2019), Hasbrouck (1995) and Gonzalo and Granger (1995), our research is based on the Cost-of-Carry Model, incorporating new variables like the hardforks effect, or some differences between spot and futures i.e. the spot market opens seven days a week whilst futures markets are closed during weekends.

Secondly, some relevant variables will be incorporated to the original model, testing four different hypotheses before arriving to the final model, once the influence of each one on the Bitcoin futures has been found.

Finally, the useful implications for investors will be discussed.

The four-hypothesis tested are:

- Hypothesis 1: Hardfork issue reduces the Bitcoin futures price (it works as a sort of dividend)
- Hypothesis 2: The effect of volatility on weekends is negative on Bitcoin futures price (it makes investors to prefer spot to future Bitcoin)
- Hypothesis 3: The effect of volatility on market closing hours is negative on Bitcoin futures price
- Hypothesis 4: The effect of volatility of the previous week is negative on Bitcoin futures price

This paper is structured as follows. After the introduction, the next section presents the theoretical review and hypotheses development. The third section describes the methodology, followed by the exposition of the results, the discussion and finally the conclusions and further research guidelines.

2. THEORETICAL FRAMEWORK

The investigation of price discovery between spot and futures markets relies mainly on Cost-of-Carry model. However, Bitcoin has been identified to contain pricing inefficiencies (Sensoy (2019), Urquhart (2016)). The relationship between prices of both assets has been widely analyzed in the literature based in different underlying assets. Chang and Lee (2015) found evidence of a long-run relationship between spot and futures prices of oil; as well as Ballester et al. (2016), studied the case of the electricity market in which they found a unidirectional causality from the futures market to the spot market for 1-month-1-quarter-ahead and maturities. This result might be indicative of the agents using the price of the futures market as a valuable reference (Malliaris and Ziemba, 2015).

Stein (1976) considered possible to determine whether changes in spot and futures prices have occurred overall as a result of changes in the excess supply of current production or due to changes in price expectations. For his part, French (1986) considered that forecasting based on futures prices is not better than forecasting based on spot prices, consistently with the evidence of Fama and French (1987).

Specifically, based on Bitcoins, [Akyildirim](#) (2019) verified that Bitcoin futures dominate price discovery relative to spot markets. In addition, CBOE futures are found to be the leading source of informational flow when compared directly to their CME equivalent.

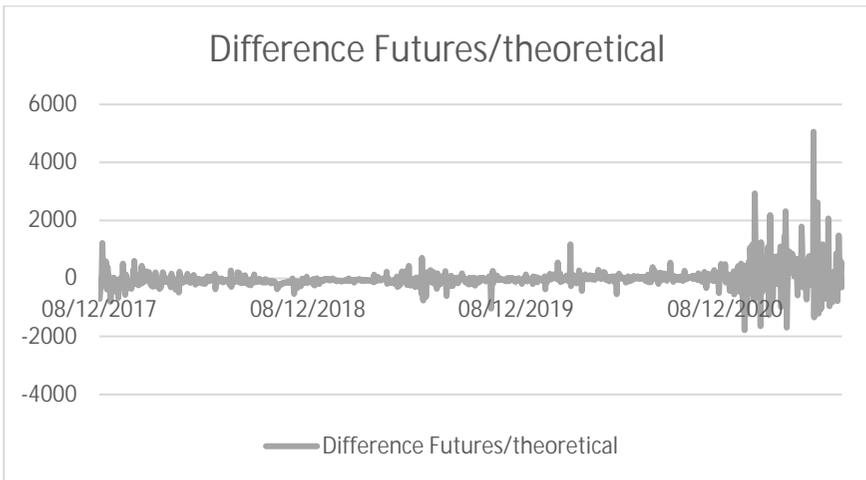
Following Baur and Dimpfl (2019), the price of Bitcoin considering only the cost of carry can be written as follows in formula 1:

$$F_t^T = S_t * e^{r*(T-t)} \quad (1)$$

Where T is the maturity date, t the day of the futures valuation, S the spot price, and r the yield of the 1- month US Treasury bill.

Theoretically, the theoretical price of the future should include the cost of carry added to the spot. As a matter of fact, this expectation is not the case since the theoretical future price has been trading above the future (considering the cost of carry) on 64% of the days, with an average difference of -144 dollars (Chart 3). That shows a negative base, especially in the two circled periods. Those results coincide with those obtained when observing the real base (Chart 2).

CHART 3: Difference between theoretical price and real price of futures on Bitcoin (from 2019 to June 2021)



Source: Our elaboration based on the Gemini and CME markets

Accordingly, after different calculations of theoretical bitcoin futures price based on this formula (1), we consider that this equation is clearly not sufficient to explain the behavior of Bitcoin futures. Therefore, some added factors should be introduced in the formula. We show them below.

FIRST FACTOR: THE CREATION OF HARDFORKS

The introduction of cryptocurrencies has created many new concepts. One of them is fork. A definition¹⁴ could be: “A Bitcoin fork is a term describing a split in the Bitcoin network. A fork can result in the creation of new coins that can be claimed by existing Bitcoin owners”. Blockchain promotes a decentralized network that makes it very difficult to implement changes and requires every one of the thousands of participants to agree on the update of the system (Zamyatin et al., 2019). However, we can find two types of possible changes in the system: softforks and hardforks.

The loosely defined terms softfork and hardfork have established themselves as descriptors of different classes of upgrade mechanisms for the underlying consensus rules of (proof-of-work) blockchains (Zamyatin et al., 2019). They can be defined as follows,

1. Consensus (*softfork*) occurs when participants agree on a software change, which is compatible with the old versions. In this case, no new coin would be issued.
2. A *hardfork* occurs when a number of participants in the network implement a software improvement without consensus of the rest, implying that, from a certain moment, the Bitcoin holder will receive a number of the new cryptos created because the new software will start a new blockchain string, and the “old” Bitcoin will no longer be accepted in the new network. Of course, the new cryptocurrency will not be usable in the old Bitcoin blockchain system.

Many of these new listed coins have little or no value, but some have had relative success because it is a sort of dividend. The problem is that one must forecast whether this new asset will be worthless or not.

Since the Bitcoin holder will have access to these hardforked crypto assets and the futures holder will not, it could be another possible

¹⁴ The Beginner’s Guide to Bitcoin Forks and How to Claim them (2019). <https://99Bitcoins.com/Bitcoin-forks/>

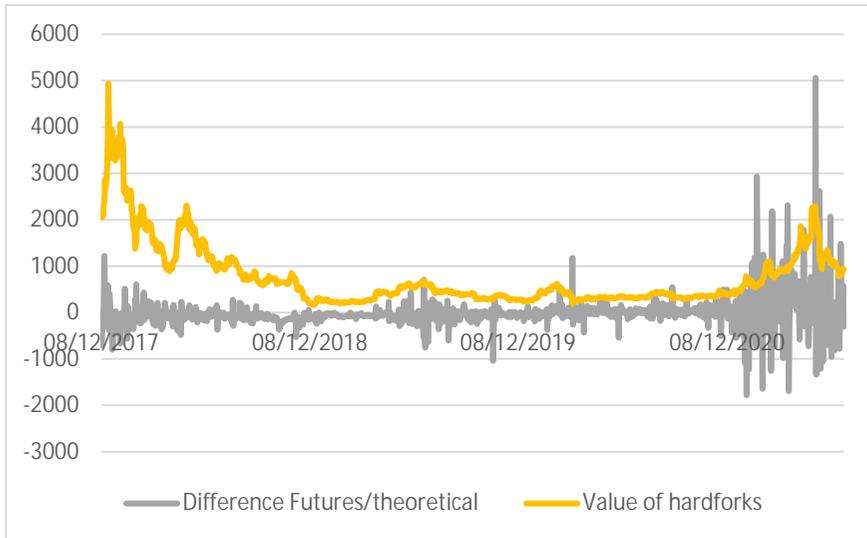
explanation for the futures’ negative bias. The main hardforks since the beginning of the futures market, are the following (Table 1).

TABLE 1: Bitcoin fork and Bitcoin hardfork since the beginning of futures market

Bitcoin (BTC)	Dash (DASH)	Bitcoin Diamond (BCD)	Decred (DCR)
Litecoin (LTC)	PIVX (PIVX)	Peercoin (PPC)	DigiByte (DGB)
Junkcoin (JKC)	Blocknet (BLOCK)	Novacoin (NVC)	Syscoin (SYS)
Lukycoin (LKY)	Bitcoin Gold (BTG)	Blackcoin (BLK)	Reddcoin (RDD)
Dogecoin (DOGE)	Zcash (ZEC)	Stratis (STRAT)	Elastos (ELA)
Monacoin (MONA)	Zclassic (ZCL)	Greencoin (GRE)	Emercoin (EMC)
LitecoinCash (LCC)	Bitcoin Private (BTCP)	Vertcoin (VTC)	Groestlcoin (GRS)
CloakCoin (CLOAK)	ZenCash (ZEN)	BitcoinDark (BTCD)	NavCoin (NAV)
Einsteinium (EMC2)	Komodo (KMD)	Hshare (HSR)	Viacoin (VIA)
Feathercoin (FTC)	Qtum (QTUM)	Nexus (NXS)	
Bitcoin Cash (BCH)			

Source: Bitcoin Forks (July 2021)

CHART 4: Differences between futures and underlying prices, with and without hardforks



Source: Our elaboration based on the Gemini and CBOE markets

To verify whether the effect of a fork issue is important to explain the pricing of the futures, we have calculated the average differences

between futures and underlying prices. We have found a score of 40306 dollars (which means that 36 dollars would be the average for all days, independently of the fork issue). But when we make the same calculation for the days with forks 64% of them will have a negative base (Chart 4). Therefore, the issue of a fork seems to be an important input for the valuation of Bitcoin futures.

To demonstrate this effect, we have reconstructed the total value of the hardforked coins, showing that only 7 out of 25 coins had a value of more than 1 cent until June 14, 2019. That is, only 28% of them had some value (Chart 5).

CHART 5: Percentage of value of the Bitcoin futures represented by the hardforked coins if the investor had held the underlying asset and had not sold until June 14, 2019

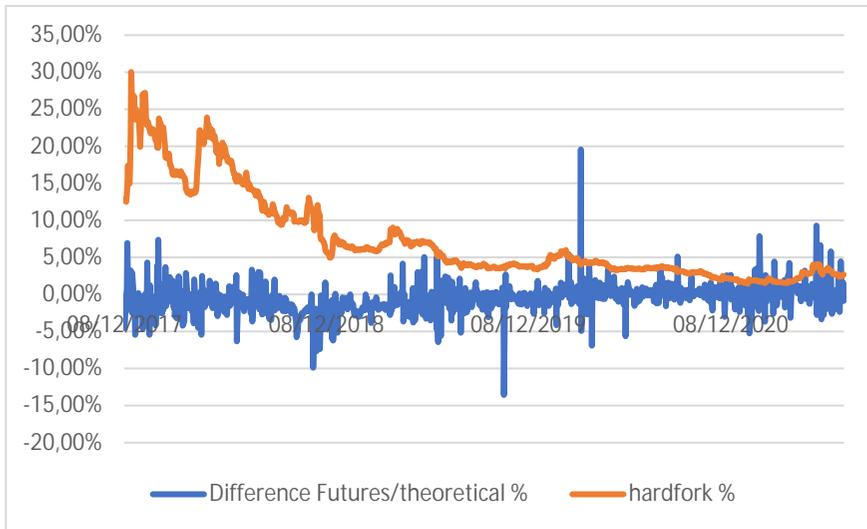


Source: Our elaboration based on the Gemini and CBOE markets

As can be observed in chart 5, the maximum amount of the futures prices that might be explained by the value of the hardforked accounts 30%, but with the passage of time there is a clear reduction in the importance of hardforks when compared with the level of Bitcoin. There are two possible explanations for this fact:

1. Hardforks are not important to the explanation of the prices of Bitcoin futures and/or spot.
2. Futures establish an erroneous forecast about the price of these new assets.

CHART 6: Comparison of the percentage that represents the value of the hardforked coins and the difference between assets and future (real base)



Source: Our elaboration based on the Gemini and CME markets

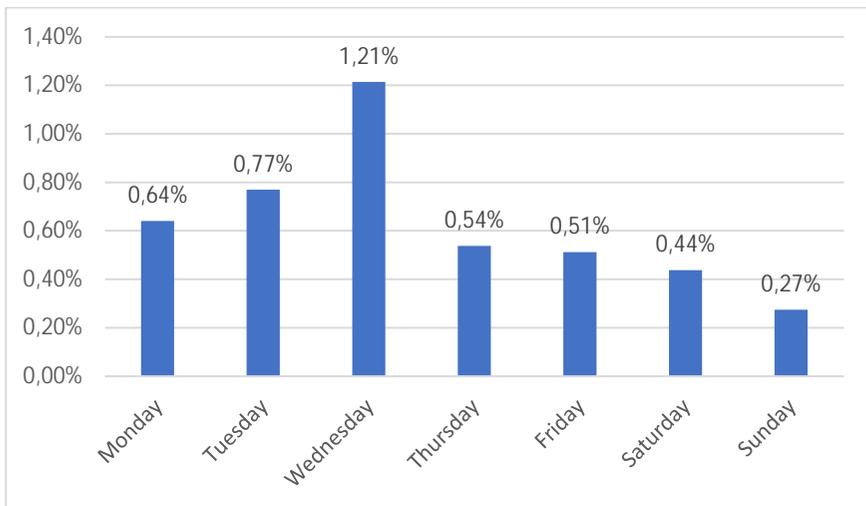
The second explanation is much more likely to be the correct one. Participants in the market will surely consider the “split” of the two currencies. The problem is the difficulty in valuing the new crypto asset. Most of them are worthless a few weeks/months after the hardfork issue, but some will provide a sort of dividend. The difference between these forks and the stock dividend is that the latter is paid in the same assets of the payer of the dividend, while the former introduces a new asset with no previous valuation.

2ND FACTOR: THE VOLATILITY AND PROFITABILITY OF BITCOIN DURING WEEKENDS

One of the possible reasons explaining why futures have been trading with a negative base could be that, during weekends, the underlying asset is active in several OTC markets, providing asset holders with the opportunity to trade. This option is not available to futures contract holders.

It seems that Bitcoin holders (in Chart 7) do have the possibility of trading on Saturday (the most bullish day for Bitcoins) and on Friday, especially after the closing of the futures markets. These two days are, by far, the most attractive for trading activities, which is a problem for a non-seven-days-a-week market. However, Sunday is not truly a very special day for Bitcoin markets, although it is more profitable than Mondays, Wednesdays, or Thursdays.

Chart 7: Average profitability every day of the week in Bitcoin Gemini market



Source: Our elaboration based on the Gemini market

The return of the market during the weekends, although is less than the other days of the week represents more than 0.7%, that means that the holder of a futures contract might be willing to trade during weekends

what it is not possible in an organized market. This is another factor to prefer spot to futures.

3RD FACTOR: THE VOLATILITY DURING CLOSING HOURS

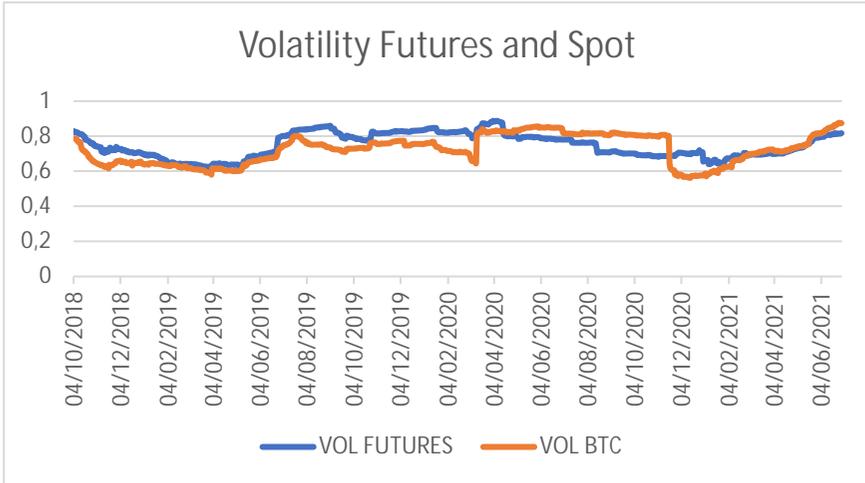
There is another effect caused by the Bitcoin spot market not closing on any day of the week, while futures are not tradable. Bitcoin Futures Market remained opened, from Sunday to Friday, only 6:45 hours in the regular session, although possible to trade in the CME Globex continuously with one hour break versus the 24 hours trading, 7 days a week of the spot market. Therefore, only 26.875% of the total market movement can be captured with futures contracts.

The limitation of trading hours is one of the main differences between the spot and the derivatives market. It is a point at issue for Bitcoin trading because an important part of the movements of the asset occurs during the weekends, when the futures market is closed.

This is an important effect due to the high volatility of this asset, probably exerting a negative effect on its valuation.

To verify this impact of volatility on valuation, we have calculated the daily volatility of the Bitcoin returns in the Gemini market, and we have annualized it. The results are shown in Chart 8, where it can be seen that the fluctuation range is 50- 90%, with an average value close to 80%. The volatility of futures tends to be higher in bearish periods as the contrary happens in a bullish environment.

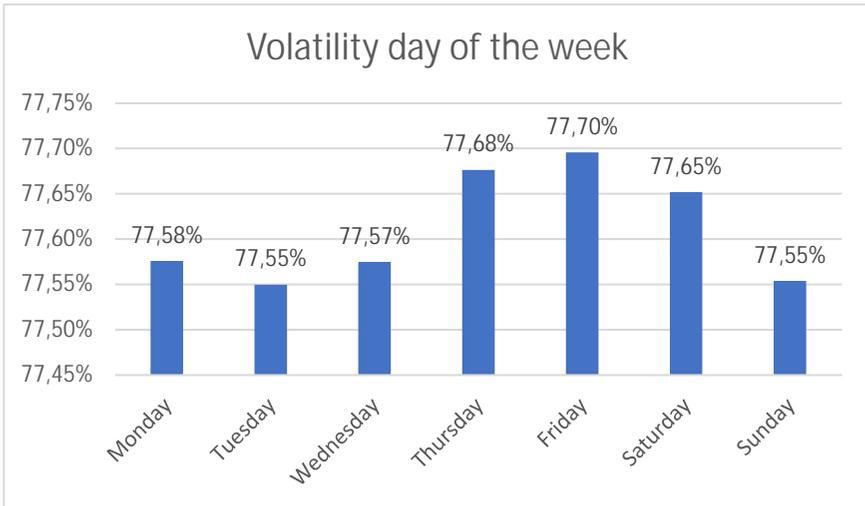
CHART 8: Yearly volatility of the return on Bitcoin in the Gemini market. Calculation based on an annualized daily volatility



Source: Our elaboration based on the Gemini market and CME

Volatility is always extreme, including weekends, as we can note in chart 9. Most of the days of the week show annual volatilities of approximately 78%. During the weekends, this volatility is slightly less important than the average of the rest of the week. But in the case of Bitcoin futures the closing day of Saturday represent a day with a very similar volatility to the rest of days, so with these impressive levels of volatility, all traders would be very reluctant to leave open positions during weekends and renounce to the trading in a day with almost 78% volatility.

CHART 9: average annual volatility by day of the week



Source: Our elaboration based on the Gemini market

4TH FACTOR: THE EFFECT OF VOLATILITY OF THE PREVIOUS WEEK

This factor studies the impact of periods of high volatility (very common on this market) on the futures price, in order to test this impact, the volatility of the previous week would be used as a variable to see its influence on the actual futures price.

3. METHODOLOGY

3.1. THE SAMPLE

Multiple databases have been used to carry out the study:

Daily prices of the closest to maturity futures on Bitcoin from the CME, from the beginning of this asset in November 2017 to June 30, 2021 (Source: CME official closing prices).

To verify the conclusions extracted with the CME futures, the authors will use as well daily prices of the closest to maturity futures on Bitcoin from the CME from July 2021 to October 2021

The same data range has been used for the Bitcoin spot (Source: Gemini market prices).¹⁵

- The same time frame is used for the yield of the one-month US Treasury bill (Source: US Department of Treasury).
- To check the effect of the weekend behavior of the spot market on the futures prices (the derivative market remains closed during the weekend) a dummy variable will be used.

3.2- ESTIMATIONS AND STATISTICAL VALIDATION

Following the purpose of the study, the estimation of a model based on Baur and Dimpfi (2019) that allows calculating the Bitcoin future price based on the spot price, the variables initially included in the analysis are the following:

- Futures prices, as endogenous variable (F)
- Bitcoin Spot price (S)
- 1-month US Treasury Bill yield (r)
- Time to expiration (T) and current date (t)
- The value of all the hardforked assets from Bitcoin. We call it Synthetic (Phf)
- Dummy variable for the weekend effect. We call it profitability during weekends or volatility during weekends (Vwe)
- To test the effect of the volatility of the spot market when the futures market is closed the difference between intraday volatility of spot and futures will be used (Vmc)
- Volatility of the spot market during previous week (Vpw)

¹⁵ <https://gemini.com/prices/Bitcoin/>. The Gemini platform allows one to invest in Bitcoin and other cryptocurrencies with advanced trading features and secure storage. Following the explanation of this platform, Bitcoin is the breakthrough cryptocurrency developed by pseudonymous creator Satoshi Nakamoto. It is a decentralized digital asset that one can buy, store, trade, and exchange on an open, global computer network. Bitcoin is referred to by many as “digital gold”. It has the largest market cap of any cryptocurrency, and only 21 million Bitcoins will ever exist in total. All Bitcoin transactions are recorded in an immutable ledger known as the blockchain and are stored in online or offline wallets. A Bitcoin is divisible into smaller units, with the smallest unit (a satoshi) worth 0.00000001 Bitcoins.

It is not easy to measure the importance of these factors on determining the futures price. An econometric perspective will be used with a data base of the CBOE markets (closed in July 2019). Finally, the authors will proposed a formula for the futures price determination.

The initial proposed model will be represented by the following formula (2):

$$F_t^T = S_t * e^{r*(T-t)} - Phf_t - Vpw - Vmc_t - Vwe_t(2)$$

Where *Phf* represents the forecasted price of any new coin arising from a hardfork, *Vpw* the effect of volatility of the previous week, *Vmc* the effect of volatility during closing hours, and *Vwe* the effect of volatility on weekends.

Firstly we analyze correlations among all considered variables (Table 2). We will use a similar model to the one used in Chen and Tsai (2017) although including some additional variables.

Table 2: Correlation among every return of every variable included in the study

	Futures	Spot	US 1 M	Phf	Vpw	Vmc	Vwe
Futures	100,00%						
Spot	78,52%	100,00%					
US 1 M	3,91%	-1,08%	100,00%				
Phf	59,57%	75,56%	0,65%	100,00%			
Vpw	-5,83%	-5,63%	-4,98%	-3,41%	100,00%		
Vmc	-6,33%	-0,82%	19,32%	-5,48%	15,83%	100,00%	
Vwe	-1,97%	2,24%	-16,90%	1,92%	8,50%	2,79%	100,00%

Source: Our elaboration based on the Gemini and CME markets

The first conclusion is that returns of all exogenous variables proposed seems to be correlated (negatively or positively) specially futures and spot Bitcoin contracts. All returns tend to have the forecasted relationship in accordance with out assumptions, but the hardforks, these do not act as a dividend (it will hold a negative relationship if that was the case).

The initial model will try to explain the Bitcoin futures returns with the variables included in Table 2 is shown in Table 3.

Table 3: First Model with all the exogenous variables to explain Bitcoin Futures

	Coefficients	T Student	Lower 95%	Higher 95%
Interception	-0,00422764	-0,87112771	-0,01374998	0,0052947
Spot	0,81940583	27,8072478	0,7615871	0,87722456
US 1 M	190,342852	2,92947226	62,8532679	317,832436
Phf	-0,00272721	-0,13641409	-0,04195442	0,03649999
Vpw	0,00045384	0,08441571	-0,01009515	0,01100284
Vmc	-0,00682523	-3,50448967	-0,01064661	-0,00300385
Vwe	-0,00384706	-1,37509514	-0,00933644	0,00164233

The following results can be observed:

- The intercept is negative. That is really important because explains the reason why the base tends to be negative in the futures market and in many occasions futures are trading below spot.
- All the returns of all the variables considered are significant in the explanation of the futures.
- Finally, the importance of spot, US 1M and hardfork returns are, by far, the most important.

Based on the scarce correlation shown by some of the variables, we have tested different models, introducing different combination of the variables, finishing developing a Final Model considered as the optimal model. We obtained the results showed in Table 4.

Table 4: Final Model with spot, US 1 M and Hardfork returns to explain Bitcoin Futures return

	Coefficients	T Student	Lower 95%	Higher 95%
Interception	-0,00390837	-1,96105975	-0,00781886	2,1189E-06
Spot	0,81304371	27,5324755	0,75510153	0,87098589
US 1 M	160,481574	2,55178424	37,0837681	283,879379
Phf	0,00278775	0,13919041	-0,03651031	0,04208581

Based on this final model, the results and implications for the research will then be studied.

4. RESULTS

After introducing several explanatory variables in the initial model, we proposed the formula 2 as the Final Model, considering that the return of Bitcoin futures depends on the following exogeneous variables. That model changes slightly the cost of carry traditional formula and represents a better valuation for futures.

$$F_t^T = S_t * e^{r*(T-t)} - Phf_t \quad (2)$$

Once we have obtained the drivers of the price discovery for the futures return, the next step would be to make the regression on the prices with the variables that explain accurately the returns, with the following results showed in Table 5.

Table 5: Final Model statistical data

Multiple Correlation	0,99967301
R2	0,99934613
Adjusted R2	0,99934255
Typical Error	357,302288
Data Simple	1104

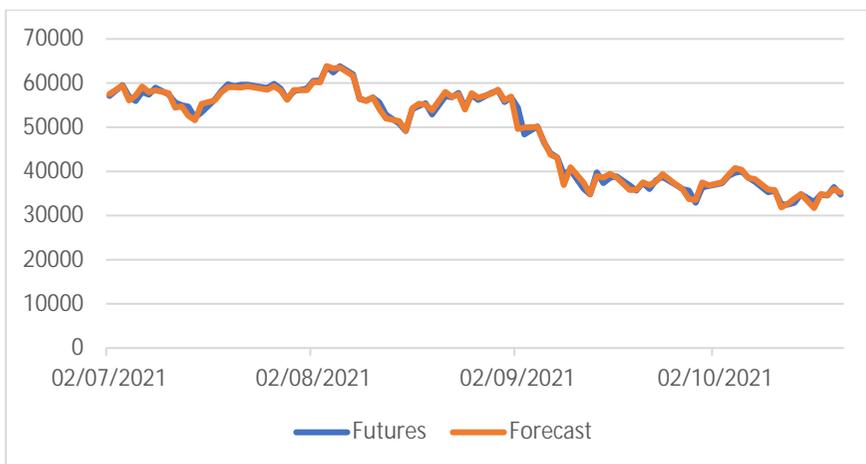
We can observe that all variables are statistically relevant, according to the t statistic test of acceptance with 99% significance and adjusted R^2 (99,8%). From the econometric point of view, this is the best model among the studied set. The sign of the coefficients is self-explanatory:

- The intercept is negative; therefore it seems that participants in the futures market maintain a consistent negative base towards spot (perhaps due to the stricter rules of this organized market compared to the spot)
- The spot has a coefficient of 1, as we would expect.
- Yield is positively related to futures price, in line with expectations.

The completely unexpected outcome is that the return of the synthetic asset composed from the hardforked assets (Ph') correlates positively with futures return. That could mean that investors do not perceive these assets as a dividend, but as a measure of the attractiveness of the crypto market itself.

In order to check the fit of the selected model, we have forecasted the value of the futures from July first to November 2021 with the model finding a very robust accuracy as can be appreciate in Chart 10.

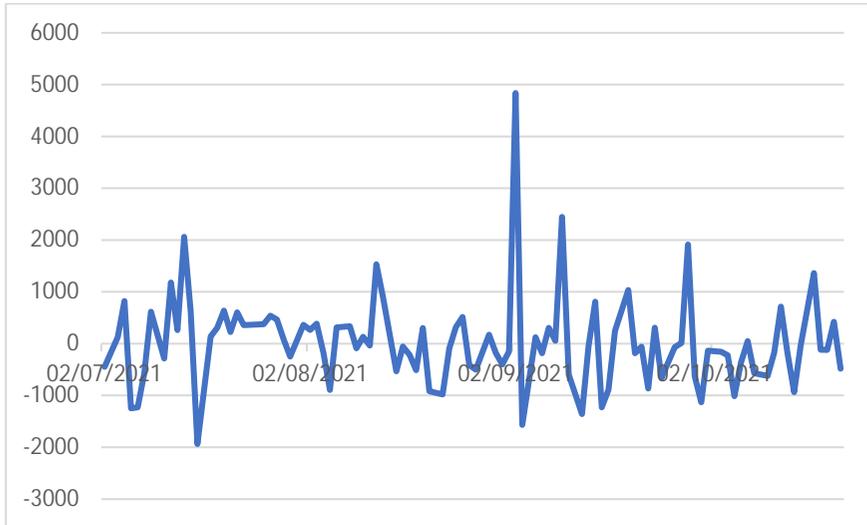
Chart 10: Comparison of the real futures and the forecasted ones based on the Final Model



Source: Our elaboration based on the Gemini, bond, and CME futures

Based on this model, we have calculated the residuals of the model (obtained with the difference between Forecasted futures price and Real futures price) (Chart 11) and it turned out that they keep the desired properties, especially homoscedasticity.

Chart 11: Residuals obtain in Final Model



Source: Our elaboration based on the Gemini, bond and CBOE markets

To further analyze the results obtained, we calculated also a confusion matrix, comparing the forecasted return (positive or negative) against the real value with the following results (Table 6).

Table 6: Confusion Matrix on the Final Model

Real/ Forecasted	Positive Return	Negative Return
Positive Return	42.78%	8.65%
Negative Return	8.76%	39.82%

Source: Our elaboration based using CME futures on Bitcoin, and the forecasted futures by our model

In general terms, the homoscedasticity is kept pointing to the robustness of this model, results of the confusion matrix point to a quite symmetric nature of results. Also, the results of this study demonstrate that most of the hypothesis initially considered did not show its relevance. Most

of our assumptions were based on the idea that Bitcoin futures prices would have a similar behavior to the stock futures, but in fact it tends to be closer to the commodities futures (coinciding with Akyildirim et al., 2019).

Comparing initial hypothesis and the final findings we can conclude that the model only supports one of the Hypothesis considered.

As we considered in the Hypothesis 1, there is an effect induced by the hardforked assets prices. Data shows that the price of the hardforked assets do not behave as if they were a sort of dividend, just on the contrary they are positively correlated with futures prices, when a regression using prices is conducted considering that this synthetic asset at maximum represents 8% of the futures prices (Chart 8). This conclusion does not support the Hypothesis 1 that expected a negative influence of hardforks on futures price.

Following with Hypothesis 2, it seems clear that there is a backward effect that goes beyond the weekend effect or any other related to the less extended hours of trading in the futures market. The effect of volatility on weekends affects positively on Bitcoin futures price, however with no relevant statistic value. Data is not completely clear about this fact, the acceptance of this variable as explanatory of futures prices is not conclusive.

Hypothesis 3 has been tested finding that the acceptance of this variable as explanatory of futures prices is proposed, although its explanatory capacity is very scarce.

Finally, we found out that the effect of the volatility of the previous week negatively affects the futures price, following the Hypothesis 4, however this effect has a very scarce level of acceptance from the statistical point of view.

5. CONCLUSIONS

The introduction of Bitcoin futures by CME coincides with Bitcoin prices reaching record highs of approximately US\$20,000 before

falling to less than US\$8000 during 2018. This occurrence leads us to question the relationship between futures and market prices.

Following this idea, numerous studies have been published looking at this relationship, specifically for Bitcoins, reaching different conclusions. Some have suggested that the Bitcoin futures market dominates the price discovery process (Kapar and Olmo 2019), following Gonzalo and Granger's common factor component to quantify the contribution as a weighted combination of the futures and spot market (1995); that is, they believe that the model clearly reflects the leadership of the Bitcoin futures markets with respect to the spot market. However, there are other authors who have suggested otherwise, such as Corbet et al. (2018) and Baur and Dimpfl (2018), who relied on the information share methodology of Hasbrouk (1995) and Gonzalo and Granger (1995) and found that the spot price leads the futures price.

For their part, Baur and Dimpfl (2018) in their empirical analysis concluded that the spot market also leads price discovery but with significant variations across time, and besides that price discovery was stronger when the Bitcoin prices were at highs, compared to the periods with lower prices. Akyildirim (2019) verified the view that Bitcoin futures dominate price discovery relative to spot markets (the same as Alexander (2019) in the BitMex market), and additionally that CBOE futures are found to be the leading source of informational flow, compared directly to their CME equivalents.

We consider that, unlike the Hasoruk Model (Hasoruk, 1995) and Gonzalo and Granger (1995), the value of the futures will be determined by, at least, the following variables:

- A constant that explains the preference of participants to hold the spot instead of the futures, very similar to the backwardation effect in commodity futures. In that sense we fully support the view of Bitcoin futures behaving more like a commodity than a stock or currency future.
- The cost of carry, unfortunately due to the very low rates that happened during the analysis period, it is very complex to

verify fully if the effect of interest is like other similar assets, more research is needed when interest rates raise.

- We found a relatively small and positive effect from the value of the hardforked assets. In fact, they do not behave as a dividend but rather its effect sometimes compensates the backward effect totally or partially. We found that sixty-four percent of the days with forks, the base is negative (Chart 4). It can be said that futures overreact to these “dividends”, systematically reflecting the lack of efficiency of Bitcoin futures. Therefore, the issue of a fork seems to be an input for the valuation of the futures on Bitcoin, however not very important to the explanation of the futures prices and Bitcoin prices.
- The pricing of Bitcoin futures in general, is close to the commodity ones much more than to any other asset class (coinciding with Akyildirim et al., 2019)
- The analysis conducted in this paper shows that volatility has increased in the Bitcoin spot market around the announcement of trading in Bitcoin futures. In the period covered by this study, hedging portfolios constructed with futures could not mitigate the risk inherent in the underlying spot market. Both hedging strategies considered resulted in an increase in volatility. The price discovery analysis indicates that price is focused on the spot market, in keeping with the argument that the traders in the futures market are uninformed noise traders. These results together support the conclusion of Yermack (2015) that Bitcoin should be seen as an asset of a speculative nature.

6. REFERENCIAS

- Akyildirim, E., Corbet, S., Katsiampa, P. and Sensoy, A. (2019). The Birth of Futures Markets: Exploring the interactions between cryptocurrency derivatives. Research Gate Publications.
www.researchgate.net/publication/332704664
- Alexander, C., Choi, J., Park, H., Sohn, S. (2019). BitMEX bitcoin derivatives: Price discovery, informational efficiency, and hedging effectiveness. *The Journal of Futures Markets*, 40, 1, 23-43
- Ballester, JM., Climent, F. and Furió, D (2016). Market efficiency and price discovery relationships between spot, futures and forward prices: the case of the Iberian Electricity Market (MIBEL). *Spanish Journal of Finance and Accounting*, 45,2, 135-153, DOI: 10.1080/02102412.2016.1144441
- Baur, D. G. and Dimpfl, T. (2019). Price discovery in Bitcoin spot or futures? *The Journal of Futures Market*, 9, (7), 803-817. DOI: 10.1002/fut.22004
- Chang, C.P. and Lee, C.C. (2015). Do oil spot and futures prices move together? *Energy Economics*, 50, 379-390. DOI: 10.1016/j.eneco.2015.02.014
- Chen, Y. and Tsai, W. (2017). Determinants of price discovery in the VIX futures market. *Journal of Empirical Finance* Volume, 43, September 2017, Pp. 59-73
- Corbet, S., Lucey, B., Peat, M. and Vigne, S. (2018). Bitcoin futures-What use are they? *Economics Letters*, 172, 23-27. DOI: 10.1016/j.econlet.2018.07.031
- Fama, E.F., and French, K.R. (1987). Commodity futures prices: Some evidence on forecast power, premiums and the theory of storage. *The Journal of Business*, 60, 1, 55-73
- French, K. R. (1986). Detecting Spot Price Forecasts in Futures Prices. *The Journal of Business*, 59 (2-2). *Futures and Options Markets* (Apr.), S39-S54. www.jstor.org/stable/2352781
- FUNCAS (2019). Observatorio de digitalización financiera de FUNCAS. Criptomercados y blockchain 2019 SI
- Gonzalo, J. and Granger, C. (1995). Estimation of common long-memory components in cointegrated systems. *Journal of Business & Economics Statistics*, 13, 1, 27-35. DOI: 10.2307/1392518
- Hasbrouck, J. (1995). One security, many markets: Determining the contributions to price discovery. *The Journal of Finance*, 50, 4, 1175-1199. DOI: 10.2307/2329348

- Houben, R. and Snyers, A. (2018). Legal context and implications for financial crime, money laundering and tax evasion. Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies. Directorate-General for Internal Policies, PE 619.024
- Hurst, B., Ooi, Y. H., and Pedersen, L. H. (2010): Understanding managed futures. AQR Capital Management
- Kapar, B. and Olmo, J. (2018): An analysis of Price Discovery between Bitcoin futures and spot markets. *Economics Letters*, 174, 62-64. DOI: 10.1016/j.econlet.2018.10.031
- Malliaris, A. and Ziemba, W. (2015). *The World Scientific Handbook of Futures Markets*. World Scientific. London
- Nakamoto, S. (2008). *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>
- Stein, J.L. (1976). *The Simultaneous Determination of Spot and Futures Prices. The Economics of Futures Trading*. Palgrave Macmillan, London
- Sensoy, A. (2019). The inefficiency of Bitcoin revisited: A high-frequency analysis with alternative currencies. *Finance Research Letters*, 28, 68–73
- Treleaven, P., Gendal Brown, R. and Yang, D. (2017): *Blockchain Technology in Finance*. *Computer*, 50, 9
- Urquhart, A. (2016). The inefficiency of Bitcoin. *Economics Letters* 148, 80–82
- Yermack, D. (2015): Is bitcoin a real currency? An economic appraisal. *Handbook of Digital Currency*, 31-34. Elsevier. DOI: 10.1016/B978-0-12-802117-0.00002-3
- Zamyatin, A., Harz, D., Lind, J., Panayiotou, P., Gervais, A., & Knottenbelt, W. (2019). Xclaim: Trustless, interoperable, cryptocurrency-backed assets. *IEEE Security and Privacy*

PRESENTE Y FUTURO DE LA TRIBUTACIÓN DEL COMERCIO INTERNACIONAL DE BIENES EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

MARTA MELGUIZO GARDE
Universidad de Zaragoza

1. INTRODUCCIÓN

La globalización, los avances tecnológicos y la digitalización ha favorecido el desarrollo del comercio internacional. Así, en los últimos 25 años se ha producido un aumento en promedio tanto del volumen como del valor del comercio mundial del 4% y el 5% respectivamente¹⁶. Y ello pese a que, al considerar los datos más recientes, que están referidos al año 2020, éstos muestran un descenso con respecto a años anteriores al recoger los efectos de la pandemia sanitaria provocada por el COVID.

La Unión Europea de 27 miembros representa aproximadamente el 14 % del comercio mundial de mercancías, que es aproximadamente tres veces superior al de servicios ya que éstos, por su propia naturaleza, son más difíciles de comercializar internacionalmente¹⁷. No obstante, en la última década el crecimiento del comercio de servicios (5,4% anual) ha sido mayor que el de mercancías (4,6% anual)¹⁸. De ellos el mayor crecimiento (superior al 10% anual) ha sido experimentado por servicios informáticos e investigación y desarrollo.

¹⁶ Datos de la Organización Mundial del Comercio (OMC) consultados en enero 2022 en <https://bit.ly/3f1Jexw>.

¹⁷ Datos del Eurostat consultados en enero 2022 en <https://bit.ly/3HQqqOe>.

¹⁸ Datos del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno de España consultados en enero 2022 en <https://bit.ly/3zFvT7l>.

La transformación digital de la economía ha posibilitado el comercio internacional de servicios, hasta hace unos años muy limitado, como los servicios profesionales, y justifica tanto el aumento del comercio de mercancías a través del comercio electrónico como del contratado por particulares.

Tanto el volumen como las tendencias en el comercio internacional y el desarrollo tecnológico de las agencias tributarias motivan la adopción de cambios trascendentales en la imposición indirecta. Algunos, como los referidos a los servicios contratados por particulares y los prestados por vía electrónica, de telecomunicaciones y de radiodifusión y televisión, ya estaban puestos en marcha desde hace unos años. Otros, los que analizamos en profundidad en este trabajo, están en vigor desde el 1 de julio de 2021. Y otros, los referidos al comercio transfronterizo entre empresas, está inicialmente previsto que comiencen en julio del 2022 (Verdún y Hernández, 2019).

2. OBJETIVOS

La transposición por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de las Directivas del Consejo de la Unión Europea (UE, en adelante) 2017/2455 y 2019/1995 introduce importantes modificaciones en el ámbito de la tributación de las entregas de bienes y prestaciones de servicios que, generalmente contratados por internet y otros medios electrónicos por consumidores finales comunitarios, son enviados o prestados por empresarios o profesionales desde otro estado miembro o un país o territorio tercero. El objetivo de este trabajo es analizar todas las medidas en él recogidas y contextualizarlas.

A partir del 1-7-2021 las operaciones contratadas en el exterior por consumidores finales quedan sujetas al IVA en el estado miembro de llegada de la mercancía o de establecimiento del destinatario, es decir, tributan en destino o país de consumo. Esto supone un cambio de paradigma en el ámbito comunitario, ya que desde el 1-1-1993 con la desaparición de las fronteras interiores, tributaban en el país donde estuviese ubicado el vendedor o país de origen.

La tributación en destino busca facilitar el comercio internacional y la coexistencia de diferentes tipos de gravamen ya que los consumidores tributarán en su país sin verse afectados por la tributación en el país del vendedor. Pero obviamente genera un coste para el vendedor que ha de repercutir los diferentes tipos de IVA correspondientes a los países de consumo. Por ello se excluye al pequeño vendedor. Como alternativa a darse de alta y liquidar en cada uno de los estados miembros donde se localizan las operaciones por estar allí los consumidores, se establece la posibilidad de que el vendedor pueda optar por ingresar mediante una única declaración presentada telemáticamente en el estado miembro de identificación, el IVA devengado por todas sus operaciones efectuadas en la UE que deban tributar en otro país, a través del sistema de ventanilla única (OSS, One-Stop Shop).

La Ventanilla Única cuenta con tres modalidades optativas y no excluyentes englobadas en los denominados Régimen exterior a la Unión (EUOSS), Régimen de la Unión (UOSS), y Régimen de Importación (IOSS). Se refieren exclusivamente a entregas o prestaciones efectuadas por los empresarios o profesionales a consumidores finales.

3. DISCUSIÓN

Tanto el número de cambios normativos introducidos como la interrelación entre ellos justifican se desarrollen de manera gradual en diferentes epígrafes. Se comienza por las ampliaciones del concepto de entrega de bienes refiriéndose a las ventas a distancia de bienes según sea intracomunitaria (8.Tres.1 LIVA) o de bienes importados de territorios terceros (8.Tres.2 LIVA)¹⁹. Seguidamente se concreta cuando se interviene de manera indirecta por el vendedor en la expedición o el transporte y el papel de las interfaces digitales. Por último, se abordan los dos regímenes de ventanilla única relativos a los bienes (el de la Unión y el de Importación) y la deducción de las cuotas soportadas en los mismos.

¹⁹ Por LIVA nos referimos a la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido y por RIVA al Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido.

3.1. VENTAS A DISTANCIA INTRACOMUNITARIAS DE BIENES

Se establece han de ser entregas de bienes que cumplan los siguientes requisitos:

- que no tengan por destinatario un empresario. Son las denominadas operaciones B2C (“business to consumer”, o de empresario a no empresario). Es decir, no estén incluidas en el ámbito de lo denominado B2B (“business to business”). Lo que englobará como destinatarios de las entregas tanto a los consumidores personas físicas (cualquiera que no tenga la condición de empresario o profesional actuando como tal) como a aquellos sujetos cuyas adquisiciones intracomunitarias de bienes no estén sujetas al impuesto en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 LIVA (los denominados PRES que engloba a los sujetos acogidos al régimen especial de la agricultura, ganadería y pesca, a los que exclusivamente realizan operaciones que no originan la deducción total o parcial del impuesto y a las personas jurídicas que no actúen como empresarios o profesionales) o en el precepto equivalente al mismo que resulte aplicable en el estado miembro de llegada de la expedición o el transporte
- expedidos o transportados por el vendedor, directa o indirectamente, o por su cuenta, (excluyéndose, por tanto, el transporte con cargo al comprador tal y como se desarrolla en 3.3)
- entre dos estados miembros distintos (literalmente dice a partir de un estado miembro distinto del de llegada de la expedición o del transporte con destino al cliente)
- excluyéndose los bienes objeto de dichas entregas sean bienes distintos de los medios de transporte nuevos, definidos en el artículo 13.2.º LIVA, y de los bienes objeto de instalación o montaje a que se refiere el artículo 68.Dos.2.º LIVA.

En tanto que entrega de bienes entre dos países es crucial determinar cuándo se entienden realizadas en TAI. Para ello se establecen en los apartados Tres.(a y b), Cuatro y Cinco del artículo 68 de LIVA unas reglas propias excluyéndose dos tipos de bienes más:

- los bienes cuyas entregas hayan tributado conforme al régimen especial de bienes usados, objetos de arte, antigüedades y objetos de colección en el estado miembro de inicio de la expedición o transporte
- los bienes que sean objeto de los impuestos especiales cuando sus destinatarios sean las personas cuyas adquisiciones intracomunitarias de bienes no estén sujetas al impuesto en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 LIVA (los PRES) o en el precepto equivalente al mismo que resulte aplicable en el estado miembro de llegada de la expedición, ya que en este caso se trata de que tributen en el país de consumo (68.Cuatro y Cinco. LIVA). No computando para el límite del artículo 73.

Así, la nueva redacción del artículo 68.Tres (a y b) LIVA, y de sus equivalentes en otros países miembros, establece que las ventas a distancia intracomunitarias de bienes tributarán en destino (el lugar de llegada de la mercancía o transporte con destino al cliente). Salvo las que tributarán en origen, en el país inicio del transporte, por ser realizadas por pequeños vendedores o microempresas que cumplan las siguientes condiciones:

- realizadas por un empresario establecido únicamente en un estado miembro por tener en el mismo la sede de su actividad económica o su único establecimiento o establecimientos permanentes en la Comunidad o, en su defecto, el lugar de su domicilio permanente o residencia habitual
- no hayan superado el límite de 10.000,00 € previsto en el artículo 73 LIVA y no hayan optado en el país donde están establecidos por tributar en destino (o tal y como literalmente dice la ley tributar como si hubiera excedido el límite de 10.000 euros)

En cuanto al límite del artículo 73 LIVA, engloba tanto a las ventas a distancia intracomunitarias de bienes (artículo 68.Tres.a y b LIVA) como a las prestaciones de servicios digitales (los prestados por vía electrónica, de telecomunicaciones y de radiodifusión y televisión de

los artículo 70.Uno.4.º y 8.º LIVA) que tengan en todos los casos como destinatarios a consumidores finales. Por tanto, no incluye al resto de servicios distintos de los anteriores que desde el 1-7-2021 están incluidos en el UOSS.

Pues bien, el límite del artículo 73 LIVA se establece en función del importe total, excluido el impuesto, de dichas entregas de bienes y/o prestaciones de servicios realizadas en la UE, durante el año natural precedente y se fija en 10.000 euros, o su equivalente en su moneda nacional. De manera que, si en el año anterior se ha superado el umbral este año tributarán en destino y en otro caso tributarán en origen salvo opción, pero sólo mientras este año no alcancen dicho límite. Ya que desde la venta a distancia en que se supere ese límite se ha de tributar en destino (tal y como establece el artículo 68.Tres.a LIVA para los bienes y en el artículo 70.Uno.4.º.a LIVA para los servicios) con independencia del volumen del año pasado. Por eso, es posible en estos casos, que durante el año las primeras ventas a distancia (y/o servicios digitales) tributen en origen y el resto en destino. Para la aplicación del límite debe considerarse que el importe de la contraprestación de las operaciones no podrá fraccionarse.

Tanto la cuantía del límite como su forma de operar es similar a la establecida para que los PRES (los sujetos acogidos al régimen especial de la agricultura, ganadería y pesca, los que exclusivamente realizan operaciones que no originan la deducción total o parcial del impuesto y las personas jurídicas que no actúen como empresarios o profesionales) tributen en destino por sus adquisiciones intracomunitarias de bienes de acuerdo al art. 14 LIVA (aunque la forma de cumplimentar el modelo 036 (o Declaración censal de alta, modificación y baja en el censo de empresarios, profesionales y retenedores) es diferente ya que sólo indican si ejercen la opción por tributar en destino (la denominada Opción por el régimen general de IVA de las casillas 910, sujeción, ó 911, no sujeción,) y si han superado el umbral de 10.000 en sus adquisiciones intracomunitarias (casilla 912) o no (casilla 913).

Los empresarios o profesionales que realicen estas operaciones podrán optar, en el estado miembro de inicio de la expedición o transporte de los bienes con destino al cliente o en el que estén establecidos,

tratándose de las prestaciones de servicios, por la tributación de las mismas como si el límite previsto en el párrafo primero hubiera excedido los 10.000 euros.

Cuando se trate de empresarios o profesionales que estén establecidos en el territorio de aplicación del impuesto español y desde allí se inicie de la expedición o transporte de los bienes, la opción se realizará mediante la Declaración censal de alta, modificación y baja en el censo de empresarios, profesionales y retenedores o modelo 036 y comprenderá, como mínimo, dos años naturales. Además, se revocará a los dos años esta opción automáticamente salvo que reitere la opción en el plazo máximo de un mes una vez transcurridos los dos años naturales desde la fecha efectiva de la opción (artículo 22 RIVA).

Pues bien, en este caso, si el año anterior el sujeto pasivo no excede los 10.000 euros (marcará la casilla 756 del modelo 036) y opta por tributar en destino, marcará la casilla 757 y en la fecha de efectos (casilla 759) indicará la de comunicación de la opción (o revocación) mediante el modelo 036. En cuanto a los plazos, se aplica la regla general. Se podrá presentar el modelo 036 marcando la opción o renuncia con fecha de efecto como máximo un mes desde que se hayan producido los hechos que determinan su presentación y, en cualquier caso, antes del vencimiento del plazo para la presentación de la primera declaración periódica afectada por la variación puesta en conocimiento de la administración tributaria o que hubiese debido presentarse de no haberse producido dicha variación (regla general del art. 10.4 c) del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, RGAT en adelante). Para revocar la opción cuando proceda marcará la casilla 758.

En cambio, si el sujeto pasivo excede los 10.000 euros el año natural precedente deberá comunicarlo en el plazo de un mes a que supere el límite del art. 73 LIVA (marcará la casilla 755) y se le aplicará la tributación en destino. No obstante, aunque no comunique este hecho en el modelo censal siempre se le aplicaría automáticamente desde el 1 de enero del año siguiente. Cuando en un año posterior no exceda, deberá

revocar la tributación en destino (casilla 758) o comunicar que opta por seguir tributando en destino (casilla 757).

El art. 22 RIVA además establece que en el caso del ejercicio de la opción de tributar en destino deberán justificar ante la Administración tributaria que las entregas a distancia intracomunitarias de bienes como los servicios digitales han sido declarados en los otros estados miembros mediante la presentación de los justificantes de declaración de ingreso del IVA devengado en dicho estado miembro. A no ser que se haya optado por el UOSS lo que supone un claro incentivo a optar por acogerse a ese régimen de ventanilla única.

Otro caso es el de microempresarios de otros países que vendan a consumidores situados en TAI y que hayan optado en sus respectivos países por tributar en destino. En caso de no optar por el USOS, han de tributar en cada país de sus consumidores de acuerdo a los modelos tributarios nacionales. En este caso el modelo 036 contempla que se les comunicará si han pasado o no el límite de los 10.000 euros (casilla 750 ó 751 respectivamente) pudiendo, en el caso de no haberlo hecho y optado en su país por tributar en destino, marcar destino (casilla 752) o, su revocación (casilla 753), en cualquier momento. En estos casos no se establece ni período máximo de permanencia ni de revocación automática (ya que en definitiva ha de cumplir las obligaciones impuestas por su país).

3.2. VENTAS A DISTANCIA DE BIENES IMPORTADOS DE PAÍSES O TERRITORIOS TERCEROS

Son las entregas de bienes que hayan sido expedidos o transportados por el vendedor, directa o indirectamente, o por su cuenta, a partir de un país o territorio tercero con destino a un cliente situado en un estado miembro, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- que no tengan por destinatario un empresario. Son las denominadas operaciones B2C del apartado anterior.
- excluyéndose los bienes objeto de dichas entregas sean bienes distintos de los medios de transporte nuevos, definidos en el artículo 13.2.º LIVA, y de los bienes objeto de instalación o montaje a que se refiere el artículo 68.Dos.2.º LIVA

Por tanto, con respecto a las ventas a distancia intracomunitarias de bienes estriba que los bienes transportados por el vendedor son bienes situados en un país o territorio tercero en vez de ser bienes situados en otro país comunitario. Recalcar es importante se expidan físicamente desde un tercer país o territorio (no englobando, por tanto, a las entregas de bienes desde un depósito aduanero).

Estas ventas a distancia de bienes importados son independientes de la importación que realiza el destinatario de los bienes importados, ya que en estos casos se producen normalmente dos devengos: el de la venta a distancia del bien importado y el de la propia importación del bien, pudiendo o no coincidir el estado miembro de importación y el del destino final de los bienes.

En el caso en que coincidan los países para determinar el lugar de realización hay que distinguir entre:

- si se aplica el IOSS (lo que requiere, entre otras cosas, que el valor del bien no sea superior a 150 €). El lugar de realización:
 - de la venta a distancia es el de llegada de la expedición o transporte con destino al cliente (art. 68.Tres.d LIVA)
 - de la importación es el lugar de entrada en territorio comunitario y estará exenta por el art. 66. 4º LIVA
- si no se aplica el IOSS el lugar:
 - de la venta a distancia depende de si el deudor del IVA es:
 - a.- el cliente, en cuyo caso sería el lugar de inicio del transporte que al ser un país tercero no será imponible en la UE.

b.- el proveedor (o interfaz electrónica) será el lugar donde se importen los bienes

- de la importación es el lugar de entrada en territorio comunitario y no estará exento por lo que se pagará el IVA de la importación

En el caso en que no coincidan el país de importación y el del destino final de los bienes el lugar de realización de:

- de la venta a distancia es el de llegada de la expedición o transporte con destino al cliente (art. 68.Tres.c LIVA)
- de la importación es el lugar de entrada en territorio comunitario o donde tiene lugar su despacho a libre práctica. La normativa aduanera establece que sólo los bienes del IOSS pueden ser admitidos a libre práctica en un país miembro distinto del final de los bienes, aplicándose el régimen de tránsito en otro caso. Por ello debemos distinguir:
 - si se está en el IOSS, la importación está exenta por el art. 66. 4º LIVA. Hay que tener presente que el proveedor o interfaz recauda el IVA al cliente de la venta a distancia de bienes importados
 - en otro caso, se pagará el IVA en el estado miembro donde se encuentre el destino final de los bienes

3.3. INTERVENCIÓN DE MANERA INDIRECTA POR EL VENDEDOR EN LA EXPEDICIÓN O EL TRANSPORTE

El art. 1 RIVA entiende que a los efectos de las definiciones de las ventas a distancia se entiende la intervención indirecta del vendedor, en particular, en los casos regulados por el art. 5.bis del Reglamento de Ejecución (UE) nº 282/2011 del Consejo, de 15 de marzo de 2011, por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del IVA (RUEIVA). Es decir:

a) cuando el proveedor subcontrate la expedición o el transporte de los bienes a un tercero que los entregará físicamente al cliente

b) cuando un tercero se encargue de la expedición o el transporte de los bienes, pero el proveedor asuma toda o parte de la responsabilidad por la entrega física de los bienes al cliente

c) cuando el proveedor facture y cobre las tasas de transporte al cliente y las remita ulteriormente a un tercero que se encargará de organizar la expedición o el transporte de los bienes

d) cuando el proveedor contribuya por cualquier medio a los servicios de entrega de un tercero al cliente, ponga en contacto al cliente y a un tercero o facilite de cualquier otra forma a un tercero la información necesaria para la entrega de los bienes al consumidor

No obstante, no se considerará que los bienes han sido expedidos o transportados por el proveedor o por su cuenta cuando el cliente transporte él mismo los bienes o cuando el cliente organice la entrega de los bienes con un tercero y el proveedor no intervenga de manera directa o indirecta para organizar o contribuir a organizar la expedición o el transporte de dichos bienes.

3.4. LAS INTERFACES DIGITALES: PLATAFORMAS, PORTALES Y MERCADOS EN LÍNEA (8.BIS LIVA)

Por interfaz digital o electrónica se entiende un concepto amplio que permite a dos sistemas independientes, o a un sistema y al usuario final, comunicarse con la ayuda de un dispositivo o programa. Puede englobar un sitio web, un portal, una pasarela, un mercado en línea o Marketplace, una interfaz de programación de aplicaciones (API), etc.²⁰

Para asegurar el correcto ingreso del IVA y reducir las cargas administrativas desde el 1-7-2021 se entiende que los empresarios o profesionales titulares de una interfaz digital han recibido y entregado en nombre propio los bienes (por tanto, son considerados proveedores) cuando faciliten las siguientes ventas:

²⁰ Ver detalles en las “Notas explicativas sobre las normas del IVA en el comercio electrónico disponible” en <https://bit.ly/3zD27Q>.

- Ventas a distancia de bienes importados de países o territorios terceros en envíos cuyo valor intrínseco no exceda de 150 euros.
- Entregas de bienes en el interior de la Comunidad por parte de un proveedor no establecido en la Comunidad a consumidores finales (B2C) tanto en lo que respecta a las entregas nacionales como a las ventas a distancia intracomunitarias de bienes. Por tanto, engloba a los bienes que se despachaban a libre práctica en la UE y a los bienes que ya están almacenados en un depósito aduanero (que al no provenir de un país tercero no se pueden considerar comprendidos en el término de venta a distancia de bienes importados de territorios terceros).

Por lo que en estos casos se establece la ficción de que una única entrega del proveedor (denominado, subyacente) al consumidor final (B2C) mediante una interfaz digital se divide en dos entregas de bienes:

- una del proveedor subyacente al titular de la interfaz (B2B por lo que la llamaremos *B*)
- y otra por parte del titular de la interfaz al consumidor final (B2C, por lo que la llamaremos *C*). El transporte de los bienes, aspecto crucial en ambos casos ya que se produce comercio internacional de bienes, se encuentra vinculado a esta entrega (art. 8 bis LIVA).

De manera que se considera que la interfaz ha adquirido los bienes al proveedor subyacente y los vende posteriormente al cliente. El devengo de ambas entregas se produce con la aceptación del pago del cliente (art. 75.Tres LIVA).

La tributación y obligaciones de facturación de las dos entregas anteriores (*B* y *C*) será diferente según nos encontremos ante una:

- Ventas a distancia de bienes importados que supone para la entrega:

B: se produce fuera de la UE por lo que el proveedor subyacente no tiene obligaciones de facturación (aunque la

normativa aduanera podrá exigir una factura comercial pese a estar exento).

C: como el adquirente es consumidor de la UE no existe con carácter general obligación de facturar, aunque los Estados miembros están autorizados a poder exigir una factura. En cuyo caso hay que distinguir si:

- se acoge al IOSS, que obliga a aplicar las normas de facturación del estado miembro de identificación
 - no se acoge IOSS, facturará de acuerdo con el estado miembro donde se considere que tiene lugar la venta a distancia. Repercutirá el IVA de acuerdo con los tipos y modelos del estado de consumo comunicándoselo al otro país.
- Entrega de bienes dentro de la UE que puede corresponder a:

B: que supondrá que el proveedor subyacente deberá facturar a la interfaz-proveedor según la normativa del estado miembro donde se produzca la entrega. Esta entrega está exenta de IVA (art. 20 bis LIVA) debiendo aportar en la aduana el vendedor, o el intermediario que actúe en su nombre, el número de identificación del régimen especial asignado como tarde en el momento de presentar el DUA (documento único administrativo) pero otorga al proveedor subyacente el derecho a la deducción del IVA soportado (art. 94. Uno.1º.c LIVA)

C, si es una entrega nacional porque la interfaz y el consumidor están en el mismo país miembro, serían válidos los comentarios anteriores

C, si es una venta a distancia intracomunitaria de bienes. En este caso gravará de acuerdo con el IVA aplicable del estado miembro de consumo distinguiendo si:

- se acoge al UOSS, no existe obligación de facturar, pero si se hace factura se hará de acuerdo al estado miembro de identificación

- no se acoge, que facturará de acuerdo al estado miembro donde se considere que tiene lugar la venta a distancia

No todas las operaciones realizadas por una interfaz han de tributar de esta manera ya que ésta ha de facilitar la venta. Si sólo se limita a publicitar y, a la hora de comprar, redirige a otra web (por ejemplo, del fabricante) desde dónde se realiza la venta no se produce la acción de facilitar. Concretamente el art. 5 del RUEIVA define que se entiende por facilitar la utilización de una interfaz electrónica a fin de que un cliente y un proveedor que ponga bienes a la venta a través de la interfaz electrónica puedan entablar un contacto que dé lugar a una entrega de bienes a través de esa interfaz electrónica.

No obstante, un sujeto pasivo no facilitará una entrega de cuando no establezca, de manera directa o indirecta, las tres condiciones siguientes: ni los términos y condiciones en que se efectúa la entrega de bienes, ni la autorización del cobro al cliente de los pagos efectuados, ni en el pedido o la entrega de bienes.

Tampoco se aplica a los sujetos pasivos que sólo se encarguen del tratamiento de los pagos en relación con la entrega de bienes, del listado o la publicidad de bienes o de la reorientación o la transferencia de clientes a otras interfaces electrónicas en las que los bienes se ofrezcan a la venta, sin ninguna otra intervención en la entrega.

Los titulares de las interfaces digitales tienen la consideración de sujetos pasivos del impuesto y deberán llevar un registro de las operaciones en los términos fijados por el art. 166. Bis LIVA según se acoja o no a los Regímenes Especiales de ventanilla única.

3.5. EL RÉGIMEN DE LA UNIÓN (UOSS)

Podrán acogerse a este régimen especial de ventanilla única además de los comentados (los que realicen ventas a distancia intracomunitarias de bienes o entregas interiores de bienes mediante interfaz digital) los empresarios o profesionales establecidos en la comunidad, pero no en el estado miembro de consumo, que presten servicios que se consideren prestados en este último, a destinatarios que no tengan la condición de empresario o profesional actuando como tales (nuevamente B2C).

Entre los servicios estarán los incluidos en el límite del artículo 73 LIVA (los que denominamos servicios digitales y que recordamos son: servicios prestados por vía electrónica, de telecomunicaciones y de radiodifusión y televisión, del artículo 70. Uno.4.º y 8.º LIVA) los cuales ya venían utilizando este régimen. Pero desde el 1-7-2021 estarán también todos aquellos servicios prestados a consumidores por empresarios comunitarios no identificados en el país de consumo que deben tributar de acuerdo a las reglas de localización en el país de consumo (tales como los de mediación en nombre y por cuenta ajena de operaciones realizadas en el país de consumo del. Art. 71.uno.6 LIVA, los prestados materialmente en el país de consumo relativos a los accesorios a transportes, los trabajos sobre bienes muebles corporales y los relativos a manifestaciones culturales, deportivas y científicas de acuerdo al art. 70.uno.7 LIVA, los de arrendamiento de medios de transporte en los términos del 70.Uno.9.b y 70.Dos.3 LIVA, etc.) Si los servicios que tienen como destinatarios no empresarios o profesionales actuando como tales se prestarán por un empresario o profesional no establecido en la Comunidad (en vez de uno establecido en otro país miembro distinto al del consumo) se les aplica un régimen especial de ventanilla única propio, el denominado Régimen Exterior de la Unión (EUOSS), al que no nos referiremos por no ser nuestro objeto de estudio. En cambio, las entregas de bienes a distancia por empresario o interfaz digital por un no empresario no establecido estarán incluidas en el mencionado UOSS.

Se entiende como empresario o profesional no establecido en el Estado miembro de consumo a todo aquel que tenga establecida la sede de su actividad económica o posea un establecimiento permanente en el territorio de la Comunidad que no sea en ningún caso el territorio del Estado miembro de consumo.

El estado de identificación depende de los diferentes casos en los que nos encontremos. Así, será el de la sede o el del establecimiento permanente cuando este sea único, y el estado miembro por el que opte, en el caso en que no tenga establecida la sede de su actividad económica en la UE, pero disponga de establecimiento permanente en varios estados miembros. En el caso en que el empresario o profesional no tenga

establecida la sede de su actividad económica ni tenga establecimiento permanente alguno en la UE será el estado miembro en el que se inicie la expedición o el transporte de los bienes, o el estado de elección, si hubiera varios estados miembros. La opción por un Estado miembro vinculará en tanto no sea revocada y será válida, como mínimo, durante el año natural en que se ejercita la opción y los dos años siguientes (se realiza con el formulario 035).

El estado miembro de consumo, en el caso de ventas a distancia intracomunitarias de bienes, es el de llegada de la expedición o el transporte de los bienes con destino al cliente y, en los casos de interfaz, cuando la expedición o el transporte de los bienes entregados comience y acabe en el mismo estado miembro.

Las obligaciones formales en caso de que España sea el estado miembro de identificación son las siguientes:

- disponer de número de identificación fiscal, ya que el número de operador a efectos del UOSS será el número de identificación fiscal ya asignado por la Agencia Estatal de Administración Tributaria al empresario o profesional
- declarar el inicio, modificación o cese de las operaciones acogidas a este régimen especial (formulario 035)
- presentar una autoliquidación por cada trimestre natural (modelo 369²¹), independientemente de que haya realizado operaciones a las que se les aplique este régimen durante el mes siguiente al del período al que se refiere la misma
- ingresar el impuesto correspondiente a cada autoliquidación en el plazo de presentación de la autoliquidación
- llevar y conservar durante un período de diez años un registro de las operaciones incluidas en este régimen que estará a disposición tanto del estado miembro de identificación como del de consumo

²¹ Ver un ejemplo de cumplimentación del 369 para USOS en Longás (2021).

- expedir y entregar factura por todas las operaciones acogidas a este régimen

Cualquier modificación de las cifras contenidas en las autoliquidaciones presentadas, se efectuarán en la autoliquidación correspondiente a un periodo posterior presentada en el plazo máximo de tres años desde la fecha en que debió presentarse la autoliquidación inicial que se pretende modificar.

3.6. EL RÉGIMEN DE IMPORTACIÓN (IOSS)

Este régimen es aplicable sólo a las ventas a distancia de bienes importados de terceros países cuyo valor intrínseco no exceda de 150 € siempre que no sean productos sujetos a impuestos especiales. A estos bienes se les denomina bienes de escaso valor y se corresponden con el importe de la franquicia aduanera (por lo que están exentos del pago de los derechos aduaneros correspondientes a la importación de mercancías y de hacer una declaración completa en la aduana).

Por valor intrínseco de las mercancías de carácter comercial se entiende el precio de las propias mercancías cuando se venden para su exportación al territorio aduanero de la UE, excluido el coste del transporte y los seguros, salvo que se hayan incluido en el precio y no se hayan indicado separadamente en la factura, y cualquier otro impuesto y gravamen que las autoridades aduaneras puedan determinar a partir de cualquier documento pertinente. (art. 48.1 del Reglamento Delegado (UE) 2015/2446 de la Comisión).

Téngase presente que desde el 1-7-2021 se ha suprimido la exención en las importaciones de bienes de escaso valor del art. 34 LIVA para los bienes de hasta 22 euros. Por lo que, desde esa fecha, las importaciones de bienes que no se acojan al IOSS deberán liquidar el IVA a la importación con independencia de su cuantía (no así el arancel del que estarán exentos). Dado el aumento del número de importaciones de bienes de escaso valor (inferior a 150 €) se ha establecido de manera una “Modalidad especial de declaración y pago del IVA a la importación” para aquellos casos que no se opte por el IOSS (167.bis). De acuerdo con esta modalidad optativa la persona que presente los bienes ante la

aduanas (los servicios postales, de mensajería, agentes de aduanas, etc.) recaudará el IVA que recaiga sobre su importación aplicando el tipo impositivo general del destinatario de los bienes importados (véase Ramírez, 2021). Éste es el obligado al pago del impuesto sobre el valor añadido y no ha de autorizar expresamente esta modalidad. Para ello presentarán una declaración mensual con el importe total del IVA recaudado a ingresar hasta el día 16 del segundo mes siguiente al mes de importación, además de guardar durante 4 años toda la información detallada en el art. 74.1.b RIVA.

El IOSS permite a los proveedores (y a las interfaces digitales que faciliten dicha entrega) que vendan bienes expedidos o transportados desde un tercer país que cobren al cliente el IVA devengado por las ventas a distancia de bienes de escaso valor importados y lo declaren y liquiden a través de la ventanilla única en el país de identificación. De manera que el consumidor paga el IVA correspondiente a su país como parte del precio de adquisición y la importación o despacho a libre práctica está exento del IVA.

En este régimen se puede actuar directamente o mediante intermediario. Éste será toda persona establecida en la UE a quien designa el empresario para que en su nombre y por su cuenta quede obligado al cumplimiento de las obligaciones materiales y formales de este régimen. Uno de los dos tiene que estar identificado en un país miembro, ya que a más tardar en el momento de presentar la declaración aduanera de importación el vendedor, o el intermediario que actúe por su cuenta, deberá aportar a la aduana el número de identificación individual IOSS asignado (NIOSS). En el caso de intermediarios, que ya deberán tener previamente su número de identificación como intermediario, NIOSSIn, la administración tributaria le asignará además un número de identificación de cada cliente representado. Dicho número se lo deberá proporcionar a la persona que declara las mercancías en la frontera de la UE (normalmente el transportista, los operadores de servicios postales, las empresas de transporte urgente o agente de aduanas) que quedan eximidos de verificar el importe de IVA recaudado por el proveedor del IOSS. Es por ello, que el primer paso es que el proveedor o interfaz digital es registrarse en un país miembro, ya que cuando venda un

producto debe aplicar el IVA del estado miembro donde se entreguen los bienes. En la práctica el proveedor mostrará el precio de los bienes y el importe del IVA que corresponda en cada pedido y el cliente al confirmar el pago provoca el devengo de la operación.

En España para actuar como intermediario se requiere disponer NIF, estar establecido en TAI, no haber sido condenado o sancionado y acreditar solvencia financiera.

En este caso el estado miembro de consumo es el de llegada de la expedición o transporte de los bienes con destino al cliente.

Hemos de matizar que se puede estar en varios regímenes de ventanilla única ya que los regímenes cubren diferentes entregas y están abiertos a diferentes sujetos pasivos. Así, un sujeto pasivo establecido en la UE podría utilizar el UOSS y el IOSS y un sujeto pasivo no establecido en la UE podría utilizar los tres regímenes si realiza operaciones susceptibles de acogerse a cada uno de ellos.

3.7. DEDUCCIÓN DE LAS CUOTAS SOPORTADAS EN UOSS Y EN IOSS

En el caso de que sea España el estado miembro de identificación, los empresarios o profesionales acogidos a estos regímenes especiales, no podrán deducirse en la autoliquidación periódica específica de este régimen (modelo 369) las cuotas soportadas en la adquisición o importación de bienes y servicios destinados a la realización de las operaciones acogidas al mismo.

Por las cuotas soportadas en el territorio de aplicación del Impuesto:

- si además de las operaciones incluidas en estos regímenes realizan otras por las que tengan obligación de presentar autoliquidaciones periódicas de IVA, las deducirán en dichas autoliquidaciones
- si no realizan esas otras operaciones y no están establecidos en la UE, solicitarán la devolución por el procedimiento previsto en el artículo 119 bis de la Ley del IVA, sin que se exija que esté reconocida la existencia de reciprocidad de trato a favor de los empresarios o profesionales establecidos en el

territorio de aplicación del Impuesto, ni la designación de representante fiscal en España

- en el IOSS además cabe la posibilidad de que se esté establecido en otro estado de la UE pero estén identificados en España por estar aquí establecido el intermediario que lo representa. En este caso solicitarán la devolución por el procedimiento del art. 119 LIVA.

Por las cuotas soportadas en otros estados miembros:

- si están establecidos en el territorio de aplicación del Impuesto, solicitarán la devolución por el procedimiento previsto en el artículo 117 bis de la Ley del IVA
- si no están establecidos en el territorio de aplicación el Impuesto ni el resto de la UE, solicitarán la devolución por el procedimiento previsto en la normativa del estado miembro en que se hayan soportado en desarrollo de la Directiva 86/560/CEE, del Consejo, de 17 de noviembre de 1986, sin que se pueda exigir el reconocimiento de reciprocidad de trato ni la designación de representante fiscal en ese estado miembro
- en el IOSS además cabe la posibilidad de que se esté establecido en otro estado de la UE, pero esté identificados en España por estar aquí establecido el intermediario que lo representa. En este caso solicitarán la devolución en la declaración nacional periódica correspondiente si están obligados a ella, o en caso contrario, por el procedimiento regulado en la Directiva 2008/9/CE.

En el caso de empresario o profesionales con sede en Canarias, Ceuta o Melilla, que no están establecidos en el territorio de aplicación del impuesto ni en el resto de la UE y que no realizan otras operaciones distintas de las acogidas a los regímenes especiales que le obliguen a presentar autoliquidaciones por el régimen general del IVA:

- solicitarán la devolución de las cuotas soportadas en España a través del procedimiento previsto en el artículo 119 LIVA
- solicitarán la devolución de las cuotas soportadas en otros estados miembros a través del procedimiento previsto en el artículo 117 bis de la Ley del IVA, en aplicación de la Directiva 2008/9/CE.

4. CONCLUSIONES

Los grandes cambios en la tributación de las operaciones entre empresarios y profesionales y consumidores no empresarios o profesionales objeto de este trabajo son anticipos de otros que se avecinan ya referidos al ámbito de las operaciones entre empresarios.

Así, está previsto que las operaciones entre empresarios tributen en el país de consumo. Pero no como en la actualidad, en que se considera hecho imponible la adquisición intracomunitaria de bienes que, cuando es entre empresarios, está sujeta, debiendo el empresario adquirente repercutirse el IVA a sí mismo y comunicarlo mediante la Declaración recapitulativa de operaciones intracomunitarias (el modelo 349) cuya información es intercambiada entre las administraciones tributarias de los países miembros implicados. En una primera fase afectaría exclusivamente a las entregas de bienes entre empresarios y, posteriormente, tras la evaluación de la primera fase, se abordarían las prestaciones de servicios entre empresas.

El régimen previsto para las entregas de bienes entre empresarios se asemeja a lo implementado en 2021 para las ventas a distancia. Así se define una nueva modalidad de entrega de bienes, la denominada “entrega de bienes dentro de la unión”, que se localizará en el lugar de llegada de la mercancía, mientras que el sujeto pasivo vendedor deberá ingresar el IVA del país de destino a través del sistema de ventanilla única en el estado donde esté establecido (que será considerado estado miembro de identificación). Salvo en el caso en que el proveedor no esté establecido en el país de salida de los bienes y el adquirente sea un sujeto pasivo certificado. En este caso el adquirente certificado continuará tributando mediante el mecanismo de inversión del sujeto pasivo.

De esta manera, la inversión del sujeto pasivo deja de ser la norma en el régimen transitorio de tributación de las operaciones intracomunitarias de bienes y pasa a ser la excepción.

5. REFERENCIAS

- Longás Lafuente, A. (2021). IVA: ventas a distancia y régimen especial de la Unión (supuesto práctico). *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 465, 1-33.
- Ramírez Gómez, S. (2021). La tributación del comercio electrónico transfronterizo en el IVA: el nuevo régimen tributario de las ventas a distancia y las interfaces digitales. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 459, 5-42.
- Verdún Fraile, E. y Hernández Moneo, I. (2019). Avances en el IVA: Avances en el IVA: comercio electrónico de bienes y de servicios con particulares, y régimen definitivo de tráficos intracomunitarios de bienes entre empresarios. Antecedentes y modificaciones normativas 2019-2022. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 436, 95-124.

SECCIÓN II

LA EMPRESA ANTE LOS NUEVOS RETOS GLOBALES

KNOWLEDGE CREATION AND DIFFUSION IN
SPECIALIZED ENVIRONMENTS:
WHAT ARE THE FACTORS INVOLVED?

BARTOLOMÉ MARCO LAJARA
Universidad de Alicante

EDUARDO SÁNCHEZ GARCÍA
Universidad de Alicante

PEDRO SEVA LARROSA
Universidad de Alicante

JAVIER MARTÍNEZ FALCÓ
Universidad de Alicante

1. INTRODUCTION

The current business environment is highly turbulent. The accelerated development of new technologies, the lowering of governmental barriers to global trade and the development of the international logistics sector have opened the doors to a wide range of new markets for companies. While this fact brings endless opportunities for organizations, it also entails numerous threats. In this regard, the knowledge held by companies is a strategic factor that can help them to take advantage of the opportunities that arise at any given moment, as well as the development of strategies to avoid or reduce the impact of existing threats. As a result, for decades, researchers have been trying to determine which tools are available to companies that favor the creation, access and exploitation of knowledge from the environment, and boost their innovative performance and competitiveness.

In this line, due to their current relevance, both in the professional and academic spheres, it is worth highlighting the figure of industrial clusters. These are specialized environments in which a wide range of

positive externalities are generated for companies. The analysis of the effects of the territorial agglomeration of companies goes back to the works of the British economist Alfred Marshall, developed at the end of the 19th century and beginning of the 20th century, who was critical of the factory system, and developed the theory of territorial agglomeration of SMEs in specific socio-economic contexts, specialized in the different phases of the productive process of their main industry ("Marshall industrial district").

Since then, and especially in the last decades, localization as a fundamental factor for the industrial and socio-economic development of regions has been analyzed by several relevant authors, who have developed different models and theories regarding the territorial agglomeration of companies and regional development, establishing different concepts in this respect: "Milieuinnovateur" (Aydalot, 1986), "Cluster" (Porter, 1990), "Local productive system" (Storper and Harrison, 1991), "Hot Spots" (Pouder and St. Gallen, 1995), "Local production system" (Aydalot, 1996), "Local development" (Porter, 1997), "Local development" (Pouder and St. Gallen, 1998), "Local development" (Aydalot, 1998) and "Local development" (Porter, 1999). John, 1996), although the most widely accepted concept, and which encompasses practically all the different types of territorial agglomerations, is the "cluster".

However, belonging to this type of specialized environment does not automatically imply the effective exploitation of its positive externalities. It is necessary to pay attention to those internal characteristics of firms that allow them to maximize the benefits of belonging to a cluster, especially in relation to factors linked to knowledge. In this regard, the ability of firms to absorb new knowledge plays a fundamental role in the development of innovations (Xie et al., 2018), and allows them to adjust their processes to meet demand requirements and create value (De Silva et al., 2018). Because of this, the ability of firms to absorb new knowledge arises as a potentially valuable tool for firms to take full advantage of their membership in this type of specialized environments.

In connection with the above, the term of “Absorptive Capacity” (hereinafter "AC"), was introduced by Cohen and Levinthal (1989;1990). This concept could be defined as the ability of the company to identify (recognize the value of new knowledge), assimilate (understand and add new knowledge to the processes and routines of the organization) and exploit (apply it in obtaining new products) the knowledge of the environment, applying it to processes related to innovation and competitiveness, and emphasizing its collective character, the result of a set of individual capabilities.

In this way, the ability of companies to take advantage of new knowledge obtained from sources outside the company and combine it with previous knowledge could lead to an improvement in the innovative performance of companies and an increase in their competitiveness. Thus, the main objective of this work is to try to determine the main factors that affect the degree of generation and use of knowledge from the company's environment and, consequently, the innovative performance of companies. Particularly the membership of companies in a cluster and the AC.

The work is structured as follows. After this introduction, the second section will include a brief bibliographical review of studies on clustering and their effects on innovation and competitiveness of enterprises. In the third section, the most influential work on the AC of companies and its effects on knowledge acquisition and innovation performance will be briefly examined. In the fourth section, the 30 most cited works present in the subject, in the "Web of Science" database, in the period from 2000 to 2018, will be analysed. The fifth section sets out the conclusions derived from the results obtained and proposes a construct that relates the companies' membership of a cluster, the AC and the results in innovation.

2. CLUSTERS, INNOVATION AND COMPETITIVENESS

Industrial clusters represent a unique level of analysis, halfway between the individual company and the industry (Porter, 2000). The concept of a cluster is defined by this author as follows: "Geographical

concentrations of interconnected companies and institutions belonging to a certain field of activity. These clusters cover a wide range of linked sectors and other entities that are important for competitiveness. These include specialized suppliers of components, machinery, services and infrastructure" (Porter, 1998, p.78).

The industrial district (hereinafter "ID") is conceived as a particular type of cluster, in which the social factor, productive disintegration and the presence of networks of small and medium enterprises take on a high degree of relevance. Becattini (1992) defines ID's as follows: "A socio-territorial entity that is characterized by the interactive presence of a community of people and a population of companies within a limited area, both historically and naturally".

According to Brusco (1996), the social nature of ID, and its link with the economic sphere, is a highly relevant comparative advantage over other production models, which places ID in a favourable position to compete successfully in the markets. The social character includes, among other aspects, a close link between the inhabitants of the territory participating in the productive process and the main activity of the ID. Coordination is achieved through balanced relations of competition and cooperation between the participating companies.

ID's are made up of a group of SMEs that carry out different activities in the value chain of a given industry, companies that offer complementary products and services, public and private institutions of different kinds and other interconnected agents, all located in a given socio-economic environment. In this context, an environment conducive to interaction, cooperation and confidence-building is generated, which favours the exchange of information and knowledge and has a positive effect on the competitiveness of enterprises (Krugman, 1991; Porter, 2000). According to Zucchella (2006), companies tend to agglomerate. Although competition in ID is greater than in other geographical areas, due to the presence of a large number of direct competitors, this situation keeps companies alert, and requires them to make constant efforts in innovation to maintain their relative competitive position in the market. Likewise, there are other factors derived from the structural and relational context of ID that favour the competitiveness of companies,

such as the development of a high degree of productive specialisation and adaptability, so that efficient, effective and flexible productive processes are developed to face the dynamism of current global competition. Thus, despite offering different perspectives, according to Porter and Ketels (2009), the ID and cluster concepts can be exchanged, starting from a common root.

According to Claver, et al. (2019), the effect of these favorable production conditions derived from the location and integration of companies in a ID, which result in sustainable and measurable competitive advantages, was first coined as a "district effect" by Signorini (1994) although, due to subsequent contributions, the concept has been evolving ["cluster effect" (Bell, 2005), "district external economies" (Fuensanta, 2010), "proximity effect" (Puig and Marques, 2011), among others]. These effects are the result of the so-called "district economies", which are generated externally to companies, but internally with respect to ID. Dei Ottati (2006) defines them as "the set of competitive advantages derived from a strongly interconnected set of economies external to the individual firms, but internal to the district... .. these economies depend not only on the territorial concentration of productive activities (agglomeration economies), but also on the social environment in which these activities are integrated".

However, although analyses related to the district effect have traditionally focused on measuring productivity to determine the competitiveness of companies located and integrated in an ID, according to Claver et al. (2019), the capacity of companies to innovate takes on a relevant role as a determining factor of their competitiveness. The systematic practice of innovation is born through the analysis of the environment in search of opportunities and requires a constant flow of new knowledge (Drucker, 2004). The location of companies in a ID is a benefit for them in terms of access to strategic resources, organisational routines and knowledge (Staber and Sydow, 2002). The complex relational network derived from the characteristic distribution of ID, in turn favoured by geographical proximity, encourages the exchange of valuable information and knowledge, especially of a tacit nature (which is transmitted fundamentally through processes of socialisation between

individuals), allowing companies to learn from each other, and to maintain processes of continuous improvement. According to García-Peñalvo et al. (2012), socialization is essential for the exchange and combination of knowledge, especially tacit knowledge, within all informal learning processes.

Through the combination of explicit knowledge (fundamentally scientific-technical) and tacit knowledge derived from practice and the social context (essentially based on the experience of local society with respect to a given productive activity), the generation and development of innovations takes place (Corò, 1997). Thus, through the efforts of companies and their willingness to cooperate with other companies, agents and public and private organizations, collective learning dynamics are generated, from which innovations are developed (Formichella, 2005). In line with the above, Boix and Galleto (2009) and Boix and Trullen (2010) showed empirical evidence of the so-called "I-district effect", which refers to the dynamic efficiency of ID in terms of the greater number of innovations developed with respect to the average of the economy, based on the number of patents made. However, in addition to the internal linkages generated in the cluster, the ability of firms to integrate the value chain, both vertically and horizontally, through external linkages to the cluster, is critical to the innovative performance of firms in the context of the cluster (Xu et al. 2019)

Innovation as a key factor to achieve competitiveness of companies has acquired a great prominence in recent decades, in parallel with the gradual increase in competition in the markets, technological obsolescence, the speed of changes in the environment, risk and uncertainty arising from an increasingly globalized economy. As a result, the number and depth of works that analyze the elements that can drive the generation and development of innovations, as well as their effect on the performance of companies, have gradually increased. In this respect, there is a fundamental element related to the learning process that is essential to analyse: the AC of companies in the context of a cluster.

3. ABSORPTIVE CAPACITY, INNOVATION AND COMPETITIVENESS

The company's prior knowledge base has a vital influence on the amount of external knowledge that the company is able to access and the time required to do so. In addition, increases in the company's AC allow it to anticipate market trends (Cohen and Levinthal, 1994). In line with the above, and in accordance with King and Lakhani (2011), experience in processes of acquisition and integration of internal and external knowledge, and the development of inventions improves the capacity to undertake such actions in a recursive manner. This experience, associated with the storage, recovery and application of knowledge, could be analyzed at different levels (individual, group and organizational), so that the AC of a company depends, in addition to the set of capabilities of the individuals who make up the company, on their individual motivations, the organizational culture of the company, its strategies and structure, as well as the relations with the environment and the different procedures established within it (Lane et al., 2006). Thus, the AC is an essential element in the processes of creation of knowledge of the companies (Ferreira and Ferreira, 2017)

AC would later be considered a fundamental element of the so-called "Dynamic Capabilities" (Valencia-Rodriguez, 2015; Lin et al., 2016; Hernández y Bautista, 2017), which provide a dynamic approach to the existing theory of resources and capabilities and, according to Teece et al. (1997), allow the company to integrate, build and reconfigure resources and capabilities to generate solutions to changing environments. In this way, AC allows companies to carry out processes of acquisition, assimilation, transformation, and exploitation of external knowledge efficiently and effectively, which have a dynamic character and contribute to the increase, organization and direction of knowledge towards the achievement of company objectives in turbulent environments and favour the generation of sustainable competitive advantages (Lane et al., 2001; Zahra and George, 2002; Todorova and Durisin, 2007). Thus, AC is a fundamental pillar when it comes to generating and promoting the set of dynamic capabilities (Castrillón, 2015).

Zahra and George (2002) bring a new approach to the concept of AC and define it as "a set of organizational routines and processes that allow the company to acquire, assimilate, transform and exploit external knowledge". In reference to the detailed process, these authors group the four dimensions into two categories: "potential AC (PACAP)" and "realized AC (RACAP)". The first refers to "acquisition" and "assimilation", while the second refers to "transformation" and "exploitation" processes. To this end, they rely on the argument that "the organization can acquire and assimilate knowledge but does not necessarily have the capacity to transform and exploit it to generate profits". They emphasize that knowledge can travel several times the distance between assimilation and transformation processes, prior to its exploitation and/or successful application, and they link the initial concept of AC with the set of strategic processes developed with the aim of generating dynamic capabilities. Thus, gradually, AC began to be conceived as an essential dynamic capacity of companies, which can influence the innovative performance of the company and be a source of sustainable competitive advantages (Saiz et al., 2018).

In recent years, several authors have contributed with their research to deepen the analysis about the factors that determine the degree of AC in companies. Todorova and Durisin, (2007) determine that the appropriate valuation of new knowledge from the environment is essential, since the company's capacity to absorb and assimilate it depends to a great extent on this. Julian and Zornoza (2008) distinguish between internal determinants, such as prior knowledge and its management, organizational learning, culture, age and size of the company, and external determinants, such as the degree of dynamism of the environment, geographic proximity, and the type of technological opportunities available to the organization. Vega-Jurado et al. (2008) establish the degree of organisational knowledge resulting from experience in the application of the AC, the formalisation of the knowledge acquisition process and the social integration mechanisms associated with the internal functioning of companies. In addition, the company's human capital, investment in R&D and an appropriate design of the organizational structure, which facilitates the dissemination of knowledge, are relevant

elements that influence the degree of AC (Kostopoulos et al., 2011; Schillaci et al., 2013; Valentim et al., 2016). Aguilar-Olaves et al. (2014) differentiate between the determinants of "PACAP" and "RACAP". Thus, PACAP draws on the main external sources of knowledge available to companies (other companies both horizontally and vertically, and institutions of various kinds, among others). For RACAP, the effort made in the different phases of the innovation, knowledge management and technological processes is essential. Duchek (2015) argues that the flexibility of companies with respect to deviations from established rules is fundamental to the increase of AC, as it gives participants a certain margin to shape organisational processes according to their attitudes and priorities.

Based on the previous works, it can be determined that three of the main determinants of AC are cognitive factors, organizational factors and those related to the environment. Thus, belonging to a cluster could favour the generation and/or increase of its AC, because of the effects derived from geographical proximity and belonging to a certain socio-economic environment, in which the actors share certain cognitive characteristics, especially the vision about the way of understanding business, behaving and interacting. According to the literature analyzed, the companies' membership in a cluster and their degree of AC are two fundamental factors for companies to achieve adequate innovative performance and be competitive in today's markets. Based on the above, we will now go deeper into the analysis of these factors.

4. METHODOLOGY

The following search equation has been introduced in the "Web of Science" platform: "absorptive capacity" AND "Innovation" AND "cluster*" OR "industrial district*" present in the topic, establishing the temporal period from 2000 to 2018, selecting all the categories, and the type of document "article". As a result, 292 articles have been obtained. They have been ordered by number of citations in descending order, and the 30 most relevant papers have been selected, using as a criterion of relevance the number of citations obtained by each of them in the

Web of Science database. With regard to the search, only articles were selected as, according to Callón et al. (1995), they are considered documents whose knowledge has been certified through critical review by experienced reviewers.

Once the work obtained as a result of the search equation was analysed, it was grouped according to its main objectives, and the conclusions obtained were examined to try to determine the main factors that affect the degree of use of knowledge from the company's environment.

5. RESULTS

In a first block, four papers have been compiled that address the analysis of social capital and social networks in the context of a cluster, corresponding to Molina-Morales and Martínez-Fernández (2009 and 2010), Malecki (2012) and Carayannis et al. Its main objective is to analyse the effects on innovation arising from the establishment of social networks in the context of a cluster, joint technological learning, and appropriate use of ICTs to encourage and improve communication. In this way, they try to improve the understanding of the process of creation of social capital in the company, as well as to analyze the impact on its innovative performance derived from certain elements that make up its social capital, such as social interactions, trust, the existence of a shared vision and the involvement of institutions, all in the context of a cluster. Two of them carried out an empirical analysis, in which innovation was established as an independent variable, and the other two carried out a literature review and a case study respectively.

The conclusions coincide in highlighting the positive influence that social capital has on the innovative performance of companies, as well as its multiplier effect, since sharing knowledge capital generates a greater amount of knowledge. They also highlight the positive effect of geographical and cognitive proximity on the degree of interaction, cooperation, trust and the establishment of social, economic and professional networks, both between companies and between companies and institutions of various kinds. They indicate that enterprises need access to the intellectual property of other enterprises, and that competition and

cooperation can and should coexist, emphasizing the importance of synergies arising from cooperation between actors with complementary resources and capabilities. To this end, the effective use of ICTs is beneficial to all economic operators. However, they explain that generally, from a certain point onwards, the degree of interaction may lose effectiveness, so that each company will have to determine the degree of development of its social capital factors, according to its needs over time. Finally, they stress the importance of social capital as a key factor in the development of the regions, its uniqueness and extreme difficulty in imitating it, its participation in the collective personality of the regions, where innovation takes place, and the importance of non-local links on innovation performance. In general terms, the knowledge society and economy depend on knowledge stocks and flows to function, prosper and grow.

The 10 papers that make up the second block, corresponding to Bathelt et al. (2004), Bathelt (2005), Lorenzen and Mudambi (2012), Greve (2009), Depner and Bathelt (2005), Parhankangas and Arenius (2003), Malmberg and Maskell (2006), Kodama (2008), Li et al. (2010), and D'Este et al. (2012), address objectives focused on the analysis of cooperative-competitive interactions, examining the means through which companies and other agents communicate, with the aim of generating and/or obtaining new knowledge from both external sources ("pipelines") and internal ("buzz") to the cluster that will favour local learning and the dissemination of innovations. They also try to examine the main factors that influence the generation of new communication channels between companies and agents, and the intermediary role those agents can play in this relationship. Regarding the methodology, 7 of them carried out an empirical analysis, and the remaining 3 developed their study from a literature review. With reference to the conclusions obtained at the overall level, they highlight the importance of geographical and cognitive proximity, as well as the role of institutions, in the access of companies located in a cluster to a wide and diverse network of external knowledge sources ("pipelines"). This is one of the most important localisation capabilities and it has a positive influence on the acquisition of new knowledge, as well as on the quality and

diversity of the local "buzz", understood as those learning processes that take place as a result of the interaction derived from the relational links of the agents integrated in a community. In reference to the nature of the connectivity of internal cluster resources with the global economy, they determine that more decentralized relational structures (*ce-teris paribus*), where each cluster participant has independent access to certain global links, offer better opportunities for entrepreneurship and innovation development.

However, although the dissemination of innovations is greater among geographically close links (both in terms of cooperation and rivalry), the AC of companies plays a key role in the dissemination of knowledge derived from social interaction and collective learning processes, especially that of the tacit type. In this sense, although geographic and cognitive proximity plays an essential role in fostering the relationship between university and industry, and previous experience in this type of collaboration increases the probability of occurrence, geographic proximity to technologically complementary companies diminish the importance of this collaboration between university and industry. In line with the above, the role of business associations as intermediaries in this relationship, which depends largely on the AC of its members, is noteworthy. In this sense, the R&D efforts made by companies, in addition to having a positive impact on their innovative performance, increase their knowledge base, as well as their AC. In this way, it should be noted that the geographic economy, in addition to analyzing relations at the inter-business level, should focus on the inter-personal level.

In the third block there are 3 works corresponding to Rothaermel (2002), Bröring et al. (2006), and Tallman and Phene (2007). These studies analyse the determining factors of the degree of inter-enterprise cooperation in the context of a cluster, although they approach this task from different perspectives. They thus explore the effect of geographical and technological proximity on the efficient access of companies to the flow of knowledge from other agents, the elements that influence the attractiveness of new companies to established ones when it comes to establishing cooperation agreements, the carrying out of R&D activities between companies belonging to different industries, which have

complementary skills and a convergence in their innovation objectives. (The relevance of this last element for companies when it comes to successfully undertaking R&D projects is highlighted, given the limited nature of the Autonomous Community). The methodology used in the three papers is empirical analysis.

In reference to the conclusions, it is determined that physical proximity increases the probability of exchanging knowledge, promoting cooperation through the development of social networks that enhance the joint implementation of technological and innovation programs. When establishing an R&D cooperation agreement, the initial phases of the decision process are essential, as well as the detailed definition of the project to be carried out, so that the partner can contribute its knowledge and exploit its AC. As for the attractiveness of new companies to be selected as alliance partners by established ones, the main factors that influence are, in order of relevance, their degree of public ownership, the development of new products, economies of scope, and their geographical location within the cluster. In this cooperative relationship, while both large established companies and new entrants' benefit, the former do so to a greater extent. In those companies that do not belong to a cluster, reputation in innovation is a relevant substitute to attract the attention of other sources of knowledge, both between clusters and between countries.

The fourth block is constituted by 3 publications, by the authors Lazaric et al. (2008), Morrison (2008), and Graf, H. (2010). Its main objective is to analyze the role played by "gatekeepers" in relation to knowledge dissemination in the context of a cluster, the definition of their relevant characteristics and the interaction patterns that take place between them and the different actors that make up a cluster. In terms of methodology, these works employ a case analysis and two empirical analyses, respectively. The conclusions obtained show the importance of reducing the cognitive distance between the different actors that make up the cluster, in order to favour potential combinations of knowledge resources that can create value, exploiting the same technological path. When it comes to absorbing new knowledge, public research organisations act as "gatekeepers" to a greater extent than private actors, although the leading

companies in the cluster play a key role as knowledge "gatekeepers". As for the process of combining the new knowledge acquired and the previous one by the companies, it requires specific organizational mechanisms. In the context of a cluster, knowledge codification can generate externalities from the creation of new opportunities to combine and absorb knowledge (concept of "knowledge management platform" that proposes new dynamics of interaction, both at a cognitive and political level).

In the case of leading private companies, interaction with agents outside the cluster is essentially developed and maintained by specific departments within the cluster, which simplify, codify and/or transmit a large flow of information and knowledge, acting as a filter that guarantees, as far as possible, the quality of the information and knowledge that is incorporated into the local knowledge system. However, an excess of power on the part of the leading companies can have detrimental effects on the degree of cohesion of the relational network, since knowledge is not widely disseminated from the "gatekeepers" to the companies in the cluster but tends to reach a small number of companies. Due to this, the effectiveness of the companies' AC, which is more relevant than size in terms of the use of regional social capital, would require additional efforts regarding knowledge transfer within the cluster. In this line, the regions should present a balance between internal "buzz" relational networks and external "pipelines". To this end, one of the main barriers to be overcome to encourage interaction between companies is the fear of leaks of specific knowledge from the company itself.

The fifth block includes three papers by Giuliani and Bell (2005), Yayavaram and Ahuja, (2008), Tallman et al. Thus, its objective is to analyse the degree of acquisition, assimilation, transformation, and exploitation of knowledge from sources outside the company, from the perspective of internal resources and capabilities, in the context of a cluster. As for the methodology, two empirical analyses and a theoretical development based on a review of the literature are developed. In reference to the conclusions obtained, the AC of the companies influences the learning dynamics within the cluster. Consequently, knowledge is not uniformly dispersed within the cluster, but rather it is

concentrated and flows within a certain "cognitive" core of companies with a high degree of AC. From the perspective of organizational learning, in which knowledge is measured in terms of the number of existing knowledge nodes and the links generated between them, it is determined that, to learn, in addition to adding new nodes to the structure, organizations can vary the links that their current knowledge nodes have. Likewise, to try to explain the different levels of access to knowledge that result in sustainable competitive advantages, a distinction is made between two fundamental types of knowledge:

- Component knowledge: specific knowledge (resources, skills and technologies) related to identifiable parts of the organizational system of a company linked to a given industry.
- Architectural knowledge: The set of structures and routines developed by a company to coordinate and integrate its "component knowledge" into patterns for productive use and to develop new knowledge, which is specific to each company and, due to its endogenous nature, evolves with it, as an inseparable part of the organization.

In this respect, they conclude that cluster members develop a competitive advantage over non-clusters in so far as they have common access to component knowledge, although this situation does not allow them to develop individual competitive advantages over other cluster members. However, these companies may develop a particular "architectural knowledge", depending on their capacity to absorb the "component knowledge" of the cluster, with the aim of generating a competitive advantage with which to achieve a higher performance than the rest of the companies in the cluster. In addition, they propose the possibility of the cluster as a unit developing its own "architectural knowledge", the assimilation of which will depend on the AC that the companies located in it have. In summary, in the context of a cluster, the internal resources and capabilities developed by companies, especially the AC, influence the acquisition and exploitation of external knowledge, as well as the achievement of sustainable competitive advantages.

The five papers that make up the sixth block deal with the analysis of the internal resources and capabilities of companies, but in relation to

their explanatory effect on the innovative performance of companies in the context of a cluster. Corresponding to Hervas-Oliver and Alborns-Garrigos (2008), Giuliani (2006), Brunswicker and Vanhaverbeke (2015), Boschma et al. (2008), and Berghman et al. (2006). The common objective of the work is to explore the combinations of internal and relational resources, and their importance on the management and results of learning processes, innovation, and value creation of companies in the context of a cluster. In terms of methodology, they all conducted an empirical analysis. The findings show that company strategies shaped by internal and relational resources influence innovative performance and partially shape the dynamics of clusters, so that the more intense their joint exploitation, the better the result on company performance. The external resources of the clusters are combined and exploited in different ways depending on the internal resources available to the companies and, although geographical proximity and the degree of integration in the cluster act as factors that drive the dissemination of knowledge and positively affect the companies' innovation processes, internal resources play a crucial role in companies' access to them, requiring a certain degree of AC among them. In this line, the internal knowledge of companies, and the link between their internal competencies, determines their capacity to acquire knowledge from external sources and combine it to create an innovation. A greater variety of external interactions require a greater effort in the internal management of innovation.

However, it is not only a matter of increasing the number of external sources of knowledge linked to a high intensity of innovation management internally, but each set of innovation management practices is linked to a particular search strategy. Regarding value creation, in order to develop the capacity to create new value for the client, companies must build three types of competencies: AC of external knowledge, general organizational competencies and relational competencies. The AC is crucial for the effective exploitation of external know-how, as well as to benefit from complementarities between internal and external resources. It can be enhanced by an innovative, proactive, risk-taking

organizational culture and multidisciplinary coordination, and must be aligned with organizational processes and relational capabilities.

Finally, the last two works, by Menzel and Fornahl (2009) and Ter Wal and Boschma (2011), present the main objective of analysing the dynamics and evolution of clusters with respect to their main industry, as well as the characteristics of companies and the knowledge network. The methodology applied by both is a literature review. The conclusions obtained show that the clusters go through different levels of development, which differ from those of the main industry. These can be described, in addition to the number of companies and employees, with respect to the diversity and heterogeneity of the knowledge they possess. Thus, the pattern of geographic concentration in an industry co-evolves along with three entities: the firm, the industry and its technological qualities, and the patterns of interaction that describe the relational networks among firms in the industry.

Therefore, each stage of the life cycle of a cluster presents different combinations in terms of variety and number of companies, characteristics of the technological regime, density of relational networks and efficiency of the clustering effect. They determine that, despite its relevance, the literature on clusters does not give much importance to the heterogeneity of internal capabilities presented by companies located in a cluster, tends to overestimate the proximity effect, to underestimate the role of relational networks, and barely addresses the origin and evolution of clusters. Companies located in clusters with a high degree of heterogeneity show a better performance over time than companies located in permanent and relatively homogeneous clusters. Clusters can increase their heterogeneity and self-renew by expanding their boundaries.

By way of summary, the most important factors that, according to the literature reviewed, influence the degree of use of knowledge from the environment by companies and their innovative performance in the context of a cluster are indicated below.

TABLE 1. Factors that influence the degree of use of knowledge from the environment by companies

Geographic, cognitive and technological proximity	Positive effect on the degree of interaction, cooperation, trust, social capital and development and diffusion of innovations, as well as on entrepreneurial opportunities. It favours the combination of knowledge resources related to the same technological path and, with it, the creation of value and the generation of sustainable competitive advantages.
AC	It is essential for the effective exploitation of external knowledge, to take advantage of the complementarities between internal and external resources, in the processes of social interaction and collective learning from which knowledge is disseminated. It is more relevant than the size of the companies when taking advantage of the regional social capital, since knowledge is concentrated and flows among a certain cognitive core of companies with a high degree of AC. The greater their previous knowledge, the greater the link between their internal skills and good practices in terms of innovation management. It favours the generation of sustainable competitive advantages.
Social capital	For each company there is a degree of development of the social capital in which its utility is maximized, and from which it loses effectiveness.
Pipelines	Geographically dispersed sources of knowledge is one of the most important localization capabilities, and positively influences the acquisition of new knowledge, as well as the local "buzz" learning processes and the development of innovations. Regions should have a balance between internal "buzz" networks and external "pipelines".
Previous collaborative experience	It increases the possibilities of collaboration between university and industry.
R&D efforts	They have a positive impact on the innovative performance of companies, increase their knowledge base and their AC (given the limited nature of AC, these are a good complement to it, which contributes to the success of R&D projects). Its detailed definition facilitates the use of AC, in those joint R+D projects.
ICT	Its effective use results in a benefit for all economic operators.
Business Associations	Their effectiveness is largely due to the AC of their members, and they play a mediating role in university-industry cooperation.
Degree of attractiveness of companies	When selecting alliance partners, companies established in a cluster assess new entrants, in order of relevance, their degree of public ownership, new product development, economies of scope and geographic location. It should be stressed that the degree of attractiveness will have a decisive influence on the establishment of cooperation agreements. In the case of those not established, the reputation in innovation is fundamental.

"Gatekeepers"	Public research organisations act as "knowledge gatekeepers" to a greater extent than private ones, although within the latter, leading companies play an essential role. They act as a filter that guarantees the quality of information and knowledge that is incorporated into the local knowledge system. An excess of power on the part of these leaders can have negative effects on the degree of cohesion of the relational network.
Knowledge coding	It allows the generation of externalities by creating new opportunities to combine and absorb knowledge.
Fear of knowledge leaks	Companies need to understand that the potential benefits of cooperation are, in most cases, greater than the costs, in order to overcome the fear of information and knowledge leakage from the company itself.
Knowledge nodes	To learn, in addition to increasing the number of knowledge nodes, companies can vary the links between them.
Relationship between internal and relational resources.	The more intense their joint exploitation, the better the result on the innovative performance of the company.
Degree of integration of the company in the cluster	It favours the acquisition of knowledge, as well as cooperative relations with companies and agents of various kinds belonging to the cluster.
Ability to create new value for the customer	It will depend on three types of skills: - the AC of external knowledge. - the organizational competencies of the company. - relational competencies. The combination of the company's internal competencies will determine its ability to acquire knowledge from external sources and combine it to generate innovations.
Organizational culture	An organizational culture that is innovative, proactive, that rewards risk taking, promotes multidisciplinary coordination and aligns with organizational and relational processes, enhances the company's AC.
Origin and evolution of clusters	Each stage of the life cycle of a cluster presents different combinations in terms of variety and number of companies, characteristics of the technological regime, density of relational networks and efficiency of the clustering effect. Companies located in clusters with a high degree of heterogeneity show a better performance over time than companies located in permanent and relatively homogeneous clusters.

Source: Own elaboration.

6. CONCLUSIONS

The current market dynamics force companies to continuously improve their performance, through the generation of innovations that favor the creation of value at different levels. In line with the above, the geographical proximity of companies, institutions, and other agents of various kinds, linked to a main industry, generates a series of positive externalities available to companies. One of the main ones is the access of the companies to new useful knowledge, generated both internally and as a result of the interaction between the actors located within the cluster, as well as between these and other external agents, and which is the fuel that feeds the machinery of innovation. As determined in the theoretical development, innovation is an essential element for companies when it comes to maintaining or improving their competitiveness, since it directly influences the degree of value creation for customers.

In determining the factors that favour the development of innovations, there is a certain consensus on the part of the scientific community regarding the role played by the socio-economic environment in which companies are located. Geographical and cognitive proximity allows the generation of links between companies and other agents, from which certain cooperative-competitive relationships are generated. As a result, a series of synergies arise from the complementarity of resources and capabilities available to the participants, and the flow of valuable information and knowledge, from which innovations of various kinds can be generated, increases as confidence among the actors, increases.

However, in addition to the analysis of the environment as a relevant factor in the competitiveness of companies, it is necessary to explore the internal factors of companies. As we have mentioned, knowledge is a key element in the process of generating innovations. Although various environmental factors affect the quantity and quality of external knowledge available to companies, it is the internal characteristics of the latter that will allow it to be absorbed and applied to different processes. In this way, the AC could lead to an increase in its innovative

potential which, in turn, would have effects on its degree of competitiveness.

As a result of the exploration of several works focused on the analysis of AC, it has been determined that three of the main determinants of it are, at an internal level, the organizational ones, at an external level, the characteristics of the factors of the environment, and at both levels, the cognitive factors. In this way, through the combination of external knowledge, coming from the environment and internal to the company, both tacit and explicit, the potential of the company to generate innovations and the creation of value for the client would be increased, with the consequent effects for the competitiveness of the company.

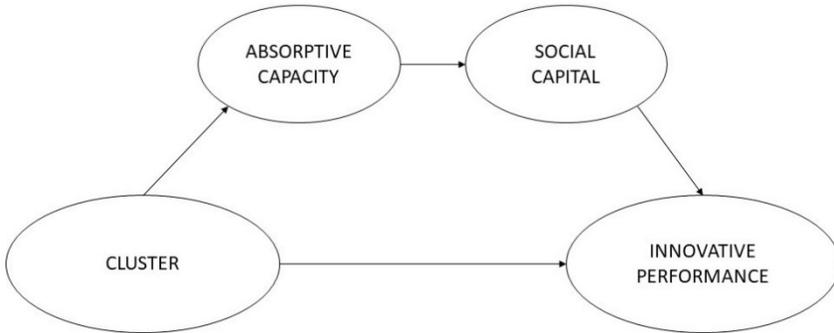
From the main published works on the subject, obtained from the "Web of Science" database, it has been possible to determine the essential factors analysed by their authors in relation to the concepts "cluster" and "AC". Thus, they address the analysis, in the context of a cluster, of social capital and the establishment of social networks, the communication channels between companies and the various sources at their disposal, the factors that influence the degree of inter-company cooperation, the characteristics and functions of the "gatekeepers" in relation to the dissemination of knowledge, knowledge management from the perspective of internal resources and capabilities, the explanatory effect of internal resources and capabilities on the innovative performance of enterprises, as well as the dynamics of the operation and evolution of clusters with respect to the main industry, the characteristics of enterprises and the knowledge network.

We conclude that there is a compendium of factors affecting the degree of use of knowledge from the business environment in the context of a cluster, and it is possible to determine the relevance of the knowledge on the innovative performance and competitiveness of the companies, as well as for the growth and prosperity of the society.

On the basis of the above, a simple construct is proposed in figure 1, which establishes the possible relationship between the companies' membership of a cluster and innovation, as well as the double mediating effect that the AC and social capital can have on this relationship. In

this way, this work aims to establish a basis for study to be confirmed in future projects. Thus, in subsequent works, the analysis of the proposed relationship will be deepened, and an attempt will be made to empirically contrast the proposals made.

FIGURE 1.- Proposal for future research



Source: Own elaboration.

With regard to the limitations of the work, the analysis has been carried out on a small sample of 30 articles obtained from a given search equation, and a single database. This is why the nature of the study lacks the necessary breadth to draw determining conclusions, although it does shed light on the subject under study, and helps to clarify, as far as possible, the relationship between cluster membership, AC and innovation results, as well as the influence of other determining factors on the explanatory capacity of each of the constructs.

7. BIBLIOGRAPHY

- Aydalot, P. (1986). Innovative milieu. European Research Group on Innovative Milieux, Paris.
- Aguilar-Olaves, G., Herrera, L. y Clemenza, C. (2014). Capacidad de absorción: aproximaciones teóricas y empíricas para el sector servicio. *Revista Venezolana de Gerencia*, 19(67), 499-518.
- Bathelt, H. (2005). Cluster relations in the media industry: Exploring the distanced neighbour paradox in Leipzig. *Regional Studies*, 39(1), 105-127.

- Bathelt, H., Malmberg, A., y Maskell, P. (2004). Clusters and knowledge: local buzz, global pipelines and the process of knowledge creation. *Progress in human geography*, 28(1), 31-56.
- Becattini, G. (1979): Dal «settore» industriale al «distretto» industriale. Alcune considerazioni sull'unità d'indagine dell'economia industriale, *Rivista di Economia e Politica Industriale*, a. V, n.º1, pp. 7-21 [ora en G. Becattini, *Il distretto industriale. Un nuovo modo di interpretare il cambiamento economico*, Turín, Rosenberg & Sellier, 2000, pp. 41-56].
- Becattini, G. (2002). Del distrito industrial marshalliano a la «teoría del distrito» contemporánea. Una breve reconstrucción crítica. *Investigaciones Regionales - Journal of Regional Research*, 1, 9–32.
- Becattini G. (1992), “The Marshallian industrial district as a socio-economic notion”, in Pyke, F. / Becattini, G. / Sengenberger, W. (1990) (eds.), *Industrial districts and inter-firm co-operation in Italy*, International Institute for Labour Studies, Geneva, pp. 37-51.
- Bell, G. G. (2005). Clusters, networks, and firm innovativeness. *Strategic management journal*, 26(3), 287-295.
- Berghman, L., Matthyssens, P. y Vandembempt, K. (2006). Building competences for new customer value creation: An exploratory study. *Industrial marketing management*, 35(8), 961-973.
- Boschma, R., Eriksson, R. y Lindgren, U. (2008). How does labour mobility affect the performance of plants? The importance of relatedness and geographical proximity. *Journal of Economic Geography*, 9(2), 169-190.
- Boix, R. y Galletto, V. (2009). Innovation and industrial districts: a first approach to the measurement and determinants of the I-district effect. *Regional Studies*, 43(9), 1117-1133.
- Boix, R. y Trullén, J. (2010). Industrial districts, innovation and I-district effect: territory or industrial specialization? *European Planning Studies*, 18(10), 1707-1729.
- Bröring, S., Martin Cloutier, L. y Leker, J. (2006). The front end of innovation in an era of industry convergence: evidence from nutraceuticals and functional foods. *R&D Management*, 36(5), 487-498.
- Brunswicker, S. y Vanhaverbeke, W. (2015). Open innovation in small and medium-sized enterprises (SMEs): External knowledge sourcing strategies and internal organizational facilitators. *Journal of Small Business Management*, 53(4), 1241-1263.
- Callon, M., Courtial, J. P. y Penan, H. (1995). *Cienciometría: la medición de la actividad científica: de la bibliometría a la vigilancia tecnológica*. Asturias, España: Trea.

- Camisón, C. Z., y Forés, B. J. (2014). Capacidad de absorción: antecedentes y resultados. *Economía Industrial*, 391, 13-22.
- Carayannis, E. G., Popescu, D., Sipp, C. y Stewart, M. (2006). Technological learning for entrepreneurial development (TL4ED) in the knowledge economy (KE): case studies and lessons learned. *Technovation*, 26(4), 419-443.
- Castrillón, M. A. G. (2015). Modelo de capacidades dinámicas. *Dimensión Empresarial*, 13(1), 111-131.
- Claver-Cortés, E., Marco-Lajara, B., Seva-Larrosa, P., y Ruiz-Fernández, L. (2019). Competitive advantage and industrial district: A review of the empirical evidence about the district effect. *Competitiveness Review: An International Business Journal*, 29(3), 211-235.
- Cohen, W. M., y Levinthal, D. A. (1989). Innovation and learning: the two faces of R & D. *The economic journal*, 99(397), 569-596.
- Cohen, W. M., y Levinthal, D. A. (1990). Absorptive capacity: A new perspective on learning and innovation. *Administrative science quarterly*, 35(1), 128-152.
- Cohen, W. M., y Levinthal, D. A. (1994). Fortune favors the prepared firm. *Management science*, 40(2), 227-251.
- Corò, G. (1997). Competenze contestuali e regolazione economica locale. Spunti di ricerca a partire dall'analisi di alcuni distretti industriali di successo del Nord Est. Un paradigma per i distretti industriali. Radici storiche attualità e sfide future, Grafo, Brescia.
- D'Este, P., Guy, F., y Iammarino, S. (2012). Shaping the formation of university–industry research collaborations: what type of proximity does really matter? *Journal of economic geography*, 13(4), 537-558.
- De Silva, M., Howells, J., & Meyer, M. (2018). Innovation intermediaries and collaboration: Knowledge–based practices and internal value creation. *Research Policy*, 47(1), 70-87.
- Dei Ottati, G. (2006). El 'efecto distrito': algunos aspectos conceptuales de sus ventajas competitivas. *Economía industrial*, 359, 73-79.
- Depner, H., y Bathelt, H. (2005). Exporting the German model: the establishment of a new automobile industry cluster in Shanghai. *Economic Geography*, 81(1), 53-81.
- Drucker, P. (2004). La disciplina de la innovación. *Harvard business review*, 82(8), 3-7.
- Duchek, S. (2015). Designing Absorptive Capacity? An Analysis of Knowledge Absorption Practices in German High-Tech Firms. *International Journal of Innovation Management*, 19(4), 1-22.

- Ferreira, G. C. y Ferreira, J. J. (2017). Absorptive capacity: an analysis in the context of brazilian family firms. *RAM. Revista de Administração Mackenzie*, 18(1), 174-204.
- Formichella, M. (2005). La evolución del concepto de innovación y su relación con el desarrollo. Argentina: INTA.
- Fuensanta, M. J. R. (2010). Influencia de las economías externas de distrito sobre la productividad empresarial: un enfoque multinivel. *Investigaciones Regionales - Journal of Regional Research*, 18, 61-82.
- García-Peñalvo, F. J., Colomo-Palacios, R. y Lytras, M. D. (2012). Informal learning in work environments: training with the Social Web in the workplace. *Behaviour & Information Technology*, 31(8), 753-755.
- Giuliani, E., y Bell, M. (2005). The micro-determinants of meso-level learning and innovation: evidence from a Chilean wine cluster. *Research policy*, 34(1), 47-68.
- Giuliani, E. (2006). The selective nature of knowledge networks in clusters: evidence from the wine industry. *Journal of economic geography*, 7(2), 139-168.
- Graf, H. (2010). Gatekeepers in regional networks of innovators. *Cambridge Journal of Economics*, 35(1), 173-198.
- Greve, H. R. (2009). Bigger and safer: The diffusion of competitive advantage. *Strategic Management Journal*, 30(1), 1-23.
- Hernández, J. G. V. y Bautista, G. M. (2017). Dynamic capabilities analysis in strategic management of learning and knowledge absorption. *Race: revista de administração, contabilidade e economia*, 16(1), 227-260.
- Hervas-Oliver, J. L. y Albors-Garrigos, J. (2008). The role of the firm's internal and relational capabilities in clusters: when distance and embeddedness are not enough to explain innovation. *Journal of Economic Geography*, 9(2), 263-283.
- Julián, B. F. y Zornoza, C. C. (2008). La capacidad de absorción de conocimiento: factores determinantes internos y externos. *Dirección y organización*, 36, 35-50.
- King, A. y Lakhani, K. (2011). The contingent effect of absorptive capacity: an open innovation analysis. Boston: Harvard Business School. Working paper. 11-102
- Kodama, T. (2008). The role of intermediation and absorptive capacity in facilitating university–industry linkages—An empirical study of TAMA in Japan. *Research Policy*, 37(8), 1224-1240.

- Kostopoulos, K., Papalexandris, A., Papachroni, M. y Ioannou, G. (2011). Absorptive capacity, innovation, and financial performance. *Journal of Business Research*, 64(12), 1335-1343.
- Krugman, P. R. (1991). *Geography and trade*. Leuven, Belgium: Leuven University Press.
- Lane, P. J., Salk, J. E., y Lyles, M. A. (2001). Absorptive capacity, learning, and performance in international joint ventures. *Strategic management journal*, 22(12), 1139-1161.
- Lane, P. J., Koka, B. R., y Pathak, S. (2006). The reification of absorptive capacity: A critical review and rejuvenation of the construct. *Academy of management review*, 31(4), 833-863.
- Lazaric, N., Longhi, C., y Thomas, C. (2008). Gatekeepers of knowledge versus platforms of knowledge: from potential to realized absorptive capacity. *Regional Studies*, 42(6), 837-852.
- Li, J., Chen, D., y Shapiro, D. M. (2010). Product innovations in emerging economies: The role of foreign knowledge access channels and internal efforts in Chinese firms. *Management and Organization Review*, 6(2), 243-266.
- Lin, H. F., Su, J. Q. y Higgins, A. (2016). How dynamic capabilities affect adoption of management innovations. *Journal of Business Research*, 69(2), 862-876.
- Lorenzen, M. y Mudambi, R. (2012). Clusters, connectivity and catch-up: Bollywood and Bangalore in the global economy. *Journal of Economic Geography*, 13(3), 501-534.
- Malecki, E. J. (2012). Regional social capital: why it matters. *Regional Studies*, 46(8), 1023-1039.
- Malmberg, A. y Maskell, P. (2006). Localized learning revisited. *Growth and Change*, 37(1), 1-18.
- Menzel, M. P. y Fornahl, D. (2009). Cluster life cycles—dimensions and rationales of cluster evolution. *Industrial and corporate change*, 19(1), 205-238.
- Molina-Morales, F. X. y Martínez-Fernández, M. T. (2009). Too much love in the neighborhood can hurt: How an excess of intensity and trust in relationships may produce negative effects on firms. *Strategic Management Journal*, 30(9), 1013-1023.
- Molina-Morales, F. X. y Martínez-Fernández, M. T. (2010). Social networks: effects of social capital on firm innovation. *Journal of Small Business Management*, 48(2), 258-279.

- Morrison, A. (2008). Gatekeepers of knowledge within industrial districts: who they are, how they interact. *Regional Studies*, 42(6), 817-835.
- Parhankangas, A., y Arenius, P. (2003). From a corporate venture to an independent company: a base for a taxonomy for corporate spin-off firms. *Research Policy*, 32(3), 463-481.
- Porter, M. E. (1990) *The Competitive Advantage of Nations*. New York: Free Press.
- Porter, M. E. (1998). *On Competition*. Boston: Harvard Business School Press.
- Porter, M. E. (2000). Location, Competition, and Economic Development: Local Clusters in a Global Economy. *Economic Development Quarterly*, 14(1), 15-34.
- Porter, M. E. (2000). Location, Competition, and Economic Development: Local Clusters in a Global Economy. *Economic Development Quarterly*, 14(1), 15-34.
- Porter, M. E., y Ketels, C. (2009). Clusters and industrial districts: common roots, different perspectives. *A handbook of industrial districts*, 172-183.
- Pouder, R., y St. John, C. H. (1996). Hot spots and blind spots: Geographical clusters of firms and innovation. *Academy of management review*, 21(4), 1192-1225.
- Puig, F. y Marques, H. (2011). The dynamic evolution of the proximity effect in the textile industry. *European Planning Studies*, 19(8), 1423-1439.
- Rothaermel, F. T. (2002). Technological discontinuities and interfirm cooperation: What determines a startup's attractiveness as alliance partner? *IEEE Transactions on Engineering Management*, 49(4), 388-397.
- Saiz, L., Miguel, D. P. y del Campo, M. Á. M. (2018). The knowledge absorptive capacity to improve the cooperation and innovation in the firm. *Journal of Industrial Engineering and Management*, 11(2), 290-307.
- Schillaci, C., Romano, M. y Nicotra, M. (2013). Territory's Absorptive Capacity. *ERJ*, 3(1), 109-126.
- Signorini, L. F. (1994). The price of Prato, or measuring the industrial district effect. *Papers in Regional Science*, 73(4), 369-392.
- Sforzi, F. (2006). El Distrito Industrial Y El « Viraje Territorial » en el análisis del cambio económico. *Economía Industrial*, (359), 37-42.
- Staber, U. y Sydow, J. (2002). Organizational adaptive capacity: A structuration perspective. *Journal of management inquiry*, 11(4), 408-424.

- Storper, M. y Harrison, B. (1991). Flexibility, hierarchy and regional development: the changing structure of industrial production systems and their forms of governance in the 1990s. *Research policy*, 20(5), 407-422.
- Tallman, S., Jenkins, M., Henry, N., y Pinch, S. (2004). Knowledge, clusters, and competitive advantage. *Academy of management review*, 29(2), 258-271.
- Teece, D. J., Pisano, G., & Shuen, A. (1997). Dynamic capabilities and strategic management. *Strategic management journal*, 18(7), 509-533.
- Ter Wal, A. L. y Boschma, R. (2011). Co-evolution of firms, industries and networks in space. *Regional studies*, 45(7), 919-933.
- Todorova, G., y Durisin, B. (2007). Absorptive capacity: Valuing a reconceptualization. *Academy of management review*, 32(3), 774-786.
- Valencia-Rodríguez, M. (2015). Capacidades dinámicas, innovación de producto e aprendizaje organizacional en pymes del sector cárnico. *Ingeniería industrial*, 36(3), 287-305.
- Valentim, L., Lisboa, J. V. y Franco, M. (2016). Knowledge management practices and absorptive capacity in small and medium-sized enterprises: is there really a linkage? *R&D Management*, 46(4), 711-725.
- Vega-Jurado, J., Gutiérrez-Gracia, A. y Fernández-de-Lucio, I. (2008). Analyzing the determinants of firm's absorptive capacity: beyond R&D. *R&D Management*, 38(4), 392-405.
- Xie, X., Zou, H. y Qi, G. (2018). Knowledge absorptive capacity and innovation performance in high-tech companies: A multi-mediating analysis. *Journal of Business Research*, 88, 289-297.
- Xu, B., Xiao, Y. y Rahman, M. U. (2019). Enterprise level cluster innovation with policy design. *Entrepreneurship & Regional Development*, 31(1-2), 46-61.
- Yayavaram, S. y Ahuja, G. (2008). Decomposability in knowledge structures and its impact on the usefulness of inventions and knowledge-base malleability. *Administrative Science Quarterly*, 53(2), 333-362.
- Zahra, S. A. y George, G. (2002). Absorptive capacity: A review, reconceptualization, and extension. *Academy of management review*, 27(2), 185-203.
- Zou, T., Ertug, G. y George, G. (2018). The capacity to innovate: A meta-analysis of absorptive capacity. *Innovation*, 20(2), 87-121.
- Zucchella, A. (2006). Local cluster dynamics: Trajectories of mature industrial districts between decline and multiple embeddedness, *Journal of Institutional Economics*, 2(1), 21-44.

DIRECCIÓN ESTRATÉGICA INTERNACIONAL: ASPECTOS ESENCIALES Y CONSIDERACIONES POSTPANDEMIA

PATRICIA HUERTA-RIVEROS

Departamento de Administración y Auditoría, Universidad del Bío-Bío

CAROLINA LEYTON-PAVEZ

Departamento de Gestión Empresarial, Universidad del Bío-Bío

1. INTRODUCCIÓN

El Covid-19 ha generado un impacto en diversos ámbitos, tales como sanitarios, económicos, organizacionales, entre otros.

Al respecto, en el ámbito organizacional, las empresas han tenido que adaptarse a las consecuencias que generó el Covid-19 a nivel mundial, modificando su forma de competir, no sólo a nivel nacional sino también a nivel internacional, lo que ha provocado un proceso de revisión de la forma de abordar los mercados internacionales y los aspectos esenciales que deben considerar las empresas, debido a los obstáculos que han surgido producto de la situación sanitaria mundial.

En particular, los obstáculos han sido diversos porque las fronteras estuvieron cerradas, la cadena de suministro se vio afectada en diferentes países, las demandas tradicionales de los productos y servicios se modificaron por bienes de primera necesidad, obligando a las organizaciones a repensar el negocio tradicional.

Por lo anterior, son múltiples los aspectos de la dirección estratégica internacional que las empresas deben considerar para volver a abordar los mercados internacionales en la actualidad, tales como el análisis del entorno, la comparación que se debe realizar entre países, el comercio internacional y la movilidad de los factores, al igual que la mayor presión de la sociedad sobre la ética en los negocios y su sostenibilidad.

Sumado a lo anterior, también es relevante que las organizaciones puedan considerar los aspectos del contexto internacional, como las razones que tendrán para abordar los mercados internacionales, pero también los obstáculos que enfrentaron y cómo los enfrentarán en el futuro. Por ello, es clave que las empresas consideren estos aspectos esenciales cuando seleccionen los mercados internacionales.

Ello les permitirá analizar cuál será la estrategia para ingresar a mercados internacionales, debido a que el Covid-19 modificó la forma de ingreso a los mercados, cerrando algunas fronteras temporalmente y afectando la forma de competir en los mercados internacionales. Debido a lo cual las empresas también deberán revisar si su estructura organizacional será capaz de sostener los ajustes que deban realizar.

Es en esta tarea que la dirección estratégica posee un papel relevante, porque a través de un proceso integrado permitirá orientar a la organización en sus decisiones estratégicas a nivel internacional.

Por lo anterior, el objetivo de este artículo consiste en analizar la dirección estratégica internacional y sus aspectos esenciales, en el contexto de la pandemia. Para ello, se realizará en primer lugar, un marco teórico sobre dirección estratégica internacional y sus elementos claves y, en segundo lugar, se propone como resultado consideraciones postpandemia, a través de la representación de un modelo que reúne los aspectos claves de la dirección estratégica internacional y sus consideraciones postpandemia. Por último, se presentan las conclusiones y bibliografía del estudio.

2. DIRECCIÓN ESTRATÉGICA INTERNACIONAL: ASPECTOS ESENCIALES

La pandemia del Covid-19 ha generado un impacto en diversos ámbitos, tales como sanitarios, económicos, organizacionales, entre otros. Al respecto, en el ámbito organizacional, las empresas han tenido que adaptarse a las consecuencias que generó el Covid-19 a nivel mundial, modificando su forma de competir, no sólo a nivel nacional sino también a nivel internacional, lo que ha provocado un proceso de revisión de la forma de abordar los mercados internacionales y los aspectos

esenciales que deben considerar, debido a los obstáculos que han surgido producto de la situación sanitaria mundial.

Por ello, las empresas han debido adaptar su forma de competir, operar y producir a nivel nacional e internacional, y la dirección estratégica internacional, contribuye a orientar este proceso, repensando el negocio a partir de considerar los aspectos relevantes a atender en esta nueva etapa empresarial.

Dentro de esta nueva realidad, las empresas deberán considerar un conjunto de aspectos integrados que a continuación se presentarán de forma resumida, con la finalidad de entregar una orientación sobre los elementos relevantes a considerar postpandemia. Uno de ellos son las variables o factores del entorno internacional, que tiene por finalidad el poder distinguir los impactos nacionales de los internacionales en cuanto a los ámbitos culturales, económicos, financieros logísticos y su incidencia en las decisiones de la empresa.

Lo anterior, porque los factores son diferentes dependiendo del país y, por ello, es clave comparar los países considerando estos elementos. Para ello, también se pueden revisar informes generados por diversas organizaciones e instituciones nacionales e internacionales, tales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el Fondo Monetario Internacional (FMI), el World Economic Forum (WEF), la Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales (2022), entre otras, los cuales se encargan de proporcionar un conjunto de antecedentes con datos comparativos sobre países, con el objetivo de facilitar a quienes desean invertir o conocer de un determinado país, una visión más objetiva frente a un mismo aspecto, por ejemplo, es clave el poder analizar el PIB, la inflación, el comercio exterior entre países, al igual que el índice de competitividad global y el ranking Doing Business, sumado a otros datos e informes claves que deben ser considerados en la dirección estratégica internacional.

En definitiva, este proceso debe partir con un análisis del entorno, el cual considera un conjunto de factores o ámbitos que rodean a una organización y/o a un país, e influyen en su actuar y, por ende, en sus resultados. Y dado que el entorno nacional se circunscribe a las

variables externas no controlables que surgen e impactan en el país, en el entorno internacional son las mismas, pero se encuentran en otros países, y, además, hay que considerar que ambos entornos interactúan, influyen y presionan a las organizaciones en general (Camisón y Dalmau, 2009). En resumen, bajo el enfoque de la dirección estratégica internacional, el entorno es un aspecto relevante por considerar porque la empresa debe decidir qué producto o servicio ofrecerá en un país diferente al doméstico o nacional y, por ende, a qué tipo de clientes van dirigidos sus productos y/o servicios (Chiavenato, 2017).

En concreto, se deben analizar los diferentes niveles de entorno y para ello se deberán utilizar herramientas de análisis del entorno (Navas y Guerras, 2007; Chiavenato, 2017), en donde se aglutinen los diferentes factores, tales como el entorno económico, donde es fundamental considerar el PIB, el entorno financiero, en donde se debe observar la fluctuación de la moneda, el entorno cultural, que debe apreciar las tradiciones, hábitos y costumbres de una sociedad, en el entorno político, la estabilidad del gobierno es clave, en el entorno legal se debe observar la legislación, normas y reglamentación vigente y si permite o no un espacio para realizar negocios, en el entorno demográfico, el tamaño y composición de la población (género) es relevante, en el entorno tecnológico se debe considerar el nivel de Tecnologías de Información y Comunicación (TIC), en el entorno medioambiental, los factores relacionados al cambio climático, como la conservación, reciclaje y reutilización son fundamentales, entre otros factores a considerar en cada ámbito mencionado.

En concreto, los entornos impactan en las decisiones de la empresa y en el comercio exterior, el cual hace referencia al intercambio comercial de un país en relación a los demás, en cambio, el comercio internacional es un concepto más amplio, porque abarca el flujo de relaciones comerciales internacionales, sin hacer referencia a un país en particular (Maubertviveros, 2020), pero influye en los movimientos internacionales de factores de producción y el comercio de bienes y servicios, que puede dar paso a una integración económica internacional, impulsando diferentes grados de internacionalización de la empresa (Huerta *et al*, 2016). Sin embargo, a veces se presentan dificultades políticas, porque

el movimiento de factores está sujeto a más restricciones que el comercio de bienes, como aquellas que se impone a la mano de obra, dando origen a programas a nivel internacional que tratan de superar esas barreras entre países, como el Programa Erasmus.

Otro aspecto por considerar dentro del proceso de dirección estratégica internacional, son las numerosas teorías que se relacionan con el comercio internacional, tales como la Teoría de la Ventaja Comparativa, la Teoría de ciclo de vida del producto, la Teoría Ecléctica, entre otras teorías igual de importantes, junto a las teorías y modelos de internacionalización mencionados por Cardozo *et al* (2013).

Todas estas teorías aportan a la comprensión de los negocios internacionales y se enmarcan en el proceso de globalización. En particular, Guardiola (2020, p.250) señala que la “globalización de los mercados ha configurado, no solo las dinámicas económicas, sino también las relaciones sociales de los individuos y las comunidades, generando cambios en la forma de concebir la realidad, a partir de la convergencia compleja de múltiples factores” (Huynen *et al*, 2005; Egger y Fischer, 2020; Mishra *et al*, 2020).

Por lo tanto, la globalización, “es un proceso continuado de aumento en los intercambios en los mercados de productos, servicios, inversiones y trabajo” (Pla y León, 2004, p.5). Lo que da cuenta que no es un proceso esporádico, aunque sí hay que considerar que ha sido interrumpido producto de la pandemia del Covid-19, debido al cierre de fronteras y por ende a la dificultad que ha significado el intercambio entre países.

Pero también se plantea que es “un fenómeno económico y social que implica que avanzamos hacia un mayor grado de integración e interdependencia entre las economías de los distintos países, siendo un fenómeno multidimensional, complejo y que posee múltiples manifestaciones” (Pla y León, 2004, p.6). Manifestaciones que se han visto incrementadas en su diversidad dada la contingencia sanitaria mundial que ha demandado de las empresas una forma diferente de abordar los mercados internacionales, incluso en determinada etapa de la crisis, relevando la producción local sobre lo internacional, debido a los

obstáculos que ha experimentado la dirección estratégica internacional en la pandemia.

Sin embargo, según Guardiola (2020, p.250) “el fenómeno de la globalización ha propiciado un nuevo entorno mundial, profundamente marcado por el encuentro de actores muy diversos, con diferentes orígenes e intereses (Jara, 2020; Martin y Methven, 2017)”. Y en el contexto de la pandemia los intereses siguen siendo comunes, porque las TIC han impulsado un conocimiento masivo de las demandas mundiales haciendo visible los productos y servicios ofrecidos a nivel global, de forma más rápida que en otra época, debido a que las TIC ha sido el medio a través del cual la sociedad ha podido permanecer en contacto, al igual que ha permitido el trabajar, comprar y vender productos y servicios, haciendo más cercana las demandas mundiales debido al acceso inmediato a la información que han generado las redes sociales.

A la vez, desde otro punto de vista, aunque la globalización tiende a la integración y similitud, la pandemia ha generado un efecto contrario, debido a que, en algunos países, las fronteras se han cerrado de forma temporal, agudizando los controles sobre la mercancía para evitar el ingreso del virus a cada país, y aunque se observa un proceso de apertura de fronteras éste ha sido intermitente, debido a que varios países han retrocedido producto de las nuevas variantes, frente a lo cual las empresas deben considerar planes de contingencia en los mercados en los cuales se encuentran instalados o desean ingresar.

Por lo anterior, es clave revisar los diversos niveles de globalización, tales como la globalización a nivel país, a nivel de sector y a nivel de empresa (Pla y León, 2004), para lo cual se deben considerar las formas de medida que involucra cada nivel. A diferencia de los tipos de globalización que se relacionan más bien con los ámbitos mencionados previamente, como la globalización económica, social y política, tecnológica y, cultural.

Al contrario, la antiglobalización plantea que la globalización sólo contribuye con las grandes multinacionales y países más ricos, intensificando la brecha económica y social, movimiento latente en época de pandemia. Al respecto, Barón (2009, p.13) señala que “los movimientos

alterglobalización, más conocidos como movimientos antiglobalización, constituyen una de las respuestas frente al fracaso del mercado y sus promesas no cumplidas”.

Otro aspecto que considerar por parte de la dirección estratégica internacional es la ética internacional, que debe estar presente en cada etapa del modelo de dirección. Específicamente, la ética proviene del griego *ethos* y según la RAE (2021), “la ética es el conjunto de normas morales que rigen la conducta de la persona en cualquier ámbito de la vida”, concepto ligado al carácter. Específicamente, el carácter “que se refiere a las cualidades propias de una cosa, de una persona o de una colectividad, que las distingue, por su modo de ser u obrar, de las demás” (RAE, 2021). Y, a la moral, que “es la doctrina del obrar humano que pretende regular el comportamiento individual y colectivo en relación con el bien y el mal y los deberes que implican” (RAE, 2021).

Por lo tanto, “la ética, desde un punto de vista moral, es el código de conducta con el que guiamos nuestros actos a lo largo de la vida (Savater, 2002)” (Orozco, 2020, p.87). Al respecto, Hill *et al* (2015, p.385) señalan que “un código de ética es la declaración formal de las prioridades éticas a las que se adhiere el negocio”. En definitiva, los trabajadores trasladan sus valores y conductas individuales a la organización e influyen en su actuar, por ello es fundamental los códigos de ética empresarial, que guiarán a los colaboradores en la organización y que seguirán siendo relevantes posterior a la pandemia. Al respecto, Hill *et al* (2015, p.385) señalan que, “para propiciar la conducta ética, las compañías deben crear una cultura en la organización que concede valor muy grande a las conductas éticas”, porque tal como plantea Daft (2015) existe una vinculación entre la cultura organizacional y los valores éticos.

De igual forma, “no puede haber empresas socialmente responsables sin que se conduzcan de forma ética” (Orozco, 2020, p.87). Siendo clave la ética postpandemia, debido a que requiere ser analizada la responsabilidad de las organizaciones frente a este acontecimiento mundial y sobretodo la forma de llevar a cabo cada negocio, el cual debe estar en línea con el cambio climático y la sostenibilidad que exige la sociedad.

De hecho, Orozco (2020, p.86) plantea que “somos cada vez más exigentes con las empresas para que apoyen estos nuevos, o actualizados valores. Las regulaciones, y los mismos consumidores les exigen mayor transparencia, que sus productos, servicios y programas reflejen una ética empresarial real y no superficial”. Lo anterior se verá relevado pospandemia debido a que la sociedad está demandando una responsabilidad y conducta ética de las organizaciones más allá del negocio, sino más bien exige un compromiso con la sociedad y la sustentabilidad, en línea con los objetivos de desarrollo sostenible y el global compact.

De hecho, existen normativas internacionales que impulsan la gestión ética en los negocios internacionales, como es el Pacto Mundial de la ONU o Global Compact, creada por Naciones Unidas en 1999, que entre sus fines tiene el de globalizar un compromiso ético de las empresas en torno a diez principios sobre Derechos Humanos, trabajo y Medio Ambiente y alineados a la Agenda 2030 que reúne los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (Global Compact, 2022).

Todo lo anterior, debe ser parte de la “estrategia internacional, la cual hace referencia a los procesos de dirección estratégica mediante los cuales, las empresas evalúan las condiciones cambiantes del entorno internacional y desarrollan una respuesta adecuada a sus recursos que implicará el traspaso de las fronteras nacionales” (Pla y León, 2004, p. 31). De hecho, según Chiavenato (2017, p.144), “la internacionalización representa la entrada de la organización en mercados extranjeros y refleja la misma lógica que la diversificación, la ampliación de mercados y busca nuevas oportunidades para colocar sus productos y servicios, para aprovechar la globalización y sus características”.

En definitiva, el traspaso de fronteras se debe a variadas razones que pueden agruparse en razones externas e internas, al igual que los factores pull y push (Dunning, 1998, 1991; Pla y León, 2004; Thompson *et al*, 2012). Siendo algunas razones internas la reducción de costos, tamaño mínimo eficiente, búsqueda de recursos, disminución del riesgo global, costos de transacción y explotación de recursos y capacidades. Por otra parte, algunas razones externas son el ciclo de vida de la industria, demanda externa, pautas del consumidor, restricciones legales y globalización de la industria (Guerras y Navas, 2007). En el contexto

de la pandemia las razones para la internacionalización se han visto afectadas porque las prioridades han cambiado, privilegiando lo sanitario y aquellos bienes que permiten la subsistencia inicialmente, pero se ha accedido a una mayor diversidad en la demanda en la medida que la pandemia avanza o cambia de etapa.

Por ello, las organizaciones deben estudiar las condiciones de la competitividad internacional, modelo que involucra las condiciones de los factores, de la demanda, los sectores afines y auxiliares, la estrategia, estructura y rivalidad (Guerras y Navas, 2015), junto a las acciones que emprendan los gobiernos, que deberá ser analizado por las empresas antes de abordar los mercados internacionales y cuya revisión debe ser permanente debido al carácter dinámico de los elementos que involucra y a las modificaciones que se han generado producto de las restricciones que se han impuesto por el Covid-19.

Por otra parte, en esta época cobra mayor relevancia los obstáculos tradicionales que se han estudiado sobre el proceso de internacionalización, debido a que se han agudizado y diversificado, muchas veces impidiendo la internacionalización de la empresa en época de pandemia y, por ende, deben ser considerado por aquellas organizaciones que deseen emprender un proceso de dirección estratégica internacional, como los obstáculos mencionados por Guerras y Navas (2007, 2015) dentro de los cuales se encuentran los obstáculos financieros, comerciales, logísticos, restricciones legales e inversión directa, entre otros.

A la vez, cuando la empresa toma la decisión de ir a mercados internacionales, debe elegir el mercado, y para ello puede emplear variadas técnicas o metodologías, de hecho, existen clasificadoras de riesgos que proponen modelos con diferentes factores y ponderaciones que contribuyen a la selección de los mercados internacionales. Pero Pla y León (2004, pp. 60-65) propone una práctica matriz de selección de mercado, en la cual, en primer lugar, el proceso debe involucrar un análisis de contexto, considerando el riesgo económico, política y diversidad cultural y, posteriormente se debe analizar las características relacionadas al ajuste producto-mercado en cada país. Donde “el riesgo país, se define como el posible efecto negativo que la situación política, social, legal y cultural de un país puede tener sobre el valor de la inversión

directa exterior localizada en dicha economía” (Duran, 2000; Pla y León, 2004, p. 61) y, de acuerdo al Ministerio de Hacienda de Chile (Ministerio de Hacienda, 2022), “el riesgo país o riesgo soberano es la diferencia entre la tasa de interés que paga el Gobierno de Chile y la tasa que paga el Tesoro de los EE.UU., sobre bonos emitidos a los mismos plazos y en las mismas condiciones”. Señalando que “si el riesgo soberano es mayor, las tasas de interés de los créditos para el sector privado serán más altas” (Ministerio de Hacienda, 2022).

Al respecto, siguiendo a Pla y León (2004), el riesgo país se descompone en tres tipos: Riesgo político (Camisón y Dalmau, 2009), Riesgo administrativo y Riesgo soberano. En segundo lugar, la selección de mercados internacionales también debe involucrar las diferencias culturales, considerando que existe mayor probabilidad de realizar negocios en países que sean más cercanos culturalmente, por la cercanía cultural, idiomas, hábitos, entre otros aspectos. De hecho, Chiavenato (2017, p.145) señala que “cada país tiene su propia cultura, lengua y huso horario, sin embargo, no cabe duda de que la internacionalización es una excelente alternativa para expandir mercados”.

En tercer lugar, se debe considerar el ajuste producto-mercado en cada país, que considera el ajuste del producto que se requiere aplicar, tal como el tamaño del mercado y potencial de crecimiento, junto a la estructura competitiva (Pla y León, 2004). Para ello se puede utilizar el modelo de las 5 fuerzas competitivas (Porter, 1979) porque “estas fuerzas, determinarán la intensidad competitiva, así como la rentabilidad del sector industrial” (Rodríguez, 2017, p.75). Modelo que sigue vigente y que deben ser considerado postpandemia, debido a que permite visualizar a la competencia.

Igualmente, la dirección internacional debe identificar la etapa del proceso de internacionalización que posee o desea estar la empresa, la cual involucra: Exportación ocasional, exportación experimental, exportación regular, filial de ventas y subsidiaria de producción (Jarillo y Martínez, 1991; Huerta *et al*, 2010). Cada etapa refleja el nivel de madurez internacional de la empresa y cómo desea abordar su negocio a nivel externo. En particular, mediante las estrategias de entrada en los mercados exteriores se percibe la forma en que una empresa desarrolla sus

actividades en el exterior y la empresa puede optar por diferentes alternativas, tales como: Exportación, Sistemas contractuales, Inversión directa (Guerras y Navas, 2015), las cuales suelen dividirse a su vez en otras más específicas. En concreto, la exportación es la modalidad más tradicional de empezar la internacionalización y consiste en que la producción se mantiene en el país de origen, desde el cual se abastecen los distintos mercados, existiendo dos tipos de estrategias de exportación: Exportación indirecta o pasiva y Exportación directa o activa (Guerras y Navas, 2007, 2015). Estando la exportación indirecta o pasiva representada por: Comprador extranjero, comerciante, broker, casa exportadora, agente, trading company y consorcio de exportación. En cambio, la exportación directa o activa involucra: Agentes o representantes pertenecientes al departamento de exportación de la empresa, agentes independientes que venden por cuenta del exportador, distribuidor-importador y oficina o delegación comercial (Jarillo y Martínez, 1991).

En cambio, los sistemas contractuales o formas de inversión indirecta son aquellos en los que no se produce aportación de capital por parte de la empresa originaria. Se pueden presentar dos modalidades básicas, Licencias y Franquicias (Guerras y Navas, 2007). Siendo las “licencias internacionales un convenio en el que un licenciatario extranjero compra los derechos para fabricar los productos de una compañía en su país” (Navas y Guerras, 2015, p. 509), en cambio, en “las franquicias se venden derechos limitados para utilizar la marca, debiendo cumplir la empresa que obtiene la franquicia estrictas normas sobre la forma de llevar el negocio, ésta última es una opción más utilizada por empresas de servicios y las licencias por empresas fabricantes” (Navas y Guerras, 2015, p. 509), lo cual no quiere decir que sea exclusivas de una u otro tipo de empresa. En cambio, la inversión directa extranjera (IDE) supone el compromiso de aportación de capital por parte de la empresa en el exterior y puede ser junto a otro socio, lo que se denomina empresas conjuntas o Joint-ventures, o bien, IDE en solitario, es decir, una subsidiaria propia (Guerras y Navas, 2015).

Otro elemento a analizar son las estrategias competitivas internacionales, las cuales se han visto afectadas producto de la pandemia y deben ser revisadas y para ello, se utiliza el modelo de Porter (1988), a partir

de las dimensiones concentración y coordinación de las actividades de la cadena de valor, lo que da origen a diferentes tipos de estrategias competitivas internacionales, como es la estrategia transnacional, estrategia global pura, estrategia multipaíses y estrategia global con adaptaciones a diferentes países. Aunque por su parte, Dess *et al* (2011) propone la estrategia global, multipaíses, transnacional e internacional, a partir de las dimensiones presiones para reducir los costos y presiones para la adaptación local (Guerras y Navas, 2015).

En definitiva, lo ideal es que la empresa pueda diseñar e implementar una estrategia del océano azul, en la cual pueda crear nuevos espacios de mercado en donde la competencia sea irrelevante (Chan y Mauborgne, 2015), estos espacios también pueden estar en mercados internacionales, porque la pandemia modificó la forma de competir y hacer negocios y por ello es posible pensar en este tipo de estrategia.

En concreto, cuando la empresa se instala en el exterior es una empresa multinacional, que consiste que “fabrica en más de un país, o bien, que opera en un amplio número de países con la finalidad de maximizar sus beneficios bajo una perspectiva global de grupo y no en cada una de sus unidades nacionales independientes” (Guerras y Navas, 2015, p.491). Sumado a lo anterior, cobra relevancia el identificar cual es el tipo de empresa multinacional, junto a sus características, tales como la empresa multinacional integrada horizontalmente, verticalmente y diversificada, donde la modalidad elegida dependerá de una serie de característica de la propia empresa y del entorno al cual va dirigida.

Pero no sólo el análisis del entorno, la selección del mercado y la definición de la estrategia se requiere revisar en el proceso de dirección internacional, sino también un aspecto esencial que sostiene la estrategia en general, como es la estructura organizacional. En particular, se reconocen las siguientes estructuras organizativas internacionales: Estructura funcional con departamento de exportación, estructura matriz-filial, división internacional, divisiones globales por producto, divisiones globales por área geográfica, estructura matricial, estructura mixta (Jarillo y Martínez, 1991; Pla y León, 2004). Estructuras que deben ser repensadas postpandemia, debido a que el teletrabajo modificó la gestión de los negocios, cómo atender al público objetivo y la forma

habitual de trabajar. Donde Daft (2015, p.92) afirma que “la estructura organizacional se refleja en el organigrama”, el cual deberá ser revisado por las empresas.

Por otra parte, se deben evaluar los mecanismos de coordinación y control en la empresa multinacional (Jarillo y Martínez, 1991), tales como la centralización, formalización, socialización, proceso de control, planificación (Guerras y Navas, 2007), entre otros que posee la empresa, sumado al uso de las TIC que se han visto intensificados en su uso producto de la pandemia, ya sea como medio de trabajo o para vender el producto/servicio que ofrece la empresa. Donde el control internacional será el encargado de determinar si los objetivos, estrategias, metas y en definitiva los planes estratégicos que están asociados a los mercados externos se cumplen de acuerdo con lo esperado. De hecho, Camisión y Dalmau (2015, p.537) resaltan que “la definición de objetivos es una etapa crucial para la planificación de la empresa” planteando que un objetivo es “una meta medible, que se debe conseguir en un tiempo dado por un responsable que tendrá en cuenta los recursos de los que dispone la empresa” (Camisión y Dalmau, 2015, p.537).

En resumen, existen diferentes elementos a considerar en la dirección estratégica internacional que debe ser revisados y evaluados porque la forma tradicional de abordar los mercados cambió producto de la pandemia del Covid-19 y, por lo tanto, se requieren más estudios que permitan analizar sus efectos y consecuencias.

3. METODOLOGIA

Para lograr el objetivo, en primer lugar, se realiza una revisión bibliográfica de la dirección estratégica internacional, sus aspectos esenciales y las consideraciones postpandemia a través del proceso de dirección estratégica y, en segundo lugar, se presenta un modelo y proposición de investigación en el contexto de la pandemia.

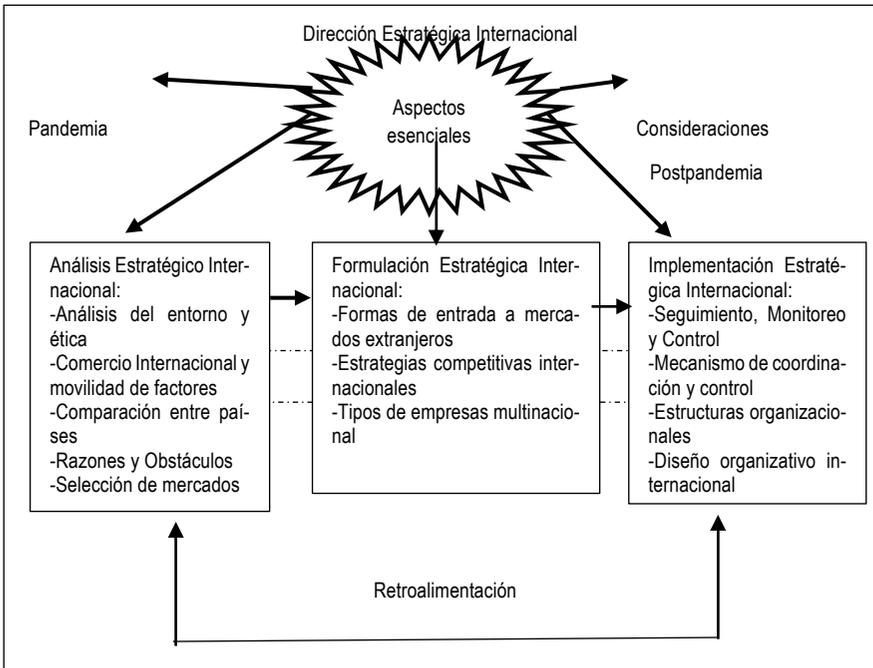
4. RESULTADO

Se presenta un modelo que relaciona la dirección estratégica internacional, los aspectos esenciales y las consideraciones postpandemia,

sumado a la proposición del estudio y lineamientos para su contraste. Lo anterior a través de un análisis y reflexión sobre esta relación a partir de la crisis sanitaria mundial.

Proposición 1: Las organizaciones obtendrá mejores resultados post-pandemia si reevalúan los aspectos esenciales para emprender un proceso de dirección estratégica internacional, *ceteris paribus*

FIGURA 1. Modelo de Investigación



En concreto, en la figura 1 se presenta el modelo de investigación. Como se puede apreciar, la dirección estratégica internacional ha sido afectada por la pandemia causando varios efectos en sus aspectos o elementos fundamentales, tanto internos como externos en la organización, debido a que es un fenómeno que abarca diversos niveles que están presentes en su etapa de análisis, formulación como implementación de estrategia. En particular, la pandemia del Covid-19 ha influido en la forma en la cual las empresas analizan, ingresan y compiten en mercados internacionales, por lo tanto, todos los elementos o aspectos

identificados en cada etapa del proceso de dirección estratégica internacional debe ser revisados en el contexto de la pandemia y pandemias o crisis futuras.

Por lo anterior, la dirección estratégica internacional busca contribuir orientando a las empresas en el contexto internacional, identificando algunos elementos fundamentales de cada etapa, los cuales son el análisis del entorno, las estrategias competitivas internacionales, junto a los mecanismos de evaluación y control que deben ser considerados cuando las organizaciones asumen el compromiso de los mercados internacionales, entre otros elementos igual de relevantes, pero basados todos en una ética empresarial en cada acción que emprenda la institución en el proceso de internacionalización que defina, con la finalidad de asegurar un desarrollo sostenible de los negocios futuros en el mercado de destino.

A continuación, la tabla 1 propone los lineamientos de implementación del modelo de investigación propuesto.

TABLA 1. *Lineamientos de implementación*

Variable/Item	Criterio	Variable/Item	Criterio
Población	Empresas internacionales	Resultado	ROA
Fuente	Base de datos	Sector Industrial	Actividad Económica
Periodo	5 años	Tamaño	Crecimiento en Ventas
Dirección Internacional	Variable categórica	Método /Técnica	Análisis bibliométrico

Fuente: elaboración propia

5. DISCUSIÓN

Es evidente que la pandemia del Covid-19 ha generado una repercusión a diferentes niveles en el mundo, impactando en la sociedad, países y empresa. En este contexto, el ámbito internacional también ha sido afectado, debido a lo planteado por Pla y León, (2004, p.46) sobre que la “estrategia internacional hace referencia a los procesos de dirección estratégica mediante los cuales, las empresas evalúan las condiciones cambiantes del entorno internacional y desarrollan una respuesta organizativa adecuada a sus recursos que implica el traspaso de las fronteras nacionales”, y es un hecho que las condiciones cambiaron y por ende la estrategia internacional debería evaluarse considerando este nuevo escenario mundial. Además, se debe recordar que éste es un proceso dinámico y que en la actualidad debe tener mayor flexibilidad que lo habitual para reaccionar más rápido en el futuro.

De hecho,

“la selección de mercado internacional es una decisión de gran importancia para aquellas empresas que quieren llegar a nuevos horizontes con sus productos y/o servicios” (Pla y León, 2004, p.60),

en donde el riesgo político es relevante en el análisis, porque implica

“la pérdida de activos, de poder adquisitivo o de control de la empresa a causa de sucesos o medidas políticas tomadas por el gobierno del país anfitrión” (Camisón y Dalmau, 2009, p.278).

Considerando además que

“la selección de mercados internacionales se puede llevar a cabo a través del análisis de tres niveles: a nivel interno o de empresa, a nivel del macroentorno o país y a nivel de industria o sector competitivo” (Rodríguez, 2017, p. 64).

Porque, tal como plantea Rodríguez (2017, p. 64),

“la decisión de entrar a los mercados internacionales, deben ser analizadas desde los factores internos de la empresa, debido a que los conocimientos, recursos y capacidades son también impulsores de la entrada en los mercados internacionales (Perks y Hughes, 2008)”.

Por otra parte, es necesario el análisis de las estructuras organizaciones porque la estructura se ha visto afectada por la pandemia y la forma de

trabajar en los mercados externos y atender a los clientes, y las estructuras propuestas por Hill *et al* (2015, pp.451-455) permiten esa revisión. Específicamente, “cuando las compañías empiezan a expandirse en el extranjero, muchas veces agrupan todas sus actividades foráneas en una división internacional, este ha sido por lo habitual el caso de las que tienen un solo negocio” (Hill *et al*, 2015, p. 451). Pero Hill *et al* (2015, p.452) plantean a la vez que la estructura de área mundial “divide al mundo en áreas geográficas; un área puede estar compuesta por un país o un conjunto de países y operar como una entidad desconcentrada, bastante autónoma, con su propio conjunto de actividades para crear valor”. Al igual que señala que en esta estructura “las oficinas centrales tienen a su cargo la dirección estratégica general o global de la compañía y el control financiero de la compañía, para compañías que no están muy diversificadas” (Hill *et al*, 2015, p.452). En cambio, argumenta que la estructura de divisiones mundiales de productos, “es una estructura en la cual cada división es desconcentrada, es decir, es una entidad con bastante autonomía y con entera responsabilidad de sus actividades para crear valor” (Hill *et al*, 2015, p.454), y de manera similar a la estructura anterior, “las oficinas centrales se encargan de desarrollar las estrategias generales y del control financiero de la compañía” (Hill *et al*, 2015, p.454), pero en este caso afirman que suele ser utilizadas por empresas que están “bastante diversificadas y que en su origen fueron estructuras nacionales basadas en divisiones de productos” (Hill *et al*, 2015, p.454). Además, señala que, “la estructura matricial global, estructura donde la diferenciación horizontal se presenta en dos dimensiones: la división de productos y el área geográfica” (Hill *et al*, 2015, p.455). En definitiva, Hill *et al* (2015) destacan que:

La estructura de áreas del mundo facilita la capacidad para responder a lo local, pero inhibe la posibilidad de realizar economías de escala y de ubicación y la transferencia de competencias centrales de un área a otra. La estructura de divisiones mundiales de productos ofrece un marco más adecuado para realizar las economías de escala y la de ubicación y para transferir habilidades y competencias ente divisiones de productos, pero no responde a la sensibilidad local (Hill *et al*, 2015, p. 455).

En definitiva, “la globalización o expansión transfronteriza de los mercados pareciera ser la tendencia natural en la evolución de la actividad

comercial de las empresas” (Cardozo *et al*, 2013, p.20) y por ende debe ser estudiado.

6. CONCLUSION

El objetivo de este artículo consistió en analizar la dirección estratégica internacional y sus aspectos esenciales, en el contexto de la pandemia. Para ello, se realizó en primer lugar, un marco teórico sobre dirección estratégica internacional y sus elementos claves y, en segundo lugar, se propuso como resultado consideraciones postpandemia, a través de la representación de un modelo que reunió los aspectos claves de la dirección estratégica internacional y sus consideraciones postpandemia. Por último, se presentan las conclusiones y bibliografía del estudio.

Un aporte de este artículo consistió en presentar un modelo de investigación con los aspectos fundamentales, de acuerdo a las etapas tradicionales de la dirección estratégica, utilizando un modelo y literatura reconocida en el área, pero en esta ocasión asociado al ámbito internacional.

Se concluye que las empresas requieren revisar su proceso de dirección estratégica internacional, analizando de forma constante los aspectos claves que le permitirán ingresar a los mercados internacionales, considerado como un factor relevante la pandemia del Covid-19 y la nueva forma de hacer negocios que demanda la sociedad.

Finalmente, una de las limitaciones de este estudio es no aplicar el modelo propuesto y, por esa razón, se plantea como una futura línea de investigación, debido a que se requieren más estudios sobre el tema, para analizar sus efectos y consecuencias postpandemia.

7. AGRADECIMIENTO

Este trabajo ha sido financiado por la Universidad del Bío-Bío, a través de un Proyecto de Investigación.

8.. REFERENCIAS

- Barón, M.D. (2009). Protesta e insurrección frente al fracaso del mercado: la apuesta de los movimientos antiglobalización, porque otro mundo es posible. *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, 4(2), 13-37.
- Camisón C. y Dalmau, J. (2009). Introducción a los negocios y su gestión. Pearson Educación S.A.
- Cardozo, P.P., Chavarro, A. y Ramírez, C.A. (2013). Teorías de internacionalización. *Panorama*, 1(3), 4-23.
<https://doi.org/10.15765/pnrm.v1i3.264>
- Chan, K. y Mauborgne, R. (2015). *La estrategia del océano azul. Crear nuevos espacios de mercado donde la competencia sea irrelevante*. Harvard Business School Publishing Corporation. Profit Editorial.
- Chiavenato, I. (2017). *Planeación estratégica. Fundamentos y aplicaciones*. 3.^a ed. McGraw-Hill, Interamericana Editores S.A. de C.V.
- Daft, R. (2015). *Teoría y diseño organizacional*. 11.^a ed. Cengage Learning Editores.
- Dess, G.C., Lumpkin, G.T. y Eisner, A.B. (2011). *Administración estratégica. Textos y casos*. 5.^a ed. McGraw-Hill.
- Dunning, J. (1988). The eclectic paradigm of international production: a restatement and some possible extensions. *Journal of International Business Studies*, 19, 1-31. <https://doi.org/10.1057/palgrave.jibs.8490372>
- Dunning, J. (1991). *The eclectic paradigm of international production: A personal perspective*. En Ch. Pitelis y R. Sugden (Eds), *The nature of the transnational firm* (pp. 42-76). Routledge.
- Durán, J. (2000). *Estrategia y economía de la empresa multinacional*. Ed. Pirámide.
- Egger, H. y Fischer, C. (2020). Increasing resistance to globalization: The role of trade in tasks. *European Economic Review*, 103446.
- Global Compact (2022, 6 de enero). *¿Qué es el pacto global?*. Pacto mundial de la ONU. <https://pactoglobal.cl/eventos-rse-pacto-global-chile/que-es-pacto-global/>

- Guardiola, A. (2020). Tendencias investigativas sobre comercio internacional y derechos humanos: Un análisis de redes. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 25, 249-263.
- Guerras, L.A. y Navas, J.E. (2007). *La dirección estratégica de la empresa. Teoría y aplicaciones*. 4.ª ed. Thompson-Civitas.
- Guerras, L.A. y Navas J.E. (2015). *La dirección estratégica de la empresa. Teoría y aplicaciones*. 5.ª ed. Navarra: Thomson Reuters. Civitas.
- Hill, C., Jones, G. y Schilling, M. (2015). *Administración estratégica: teoría y casos. Un enfoque integral*. 11.ª ed. Cengage Learning Editores.
- Huerta, P., Contreras, S., Pedraja, L. y Navas, J. (2016). Influencia del grado de internacionalización sobre los resultados empresariales. *Revista de Ciencias Estratégicas*, 24(35), 53-71.
- Huerta, P., Estroz, B. y San Martín, R. (2010). Estrategias de entrada a mercados externos: un estudio comparativo entre empresas chilenas y españolas. *Horizontes Empresariales*, 9(1), 7-28.
- Huynen, M.M., Martens, P., y Hilderink, H.B. (2005). The health impacts of globalisation: a conceptual framework. *Globalization and health*, 1(1), 14.
- Jara, A.M. (2020). Globalización, transnacionalidad y desprotección de los derechos humanos. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 65 (238), 19-47.
- Jarillo, J.C. y Martínez, J.I. (1991). *Estrategia internacional: más allá de la exportación*. McGraw-Hill.
- Martin, O. y Methven, C. (2017). Advancing respect for labour rights globally through public procurement. *Politics and Governance*, 5(4), 69-79.
- Maubertviveros, C. (2020). *Comercio internacional. Aspectos operativos, administrativos y financieros*. 4.ªed. Trillas.
- Ministerio de Hacienda (2022, 5 de enero). *¿Qué es el riesgo país?*. Ministerio de Hacienda de Chile. <https://old.hacienda.cl/preguntas-frecuentes/inversionistas/que-es-el-riesgo-pais.html>
- Mishra, S., Tewari, I. y Toosi, S. (2020). Economic complexity and the globalization of services. *Structural Change and Economic Dynamics*, 53, 267-280. <https://doi.org/10.1016/j.strueco.2020.03.002>
- Orozco, I. (2020). De la ética empresarial a la sostenibilidad, ¿por qué debe interesar a las empresas?. *The Anáhuac Journal*, 20(1), 76-105. <https://doi.org/10.36105/theanahuacjour.2020v20n1.03>
- Perks, K.J. y Hughes, M. (2008). Entrepreneurial decision-making in internationalization: Propositions from mid-size firms. *International Business Review*, 7(3), 310-330.

- Pla, J. y León, F (2004). *Dirección de empresas internacionales*. Pearson Prentice Hall.
- Porter, M. (1988). La competencia en las industrias globales: un marco conceptual. *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, (658), 71-100.
- Porter, M.E. (1979). How competitive forces shape strategy. *Harvard Business Review*, 57(2), 137-145.
- RAE (2021, 28 de diciembre). *Ética. Carácter. Moral*. Real academia española. <https://dle.rae.es/>
- Rodríguez, M. (2017). *Herramientas para la selección de mercados internacionales y modos de entrada: seis preguntas estratégicas*. [Tesis de grado de Maestría en Administración, Universidad EAFIT Abierta al mundo. Medellín]. Repositorio Institucional EAFIT. https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/11961/Marianela_RodriguezGaviria_2017.pdf?sequence=2
- Savater, F. (2002). *La ética en el mundo de hoy*. Tecnológico de Monterrey.
- Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales (2022, 2 de enero). *Inversiones directas en el exterior*. <https://www.subrei.gob.cl/estudios-y-documentos/inversiones-directas-en-el-exterior/>
- Thompson, A.A., Strickland, A., Gamble, J.E., Peteraf, M.A., Sánchez, G.A., Treviño, M.E. y Anzola, E. (2012). *Administración estratégica: Teoría y casos*. 18.ª ed. McGraw-Hill/Irwin.

GOBIERNO CORPORATIVO Y EL ENFOQUE DE DIRECCIÓN ESTRATEGICA: LINEAMIENTOS POSTPANDEMIA

PATRICIA HUERTA-RIVEROS

Departamento de Administración y Auditoría, Universidad del Bío-Bío

CAROLINA LEYTON-PAVEZ

Departamento de Gestión Empresarial, Universidad del Bío-Bío

1. INTRODUCCIÓN

Las empresas a nivel mundial han sido afectadas por la pandemia del Covid-19, lo cual ha influido no sólo en sus resultados o pérdida económica, sino también en su gobierno corporativo. Lo anterior, debido a que el gobierno corporativo conlleva un conjunto de interacciones entre diferentes actores con los cuales se relaciona la organización, y es por ello que debe estudiarse su función y como se enfrentará una forma de dirigir las organizaciones postpandemia.

En esta tarea la dirección estratégica cumple un rol fundamental, porque a través de un proceso sistémico permite orientar la función que desempeña el gobierno corporativo y su impacto en la sociedad. Este proceso se suele estructurar a partir de diferentes etapas, siendo las etapas tradicionales, el análisis estratégico, la formulación de estrategias y la implementación estratégica (Guerras y Navas, 2015).

Es este enfoque el que requiere el gobierno corporativo para continuar su rol de guiar la institución postpandemia, debido a que la forma de dirigir las empresas cambio después de este evento sanitario mundial y, por ende, la forma de dirigir las empresas también (Huerta-Riveros y Leyton, 2021). A la vez, en este contexto es relevante considerar los lineamientos internacionales de gobierno corporativo, tales como los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y el G20 que deben

ser empleados antes, durante y después de la pandemia, pero considerando el enfoque de dirección estratégica para poder enfrentar la nueva forma de hacer negocios en el mundo.

Por lo anterior, el objetivo de este artículo consiste en analizar el gobierno corporativo y el enfoque de dirección estratégica, en el contexto de la pandemia. Para ello, se realiza en primer lugar, un marco teórico de gobierno corporativo y de dirección estratégica, y, en segundo lugar, se propone como resultado lineamientos postpandemia, a través de la representación de un modelo que reúne los elementos claves de gobierno corporativo y el enfoque de dirección estratégica. Por último, se presentan las conclusiones y bibliografía del estudio.

2. GOBIERNO CORPORATIVO

El gobierno corporativo posee diferentes definiciones, debido a la diversidad de ámbitos que involucra y, por ello, es relevante analizar algunas de estas definiciones que de forma complementaria contribuyen a la comprensión de este concepto.

Específicamente, a nivel internacional la OCDE (2016) señala que:

El gobierno corporativo de una sociedad implica el establecimiento de un conjunto de relaciones entre la dirección de la empresa, su consejo de administración, sus accionistas y otros actores interesados. De hecho, el gobierno corporativo proporciona también la estructura a través de la cual se fijan los objetivos de la sociedad y se determina la forma de alcanzarlos y supervisar su consecución (OCDE, 2016, p.9).

Lo cual se vuelve fundamental en el contexto del Covid-19, al igual que considerar las directrices de la OCDE (2011) sobre el gobierno corporativo para las empresas públicas, y de esa forma no sólo considerar el ámbito privado. De manera similar, según la RAE (2021), la gobernanza se plantea como “la forma de gobernar, especialmente si es eficaz y adecuada a los fines que se persiguen, o la acción y efecto de gobernar o gobernarse”.

Por su parte, Vásquez y Vidal (2016, p. 387) argumentan que el gobierno corporativo “es el modo o manera en que las empresas son dirigidas y controladas, o el conjunto de normas, principios y procedimientos que

regulan la estructura y el funcionamiento de los órganos de gobierno de una sociedad”. Por ende, involucra el establecimiento de normativas que reglamentan la conducción de una institución.

Por lo tanto, el gobierno corporativo es el “conjunto de instancias y prácticas institucionales, mediante las cuales las empresas son controladas, operadas y dirigidas, incluyendo los stakeholders, generando leyes, normas, entre otros” (Severino y Acuña, 2019). En concreto, esta última definición resalta a los stakeholders, quienes no sólo están interesados en el performance de la empresa, sino también, en el camino que ésta recorre para llegar a sus resultados, por ello, el gobierno corporativo debe entregar el marco de actuación sobre el cual se cimientan las relaciones de actuación y compromisos que adopta una organización.

En definitiva, cada definición aporta a la comprensión sobre las diferentes aristas que involucra el concepto de gobierno corporativo, los cuales se deben revisar para visualizar los diversos ámbitos involucrados de este mismo concepto.

Al respecto, de acuerdo con Lefort (2003, p.208) “el gobierno corporativo consiste en el conjunto de relaciones de poder que se establecen entre los miembros de una organización con el fin de garantizar que cada uno reciba lo justo” (Méndez y Rivera, 2015, p.440).

Por ende, el gobierno corporativo reúne las normas, principios, procedimientos, prácticas y relaciones entre los diferentes stakeholders y partes interesadas, como accionistas, directorio, entre otros, que controlan una sociedad, con la finalidad de garantizar en las sociedades un proceso de toma de decisiones que resguarde los intereses de las diferentes partes involucradas en una sociedad.

Específicamente, “la sociedad anónima es una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables” (Ley 18.046, Art.1).

Donde “el directorio es el principal órgano de gobierno de una sociedad, su poder es otorgado por la Junta General de Accionistas, que lo nombra y fija sus atribuciones y responsabilidades” (Acosta, 2018, p.44).

Por lo tanto, directorio y sociedad son términos ligados al gobierno corporativo que requieren atención por su repercusión en el desarrollo económico. De hecho, previo a la pandemia el gobierno corporativo era un tema relevante a estudiar, debido a algunos casos asociados a problemas de ética empresarial, pero en pandemia y postpandemia del Covid-19, el gobierno corporativo cobra mayor relevancia, producto del rol social que desempeñan y desempeñarán las empresas, por su contribución al desarrollo económico sustentable que se requiere para impedir futuras pandemias, y fomentando buenas prácticas de gobierno corporativo con los stakeholders que se relacionan con la empresa, pero basado en un enfoque de dirección estratégica que no sólo considere los aspectos financieros como indicadores de logro.

Dada la repercusión que el gobierno corporativo genera en la sociedad es que se debe considerar los lineamientos internacionales que también guían a las instituciones, como son los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y el G20.

2.1. PRINCIPIOS INTERNACIONALES

En este apartado se presentará de forma resumida los principios orientadores del gobierno corporativo que guía la actuación de las sociedades a nivel mundial, de acuerdo con los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20 (OCDE, 2016).

En concreto, los principios proporcionan lineamientos para evaluar y mejorar el marco normativo que permite contribuir al desarrollo económico sostenible de los países, a través de otorgar a los actores interesados los incentivos adecuados para que puedan desempeñar sus diferentes funciones. Estos lineamientos reconocen la existencia de diferentes factores y actores que influyen en el proceso de toma de decisiones, sin embargo, no se plantea un único modelo cómo válido, sino más bien, se destaca la existencia de elementos comunes en los buenos modelos de gobierno corporativo, porque cada uno responde a la realidad de cada empresa y país y, por ende, a los factores de contextos particulares. Además, si las empresas se guían por estos principios y desarrollan un buen gobierno corporativo, generarán mayor confianza en los inversionistas sobre el resguardo de su capital, porque con estas prácticas sus

recursos estarán más protegidos frente a comportamientos oportunistas de quienes toman las decisiones en la empresa y, por ende, tendrán mayor probabilidad de acceder a un menor costo de capital, atrayendo mayor cantidad de capital e inversionistas, lo cual es propio de un mercado de capital global (OCDE, 2016).

Por lo tanto, estos principios son un marco de referencia, que tienen un alcance mundial, pero que a su vez permiten la adaptación a la realidad del país en que se aplica. Y aunque “centran su atención en las sociedades con cotización oficial, tanto financieras como no financieras, también se reconoce que podrían constituir un instrumento muy útil para mejorar el gobierno corporativo en sociedades sin cotización oficial, privadas o de propiedad del Estado” (Vásquez y Vidal, 2016, p. 390).

En total son 6 los principios que se desglosan cada uno en varios ítems que permiten mayor comprensión. Debido a la relevancia de estos principios orientadores para la organización, a continuación, se presenta de forma resumida un extracto de cada uno de ellos, en base a la versión 2016 (OCDE, 2016):

1. Consolidación de la base para un marco eficaz de gobierno corporativo: El marco de gobierno corporativo promoverá la transparencia y la equidad de los mercados, así como la asignación eficiente de los recursos. Será coherente con el Estado de Derecho y respaldará una supervisión y una ejecución eficaces.
2. Derechos y tratamiento equitativo de los accionistas y funciones de propiedad clave: El marco del gobierno corporativo protegerá y facilitará el ejercicio de los derechos de los accionistas y garantizará el trato equitativo a todos ellos, incluidos los minoritarios y los extranjeros. Todos tendrán la posibilidad de que se reparen de forma eficaz las violaciones de sus derechos.
3. Inversores institucionales, mercados de valores y otros intermediarios: El marco del gobierno corporativo debe proporcionar incentivos sólidos a lo largo de toda la cadena de inversión y facilitar que los mercados de valores funcionen de forma que contribuya al buen gobierno corporativo.

4. El papel de los actores interesados en el ámbito del gobierno corporativo: El marco de gobierno corporativo reconocerá los derechos de los actores interesados que disponga el ordenamiento jurídico o se estipulen de mutuo acuerdo y fomentará la cooperación activa entre éstos y las sociedades con vistas a la creación de riqueza y empleo, y a la sostenibilidad de empresas sólidas desde el punto de vista financiero.
5. Divulgación de información y transparencia: El marco del gobierno corporativo garantizará la comunicación oportuna y precisa de todas las cuestiones relevantes relativas a la empresa, incluida la situación financiera, los resultados, la propiedad y sus órganos de gobierno.
6. Las responsabilidades del consejo de administración: El marco para el gobierno corporativo debe garantizar la orientación estratégica de la empresa, el control efectivo de la dirección por parte del Consejo y la rendición de cuentas ante la empresa y los accionistas (OCDE, 2016, pp. 13-61).

En concreto, en la actualidad estos son los principios que guían el gobierno corporativo de las empresas en el mundo, los cuales han tenido varias versiones, como la primera del año 1999, que de forma incipiente pero firme entregaba los primeros lineamientos, la segunda versión del año 2004, que introdujo mejoras en la versión anterior, y la vigente al año 2022 que es la versión del año 2016. Sin embargo, el Comité de Gobierno Corporativo de la OCDE al año 2021, lanzó el informe titulado “El futuro del gobierno corporativo en los mercados de capitales después de la crisis del covid-19”, el cual da claras señales sobre la importancia de revisar estos principios considerando la crisis sanitaria mundial del Covid-19 a la que se han enfrentado todos los países y por ende sus gobiernos corporativos. Estas medidas se refieren específicamente a (OCDE, 2021):

Hacer que los mercados accionarios respalden la recuperación y el fortalecimiento a largo plazo del sector empresarial. - Adaptar el marco regulatorio de gobierno corporativo. - Mejorar la gestión de riesgos medioambientales, sociales y de gobernanza. - Abordar la excesiva toma de riesgos en el sector empresarial. - Adoptar marcos de insolvencia apropiados para ayudar a la recuperación y fortalecimiento del sector empresarial (OCDE, 2021, pp.2-5).

En definitiva, el Covid-19 ha generado un problema sanitario en todos los países (Figuroa, 2020), provocando “consecuencias económicas” (De La Rocha, 2020, p.68), sociales y medioambientales. Frente a lo cual los países han tomado una serie de medidas, tanto sanitarias como sociales, estas últimas a través de beneficios económicos que han permitido apoyar a quienes se han visto afectados por las consecuencias laborales de la pandemia.

En particular, según la Organización Mundial de la Salud (OMS, 2020) “la caracterización ahora de pandemia significa que la epidemia se ha extendido por varios países, continentes o todo el mundo, y que afecta a un gran número de personas”. Frente a la cual se han definido una serie de etapas para orientar a los países, sumado a un conjunto de vacunas que buscan frenar el contagio y sobretodo las consecuencias que ello genera, sin embargo, las vacunas parecen no ser la solución si no está acompañada de autocuidado y respeto de las medidas impuestas en beneficio de la comunidad.

De manera similar, el gobierno corporativo debe tomar medidas en beneficios de la comunidad, más aún en época de inestabilidad económica, social y medioambiental, en la cual cobra mayor fuerza el rol del gobierno corporativo y su aporte a todos los stakeholders que se relacionan con él, para salir de la crisis.

Y, aunque al inicio de la contingencia las investigaciones de diferentes latitudes estuvieron preocupadas del tema sanitario, en la actualidad, se han generado otros estudios que están analizando las consecuencias organizacionales que ha provocado este fenómeno, sin embargo, se requieren más estudios que permitan averiguar sobre sus efectos y consecuencias.

Son diferentes las razones por las cuales las organizaciones y países se adhieren a estos principios, como por ejemplo el caso chileno cuyo país al ingresar a la OCDE decidió acogerse a los lineamientos internacionales (Silva, 2018). Por esta razón, en el apartado siguiente se analiza la normativa chilena.

2.2. LEGISLACIÓN Y NORMATIVAS DE GOBIERNO CORPORATIVO EN CHILE

En particular, en Chile existen normativas que regulan el gobierno corporativo y, de forma resumida se mencionarán sólo algunas. Como la Ley N°20.382 (2009) que “introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas”, la cual modifica en parte la Ley 18.045 (1981) del Mercado de Valores y la Ley 18.046 (1981) Sobre Sociedades Anónimas, leyes precedentes en esta materia. En definitiva, estas leyes buscan mejorar la eficiencia de los mercados y regular las empresas en base a incrementar la confianza de los inversionistas en el mercado.

Igualmente, se debe considerar la Ley N°19.705 (2000) sobre la Ley de Oferta Pública de Acciones (OPA) promulgada el año 2000, al igual que la Ley N°20.393 (2009), que “establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica” y las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF).

Además, así como la Ley 20.382 (2009) actualiza la Ley N°18.045 y la Ley N°18.046, ambas del año 1981, la Norma de Carácter General (NCG) N°385 (2015) del año 2015 actualiza la NCG N°341 (2012) del año 2012, las cuales permiten declarar de forma voluntaria las prácticas que adoptan las empresas, prácticas que se encuentran alineadas a los principios internacionales mencionados anteriormente. Sin embargo, el 12 de noviembre del 2021 la Comisión para el Mercado Financiero (CMF) emitió la NCG N°461 (2021), que incorpora exigencias de información sobre sostenibilidad y gobierno corporativo en las memorias anuales, en línea con los estándares internacionales, cuyo objetivo es que las entidades reporten las políticas, prácticas y metas adoptadas en materia medioambiental, social y de gobernanza. Esta normativa

deroga la NCG N°385 (2015) del año 2015 y modifica la NCG N°30 (1989) (CMF, 2021).

En particular, la Comisión Para el Mercado Financiero (CMF, 2022), es “el organismo público que fiscaliza a las entidades y las actividades que participan de los mercados de valores y de seguros en Chile”.

En definitiva, esta nueva normativa, NCG N°461 (2021) se encuentra en línea con los estándares internacionales e involucran el proceso de dirección estratégica, porque varios de los aspectos considerados son empleados en el proceso de dirección. Específicamente, a grandes rasgos la memoria anual, requerirá la siguiente información: Perfil de la entidad, tal como su visión, misión y propósito corporativo; Gobierno corporativo, que incluye el marco de gobernanza y gestión de riesgo, al igual que la composición y el rol del directorio; Estrategia, en donde se solicitarán los objetivos estratégicos, horizonte temporal, planes de inversión; Personal, que involucra indicadores y políticas, e incluye diversidad, brecha salarial por sexo; Modelo de negocios, que requiere el sector industrial y grupos de interés; Gestión de proveedores donde es clave las políticas e indicadores de pago y evaluación; Indicadores de cumplimiento regulatorio y de sostenibilidad, entre otros elementos en cada apartado (CMF, 2021).

Además, el artículo 31 de la Ley N°18.046 menciona que:

Los estatutos de las sociedades anónimas deberán establecer un número invariable de directores. La renovación del directorio será total y se efectuará al final de su período, el que no podrá exceder de tres años. Los directores podrán ser reelegidos indefinidamente en sus funciones. A falta de disposición expresa de los estatutos, se entenderá que el directorio se renovará cada año. El directorio de las sociedades anónimas cerradas no podrá estar integrado por menos de tres directores y el de las sociedades anónimas abiertas por menos de cinco, y si en los estatutos nada se dijere, se estará a estos mínimos (Ley N°18.046, Art.31).

La ley antes mencionada fue publicada en el año 1981 y a través de los años se ha actualizado considerando los principios internacionales. Por ello, la ley N°19.705 (2.000) y N°20.382 (2009) han agregado o modificado algunos artículos.

En definitiva, en cuanto a gobierno corporativo existen éstas y otras normativas y leyes que regulan su actuación, sumado a otras prácticas y teorías sobre las cuales se basa el gobierno corporativo.

2.3. DIRECCIÓN ESTRATÉGICA

Efectivamente, existen diferentes teorías como las mencionadas por Silva (2018), tales como la teoría de agencia, la teoría del stakeholder, la teoría del *stewardship* y la teoría del *shareholder*, entre otras, que igual contempla el gobierno corporativo, y que se deben considerar dentro del enfoque de dirección estratégica

Específicamente, la dirección estratégica es un enfoque que surge inicialmente en los años 60 como respuesta a la evolución de los sistemas de dirección (Guerras y Navas, 2015), en la cual previamente las organizaciones se habían enfrentado de un entorno estático a un entorno dinámico, en el cual es requerida la capacidad de adaptación de la institución, a partir del análisis externo e interno (Huerta-Riveros y Pedraja-Rejas, 2019). Debido a que surge la necesidad de afrontar los cambios del medio (Elbanna *et al*, 2020) pero en sintonía con la estrategia de la empresa (Ghonim *et al*, 2020). De hecho, la pandemia ha generado cambios en diversos ámbitos, como los señalados por Peñafiel (2020) sobre los cambios en los procesos educativos en tiempos de pandemia, impulsado por este factor externo como es el covid-19.

Bajo el actual contexto, un factor externo relevante también fueron las políticas públicas que adoptaron diferentes países para apoyar a sus organizaciones en pandemia (Huerta-Riveros y Leyton, 2021). Sin embargo, también ha existido una adaptación de las empresas al respecto. De hecho, Corzo y Álvarez (2020, p.184) plantea que “una de las tecnologías que ha tenido gran influencia en la evolución y transformación de la industria son las comunicaciones móviles, donde esta evolución había permitido la interacción directa del consumidor final con la industria”, señalando finalmente que esto ha propiciado “un ambiente de oportunidades a través del comercio en línea, la economía colaborativa y la fabricación personalizada” (Corzo y Álvarez, 2020, p.184), factores

relevantes en esa época de crisis sanitaria como medida que tomaron algunas organizaciones para gobernar en tiempos de pandemia.

Considerando lo anterior, “la gestión estratégica puede contribuir a través de diferentes teorías” (Foss, 2020, p.1322), siendo una de ellas el enfoque de dirección estratégica de las organizaciones, el cual debe implementarse adecuadamente para que no provoque problemas a la institución (Abesada y Almuiñas, 2016) y que, a la vez, contribuya a través de un modelo a obtener objetivos y resultados notables (Parakhina *et al*, 2017) o que permita la adaptación al medio que rodea empresa (Pao-lucci *et al*, 2018).

Tras esta revisión, se concluye que no existe un modelo único de gobierno corporativo, sino más bien confluyen componentes esenciales que se observan de forma transversal en aquellas organizaciones que presentan un buen gobierno corporativo y que el enfoque de dirección estratégica debe considerar dentro de una propuesta postpandemia.

3. METODOLOGIA

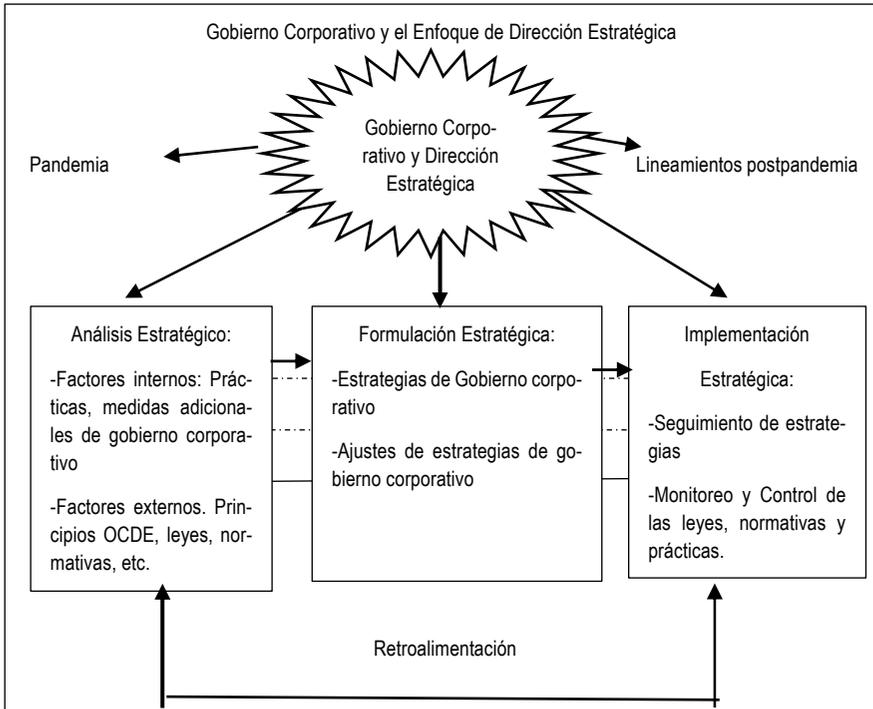
Por lograr el objetivo, en primer lugar, se realiza una revisión bibliográfica de gobierno corporativo a partir de los principios de la OCDE y del G20 y el enfoque de dirección estratégica a través de la etapa de análisis, formulación e implementación estratégica y, en segundo lugar, se presenta un modelo y proposición de investigación en el contexto de la pandemia, considerando el marco teórico para la generación del modelo propuesto.

4. RESULTADO

Se presenta un modelo que relaciona el gobierno corporativo y el enfoque de dirección estratégica en el contexto de la pandemia, sumado a la proposición del estudio y lineamientos para su contraste. Lo anterior a través de un análisis y reflexión sobre esta relación a partir de la crisis sanitaria mundial.

Proposición 1: Un modelo basado en el enfoque de dirección estratégica permitirá orientar al gobierno corporativo postpandemia, ceteris paribus.

FIGURA 1. Modelo de Investigación



postpandemia, considerando los lineamientos internacionales. Entendiendo que la organización se enfrentará a diversos factores después de la pandemia del Covid-19. A continuación, a través de la figura 1, se propone un modelo de investigación, que permite entregar los lineamientos postpandemia.

En concreto, en la figura 1 se presenta el modelo de investigación. Como se puede apreciar, el gobierno corporativo ha sido afectado por la pandemia causando varios efectos, tanto internos como externos en la organización, debido a que es un fenómeno que abarca diversos niveles. En particular, la pandemia del Covid-19 ha influido en la forma

en la cual las empresas se gobiernan exigiendo mayor transparencia en el mercado, y la conducción organizacional alineada a los estándares internacionales, que propicien la sostenibilidad de las empresas las cuales han debido adaptarse a una nueva forma de responder a las exigencias del mercado, de los stakeholders y la sociedad en general.

Por lo anterior, la dirección estratégica busca contribuir orientando la actuación del gobierno corporativo en base a etapas reconocidas y que permiten la adaptación de la organización al nuevo contexto, identificando a los stakeholders, como actores relevantes que están vinculados de forma directa como indirecta en la empresa y que ésta demanda mayor transparencia, información y resguardo de sus intereses a través de la aplicación de lineamientos internacionales pero también a través de la adopción de medidas voluntarias y adicionales que adopten las empresas que permitan proteger el medioambiente, la sociedad y los actores involucrados.

A continuación, la tabla 1 propone los lineamientos de implementación del modelo de investigación propuesto.

TABLA 1. *Lineamientos de implementación*

Variable/Item	Criterio	Variable/Item	Criterio
Población	Empresas cotizadas en bolsa de valores	Resultado	ROE
Fuente	Base de datos	Sector Industrial	Actividad Económica
Periodo	5 años	Tamaño	Crecimiento en Ventas
Gobierno Corporativo	Variable categórica	Método /Técnica	Análisis bibliométrico

Fuente: elaboración propia

5. DISCUSIÓN

Dentro del gobierno corporativo el directorio cumple un rol estratégico y fundamental y, por ello, “es debatido mundialmente, resultando fundamental al momento de evaluar el desempeño de una empresa, porque contribuye a la creación sustentable de valor en un marco de transparencia, ética y responsabilidad empresarial para empresas públicas y privadas” (Aspee, 2019, p.7).

De igual forma, Méndez y Rivera (2015, p.440) destaca la importancia de “mejorar los aspectos que tienen que ver con el modelo de toma de decisiones, la estructura del capital, los mecanismos de compensación a los ejecutivos y los sistemas monitoreo”, por ser elementos fundamentales para el gobierno corporativo y sus actores involucrados.

A la vez, Vélez *et al* (2018, p.8) plantea que el “gobierno corporativo incorpora múltiples elementos que, de manera articulada, promueven el uso eficiente de los recursos, a través de políticas y lineamientos de administración que respaldan la sostenibilidad de las empresas”

Por lo tanto, el gobierno corporativo describe “cómo una empresa debe ser administrada, dirigida y controlada, lo cual involucra los roles de sus accionistas y directores y la integridad de los reportes financieros” (Briozzo *et al*, 2018, p.33).

En concreto, la pandemia ha causado efectos en los resultados de la empresa (Shen *et al*, 2020; Xiong *et al*, 2020) y “generó una crisis económica” (Newsweek México, 2020, p.22; SGAEFUE, 2020, p.17) repercutiendo en las organizaciones en general. Por lo tanto, “esta crisis ha cambiado el modo de hacer negocios” (Newsweek México, 2020, p.22) y por ello es importante el acceder a “información de calidad para la estrategia empresarial en tiempos de pandemia” (Triviño, 2020, p.68) y, el gobierno corporativo, a partir del enfoque de dirección estratégica, contribuirá a mejorar esos resultados, considerando los principios orientadores de la OCDE y del G20.

Hay que recordar que las empresas son entes económicos que poseen una gran responsabilidad en la estabilidad y desarrollo de los países, es

por ello que requieren especial atención y orientación para recuperarse y mantenerse posterior a la pandemia del Covid-19.

Esta atención es necesaria en todo nivel, porque indiferente del tamaño empresarial, toda organización requiere orientación en esta nueva etapa, y es el gobierno corporativo el encargado de entregar lineamientos a las instituciones con la finalidad de contribuir a la sociedad, el medioambiente, los trabajadores y a todos aquellos actores que se relacionan con la organización.

En definitiva, la Ley 18045 (1981), está orientada a varios ámbitos del gobierno corporativo siendo uno de ellos la protección de los accionistas y la Ley N°18.046 (1981) sobre las Sociedades Anónimas establece los roles y las funciones que tienen los directores, entre otros temas. De manera similar, pero bajo otro foco la Ley 20393 (2009), sobre el Compliance GC-Modelo Prevención de Delitos, refuerza lo mismo, permitiendo multas a ejecutivos por actos de corrupción, por lo tanto, existe una responsabilidad penal de personas jurídicas, entre otros aspectos y leyes igual de relevantes. Sin embargo, se visualiza que falta una cultura del compliance más intensa, que se acompañe de una cultura ética, considerando que el compliance es previo a que ocurra una situación adversa, a diferencia de la auditoria en la cual se analizan los hechos posteriores a su ocurrencia (Fajardo, 2017).

Además, es de mucha relevancia en una sociedad la existencia de directores independientes que no tengan compromiso o vínculo con ningún grupo específico de poder, que no pertenezcan a un stakeholder en particular, para resguardar los intereses de los actores involucrados.

Por otra parte, Ocampo-Salazar *et al* (2016, p.42) afirman que “se podrían considerar algunas líneas de investigación que permitan dar continuidad a este trabajo. La primera, referida a la identificación de diversas conversaciones que expresen la inquietud académica de los investigadores en Latinoamérica”, como es el estudio de los gobiernos corporativos en estas latitudes. Debido a que tal como plantea Mejía y Jiménez (2020, p.248), “en el campo de la investigación, hay todavía mucho por hacer” y, por ello, Medina (2010) hace un llamado a “asumir un anarquismo metodológico con el ánimo de probar novedosas

metodologías para estudiar las organizaciones” (Gonzales, 2020, p.110), tal como la que se propone aplicar en este estudio, a través de sus lineamientos de implementación.

6. CONCLUSION

El objetivo de este artículo consistió en analizar el gobierno corporativo y el enfoque de dirección estratégica, en el contexto de la pandemia. Para ello, se realizó, en primer lugar, un marco teórico de gobierno corporativo y de dirección estratégica, y, en segundo lugar, se propuso como resultado lineamientos postpandemia, a través de la representación de un modelo que reúne los elementos claves de gobierno corporativo y el enfoque de dirección estratégica.

Específicamente, el gobierno corporativo se basa en una serie de relaciones entre la dirección de la empresa, su consejo de administración, los accionistas y todos los actores que se vinculan con la institución, y aunque éstos tengan diferentes objetivos, buscan en la actualidad la estabilidad y crecimiento de la organización, junto a su contribución a la sociedad.

Por otra parte, se debe considerar que los niveles de adopción de las prácticas declaradas en las normativas de carácter general permiten observar el comportamiento de los directorios frente a ellas y un moderado nivel de cumplimiento se puede deber a la precaución sobre compartir información o a un tema cultural, en donde a veces prima la aplicación de lo legal sobre lo voluntario, debido a que las prácticas suelen ser voluntarias, entre otras posibles razones.

Además, existen destacados informes que permiten observar el nivel de desarrollo del gobierno corporativo de las empresas en Chile, como es el informe proporcionado por la Bolsa de Santiago, el Instituto de Directores de Chile y Building Better Working World, titulado La Voz del Mercado (2021), al igual que los informes y comunicados que emite la CMF, entre otras instituciones como Merco, en donde se visualizan antecedentes sobre el gobierno corporativo en Chile, al igual que el informe de Gobierno Corporativo Estudio Anual 2020 (2021) elaborado

por Governart y Vigeo Eiris, entre otros informes igual de relevantes, los cuales aportan a la comprensión del tema bajo estudio.

A la vez, la OCDE (2016) orienta a las organizaciones a través de la promulgación de los principios de gobierno corporativo de la OCDE y del G20, los cuales entregan lineamientos generales que contribuyen a la gestión de las empresas basados en la confianza y transparencia de sus equipos directivos y, por ende, de sus gobiernos corporativos, al igual que en el uso y divulgación fidedigna de información hacia los actores que interactúan en el sistema y que de esta forma permitan tomar decisiones informadas, para propiciar el resguardo de los intereses de quienes están involucrados en la sociedad.

Estos lineamientos tienen un alcance mundial y se construyen en base a la experiencia de los países, pero pese a ello deben respetar y adecuarse a las realidades de cada país, debido a que cada país presenta diferentes realidades, normativas y demandas de la sociedad, en la cual la organización debe cumplir un rol de actor económico y social en la comunidad en la cual está inserta.

Finalmente, se concluye que el gobierno corporativo proporciona la estructura a través de la cual se fijan los objetivos de la sociedad (OCDE, 2016) e involucra a diversos actores que se encuentran en diferentes partes del mundo, los cuales poseen variados objetivos, aunque mantienen un interés común, como es el crecimiento de la empresa y de sus beneficios.

Por lo tanto, un modelo basado en el enfoque de dirección estratégica permitirá orientar el gobierno corporativo postpandemia en beneficio de los intereses de la sociedad y de los stakeholders que se relacionan con la empresa.

7. AGRADECIMIENTO

Este trabajo ha sido financiado por la Universidad del Bío-Bío, a través de un Proyecto de Investigación.

8.. REFERENCIAS

- Abesada, T. y Almuíñas, J. (2016). La dirección estratégica en las instituciones de educación superior. Necesidad de su evaluación. *Revista Cubana de Educación Superior*, 35 (3), 137-147. <https://doi.org/10.4272/84-9745-030-2.ch2>
- Acosta, G. (2018). Gobierno corporativo y poder desde la perspectiva de la teoría de agencia. *Revista Digital Ciencias Administrativas*, (11), 41-54. <https://revistas.unlp.edu.ar/cadm/article/view/2864/4101>
- Aspee, D. (2019). Análisis de las características de los gobiernos corporativos según la ley 20.382 y su aplicación en el sector retail. *Revista De Investigación Aplicada En Ciencias Empresariales*, 1(1), 6-18. <https://doi.org/10.22370/riace.2012.1.1.1812>
- Briozzo, A., Albanese, D., Santolíquido, D., Argañaraz, A. y Barco, E. (2018). Análisis del Marco Normativo del Gobierno Corporativo para la Argentina. *Visión de futuro*, 22(1): 32-47.
- CMF (2021, 12 de noviembre). *CMF publica normativa que incorpora exigencias de información sobre sostenibilidad y gobierno corporativo en las memorias anuales*. Comisión para Mercado Financiero. Comunicado de Prensa. <https://www.cmfchile.cl/portal/prensa/615/w3-article-49804.html>
- CMF (2022, 5 de enero). *¿Qué es la CMF?*. Comisión para el Mercado Financiero. <https://www.cmfchile.cl/educa/621/w3-propertyvalue-1583.html>
- Corzo, G. y Álvarez, E. (2020). Estrategias de competitividad tecnológica en la conectividad móvil y las comunicaciones de la industria 4.0 en Latinoamérica. *Información Tecnológica*, 31 (6), 183-191. <https://doi.org/10.4067/s0718-07642020000600183>
- De La Rocha, M. (2020). La economía española ante la pandemia del Covid-19. *Tiempo de Paz* (137), 68-74.
- Elbanna S., Thanos I. y Jansen R. (2020) A literature review of the strategic decision-making context: a synthesis of previous mixed findings and an agenda for the way forward. *M@n@gement*, 23(2),42-60. <https://doi.org/10.37725/mgmt.v23i2.4621>
- Fajardo, D. (2017, 31 de enero). *El compliance avanza de a poco en Chile, impulsado por los escándalos corporativos*. Pulso. Especial Compliance. www.pulso.cl. <https://www.pwc.com/cl/es/prensa/prensa/2017/El-compliance-avanza-de-a-poco-en-Chile-impulsado-por-los-escandalos-corporativos.html>

- Figueroa, J. (2020). Cuarentena por COVID-19 y la necesidad de mejorar el soporte psicológico en Latinoamérica. *Revista Costarricense de Psicología*, 39(2), 139-143. <https://doi.org/10.22544/reps.v39i02.01>
- Foss, N. (2020). Behavioral strategy and the COVID-19 disruption. *Journal of Management*, 46(8), 1322-1329.
- Ghonim, M., Nagi, K., Hamed, A. y Khashan, M. (2020). Strategic alignment and its impact on decision effectiveness: a comprehensive model. *International Journal of Emerging Markets*, 15. <https://doi.org/10.1108/ijem-04-2020-0364>.
- Gobierno Corporativo Estudio Anual 2020 (2021). *ASG Series: Gobierno Corporativo: Estudios Anual 2020. Desempeño de empresas latinoamericanas*. Governart y Vigei Eiris. <http://www.governart.com/sitio-web/wp-content/uploads/2021/04/ESTUDIO-2020-ESPANOL-FINAL.pdf>
- Gonzales, D. (2020). Los estudios organizacionales en Latinoamérica: ¡Vuelta Al Terreno Áspero!. *RAE: Revista de Administração de Empresas*, 60 (2), 104-119. <https://doi.org/10.1590/s0034-759020200204>
- Guerras M. y Navas L. (2015). *La dirección estratégica de la empresa. Teoría y aplicaciones*. 5.ª ed. Navarra: Thomson Reuters. Civitas.
- Huerta-Riveros, P. y Leyton, C. (2021). *Análisis del cambio de estrategia competitiva y su impacto en los resultados: Una reflexión crítica en tiempos de pandemia*. En Editorial Dykinson (Eds.), *Economía, Empresa y Justicia. Nuevos Retos para el Futuro* (pp. 2143-2155). Editorial Dykinson, 1.ª ed., N°8 Colección Conocimiento Contemporáneo.
- Huerta-Riveros, P. y Pedraja-Rejas, L. (2019). Planificación móvil: nuevos enfoques de la dirección estratégica en las instituciones de educación superior. Editorial. *Ingeniare. Revista Chilena de Ingeniería*, 27(3), 346-347. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33052019000300346>.
- La voz del mercado (2021). *La voz del mercado 2020*. Bolsa de Santiago. Instituto Directores Chile. Building Better Working World. https://www.ey.com/es_cl/lavozdelmercado
- Lefort, F. (2003). Gobierno Corporativo: ¿Qué es?. *Cuadernos de economía*, 40 (120), 207-237.
- Ley 18.045 (1981, 21 de octubre). *Ley de mercado de valores*. Ministerio de Hacienda, Chile. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=29472>
- Ley 18.046, (1981, 21 de octubre). *Ley sobre sociedades anónimas*. Ministerio de Hacienda, Chile. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=29473>

- Ley 19.705 (2000, 14 de diciembre). *Regula las ofertas públicas de adquisición de acciones (Opas) Y Establece Régimen de Gobiernos Corporativos*. Ministerio de Hacienda, Chile.
<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=179295>
- Ley 20382 (2009, 13 de octubre). *Introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas*. Ministerio de Hacienda, Chile. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1007297>
- Ley N° 20393 (2009, 25 de noviembre). *Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica*. Ministerio De Hacienda, Chile. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1008668>
- Medina, C. (2010). Los estudios organizacionales entre la unidad y la fragmentación. *Cinta de Moebio* (38), 91-109.
<https://doi.org/10.4067/s0717-554x2010000200005>
- Mejía, I.C., y Jimenez, C.A. (2020). Competitividad y productividad del administrador de empresas en las pymes en Colombia y Latinoamérica. *Tendencias: Revista de La Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas* 21 (1), 238-251. <https://doi.org/10.22267/rtend.202101.135>
- Méndez, J.A. y Rivera, H.A. (2015). Relación entre gobierno corporativo y posicionamiento organizacional: instituciones de educación superior en América Latina. *Educación y Educadores*, 18(3),435-455.
<https://doi.org/10.5294/edu.2015.18.3.4>
- NCG N° 30 (1989, 10 de noviembre). *Norma de Carácter General N°30*. Superintendencia de Valores y Seguros. Chile.
https://www.cmfchile.cl/normativa/ngc_30_1989.pdf
- NCG N° 341 (2012, 29 de noviembre). *Norma de Carácter General N°341*. Superintendencia de Valores y Seguros. Chile.
https://www.cmfchile.cl/normativa/ngc_341_2012.pdf
- NCG N° 385 (2015, 8 de junio). *Norma de Carácter General N°385*. Comisión para el Mercado Financiero. Chile.
https://www.svs.cl/normativa/ngc_385_2015.pdf
- NCG N° 461 (2021, 12 de noviembre). *Norma de Carácter General N°461*. Comisión para el Mercado Financiero. Chile.
https://www.cmfchile.cl/normativa/ngc_461_2021.pdf
- Newsweek México (2020, 14 de septiembre). *Empresas de México: El Desafío de Sobrevivir a La Pandemia*.
<https://newsweekespanol.com/2020/09/empresas-mexico-sobrevivir-pandemia/>

- Ocampo C.A., Gentilin M. y Gonzales, D.R. (2016). Conversaciones sobre Administración y Organizaciones en Latinoamérica. Un Énfasis en el Estado Actual de la Investigación y la Educación. *Cuadernos de Administración*, 29 (52) 13-51. <https://doi.org/10.11144/javeriana.cao29-52.caol>.
- OCDE (2011). *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas*. <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/48632643.pdf>
- OCDE (2016). *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>
- OCDE (2021). *El futuro del gobierno corporativo en el mercado de capitales después de la crisis del Covid-19. Conclusiones del Comité de Gobierno Corporativo de la OCDE*. <https://www.oecd.org/corporate/Future-COVID-19-Conclusions-by-the-OECD-Corporate-Governance-Committee-Spanish.pdf>
- OMS (2020, 11 de marzo). *La OMS caracteriza a COVID-19 como una pandemia OPS*. https://www3.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=15756:who-characterizes-covid-19-as-a-pandemic&Itemid=1926&lang=es
- Paolucci, N., Dimas, I.D., Zappalà, S., Lourenço, P.R. y Rebelo, T. (2018). Transformational leadership and team effectiveness: The mediating role of affective team commitment. *Journal of Work and Organizational Psychology*, 34, 135-144. <https://doi.org/10.5093/jwop2018a16>
- Parakhina, V., Godina, O., Boris, O. y Ushvitsky, L. (2017). Strategic Management in Universities as a Factor of Their Global Competitiveness. *International Journal of Education Management*, 31(1), 62-75. <https://doi.org/10.1108/ijem-03-2016-0053>
- Peñafiel, W. (2020). Los Cambios En Los Procesos Educativos En Tiempos De Pandemia. *Artículo Editorial Fides Et Ratio*, 20(20), 13-16.
- RAE (2021, 28 de diciembre). *Gobernanza*. Real academia española. <https://dle.rae.es/>
- Severino, P. y Acuña, O. (2019). Gobierno corporativo: Ranking de empresas chilenas con mayor transacción en la bolsa de valores. *Revista Lasallista de Investigación*, 16(1), 103-112. <https://doi.org/10.22507/rli.v16n1a3>

- SGAEFUE. (2020). Una Respuesta A La Pandemia Para Transformar La Economía Europea. Subdirección General de Asuntos Económicos y Financieros de la Unión Europea. *Boletín Económico De ICE*, (3127) 17-31.
- Shen, H., Fu, M., Pan, H., Yu, Z. y Chen, Y. (2020). The im-pact of the COVID-19 pandemic on firm performance. *Emerging Markets Finance & Trade*, 56(10), 2213-2230.
- Silva, B. (2018). *Evolución del Gobierno Corporativo en Chile. Desde la Ley de OPAS*. Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Triviño, C. (2020). Cómo conseguir información de calidad para mi estrategia empresarial en plena pandemia. *Especial Directivos*, 1776, 67–71.
- Vásquez, M. y Vidal, A. (2016). Aplicación de los principios De gobiernos corporativos a Sociedades no cotizadas en Chile. Una aproximación desde el derecho Societario europeo y comparado. *Vniversitas*, (133), 383-444.
- Vélez L., Restrepo F. y Orozco J. y Escobar M. (2018). *Gestión del Gobierno Corporativo Experiencia de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia-CCMA*. Cámara de comercio de Medellín para Antioquia.
- Xiong, H., Wu, Z., Hou, F. y Zhang, J. (2020). Which Firm-Specific Characteristics Affect The Market Reaction Of Chinese Listed Companies To The COVID-19 Pandemic?. *Emerging Markets Finance & Trade*, 56(10), 2231-2242.

EL IMPACTO DE LA CRISIS COVID-19 SOBRE LA RELACIÓN PRODUCCIÓN-EMPLEO EN LA ECONOMÍA ESPAÑOLA

JOAN RIPOLL-I-ALCÓN

Universitat Abat Oliba CEU

MARÍA ROCÍO BONILLA-QUIJADA

Universitat Abat Oliba CEU

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este capítulo es doble. Por un lado, se persigue analizar las singularidades que se observan entre el crecimiento de la producción real y el crecimiento del empleo en España, fundamentalmente en el período 1985 – 2019. En segundo lugar, evidenciar las causas que han motivado el cambio en esta regularidad secular durante la crisis covid-19, a partir de 2020 y la primera mitad de 2021.

Nuestra hipótesis de trabajo es que la reacción en materia de política económica del Gobierno de España durante entre el segundo trimestre de 2020 y el tercer trimestre de 2021 ha introducido mayor flexibilidad en el mercado laboral, de tal suerte que el crecimiento del empleo se ha desacoplado de la producción durante la pandemia.

La metodología utilizada se fundamenta, por un lado, en el cálculo de la correlación entre la variación anual de la producción y la variación anual del empleo y entre la variación de la producción y la variación de la tasa de paro para el período 1980-2019, tanto para España como para una serie de países de la OCDE seleccionados. Por otro lado, se estima la elasticidad-producto del empleo de la economía española para el período 1995-2020, realizándose un análisis comparado del comportamiento de este indicador en distintos períodos de crisis: crisis inmobiliaria (2008T2-2010T4); crisis de deuda soberana (2011T1-2013T4) y

crisis covid-19 (2020T1-2021T2). En el cálculo se toman también consideración el empleo temporal y empleo fijo, así grupos de edad y género.

El capítulo se estructura en dos grandes apartados. En una primera parte, se presentan los resultados del análisis desarrollado, para en la segunda reseñar las principales conclusiones y limitaciones de nuestro estudio.

2. RESULTADOS

La presentación de los resultados de nuestro estudio se plantea en dos partes. Empezamos, en primera instancia, analizando las singularidades que se observan entre el crecimiento de la producción real y el crecimiento del empleo en España, fundamentalmente en el período 1985 – 2019. A partir de aquí, en segunda instancia, se estima la elasticidad-producto del empleo de la economía española entre 1985 y 2021.

2.1. RELACIÓN ENTRE PIB Y EMPLEO EN ESPAÑA (1980 – 2020): UN CASO SINGULAR

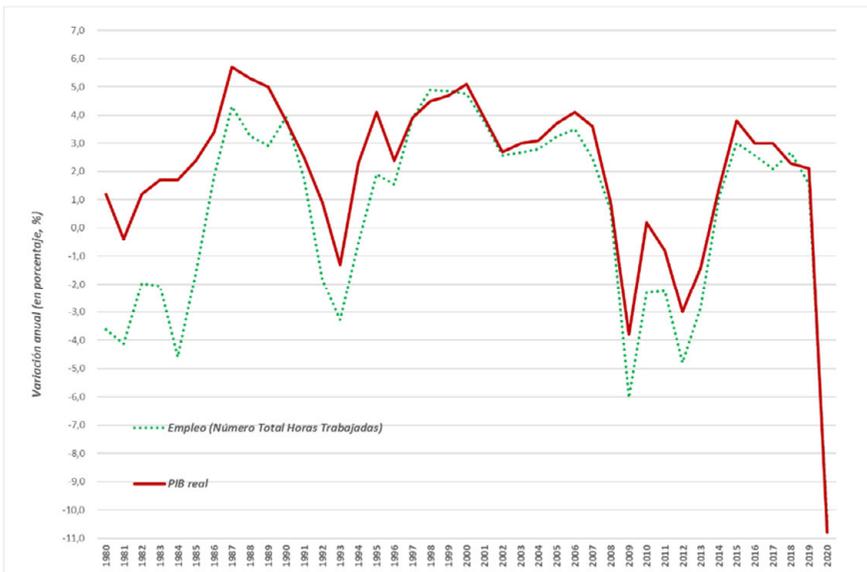
El gráfico 1 representa las tasas anuales de crecimiento del PIB y del empleo en la economía española entre 1980 y 2020. El análisis de los datos que muestra esta figura y su evolución en el tiempo permite destacar 4 observaciones significativas.

En primer lugar, la tasa de crecimiento del PIB en España presenta, a medio y largo plazo, una tendencia decreciente, en el sentido que en los *peaks* de las fases de expansivas: 1987, 2000, 2007, 2015, se alcanza una tasa de crecimiento del PIB real menor a la observada en el máximo anterior. Además, la tasa de crecimiento promedio de la producción registradas en cada período de expansión es inferior al anterior. Esta evolución probablemente es sintomática del crecimiento potencial mediocre –*new mediocre-low growth for a long time*– que describe el World Economic Outlook del Fondo Monetario Internacional (FMI, 2015) y que estaría asociado al progresivo envejecimiento de la población española, a un elevado nivel de endeudamiento privado y público que compromete la capacidad de financiación de la inversión empresarial y

el estancamiento (desde 1995) del crecimiento de la productividad total de los factores.

La segunda observación que se deriva del gráfico 1 es que, desde mediados de la década de los '80, el número total de horas trabajadas por ocupado fluctúa de forma similar al PIB en la economía española. Esto es una singularidad de la economía española, realmente inusual, muy pocas veces observada en otros países.

GRÁFICO 1. Crecimiento del PIB real y crecimiento del empleo en España (1980-2020)



Fuente: Elaboración propia a partir del International Financial Statistics (IFS) del FMI y base de datos OCDE.

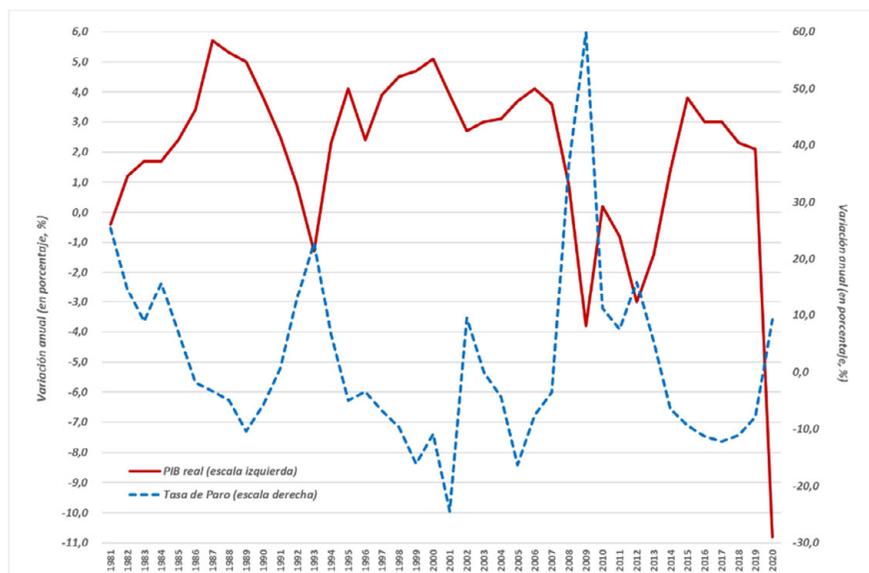
De esta manera, el coeficiente de correlación entre el crecimiento del PIB y el crecimiento del empleo en España ha sido del 0,9 para todo el periodo 1980-2020. Si acotamos el análisis en distintas fases, la intensidad de esa correlación²² se acentúa a medida que transcurre el tiempo

²² Como se argumenta más adelante, la intensidad de la correlación entre el crecimiento de la producción real y el crecimiento del empleo se mantiene en valores próximos a la unidad entre 1980 y 2020, cuando el empleo se mide en términos de horas trabajadas por personas ocupadas. Sin embargo, si el cómputo se realiza en términos de número de personas ocupadas esta correlación se reduce a partir de 2020, como consecuencia de las medidas de

y tiende hacia la unidad (1). Así, en un principio, para el intervalo 1980-86 la correlación era de 0,78; este valor aumenta hasta 0,93 en el período 1987-96, para situarse en 0,98 entre 1997 y 2020.

Fruto de esta correlación positiva y próxima a 1, entre el crecimiento del PIB y el crecimiento del empleo, cabría esperar que la tasa de crecimiento del PIB a partir de la cual se crea empleo en la economía española sería del 0%. Esto significa que, aparentemente, desde 1986 la economía española cuenta con una gran facilidad para crear empleo, puesto que cualquier aumento en la actividad económica se traducirá en un aumento del empleo.

GRÁFICO 2. Crecimiento del PIB real y crecimiento de la tasa de paro en España (1981-2020)



Fuente: Elaboración propia a partir del International Financial Statistics (IFS) del FMI.

La tercera consideración se refiere a la relación causal negativa entre el crecimiento del PIB y las variaciones de la tasa de paro (gráfico 2). El coeficiente de correlación entre ambas variables para el periodo 1981-

política económica adoptadas a raíz de la pandemia covid-19, que tienden a mitigar el impacto sobre el número de personas ocupadas derivadas de la caída del PIB.

2019 es de -0,62. Así entre 1981 y 1986, el coeficiente de correlación es de -0,97. A partir de entonces, este valor tiende a reducirse a lo largo del período²³; se sitúa en -0,91 en el período 1987-96; en -0,86 para el intervalo 1997-2019. Con todo, la elevada correlación entre estas dos variables resulta también paradójica y singular de la economía española porque se ha producido en un contexto en el que la tasa de actividad ha seguido una tendencia creciente²⁴.

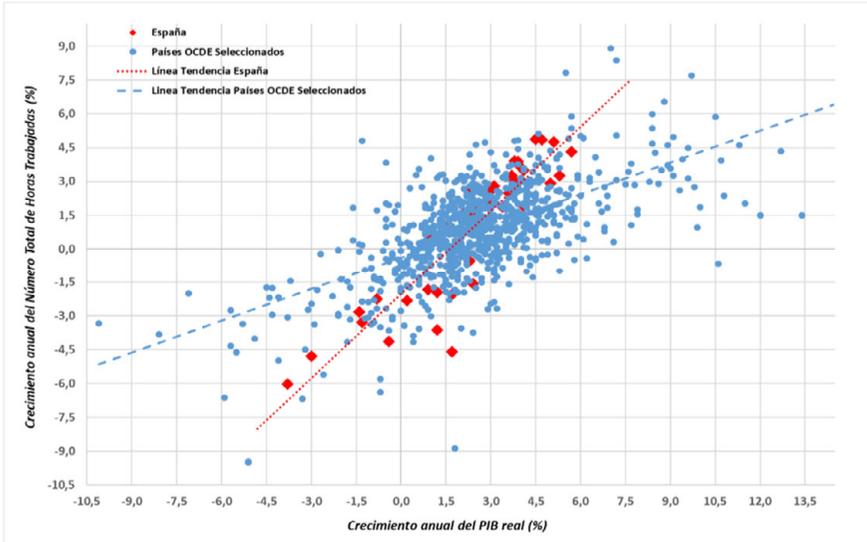
En cuarto lugar, estas anomalías del comportamiento del empleo y de la tasa de paro en relación con el del PIB en el caso de España resultan todavía más evidentes cuando se comparan con la casuística de otros países de la OCDE.

En este sentido, el gráfico 3 se refiere recoge los datos de crecimiento de la producción y del crecimiento del empleo –medido en términos de horas trabajadas– para España y una serie de países de la OCDE para el período 1980-2019. Las líneas punteadas representan la línea tendencia que recoge el comportamiento medio a partir de las observaciones incluidas en el mismo gráfico. Por otra parte, el gráfico 4 se refiere recoge datos de crecimiento de la producción y la variación de la tasa de paro para España y una serie de países de la OCDE para el período 1980-2019. De nuevo, las líneas punteadas representan la línea tendencia que recoge el comportamiento medio a partir de las observaciones incluidas en el propio gráfico.

²³ Como se argumenta más adelante, la intensidad de la correlación entre el crecimiento de la producción real y el crecimiento de la tasa de paro se desvanece a partir de 2020, como consecuencia de las medidas de política económica adoptadas a raíz de la pandemia covid-19, que tienden a mitigar el impacto sobre la tasa de paro derivadas de la caída del PIB.

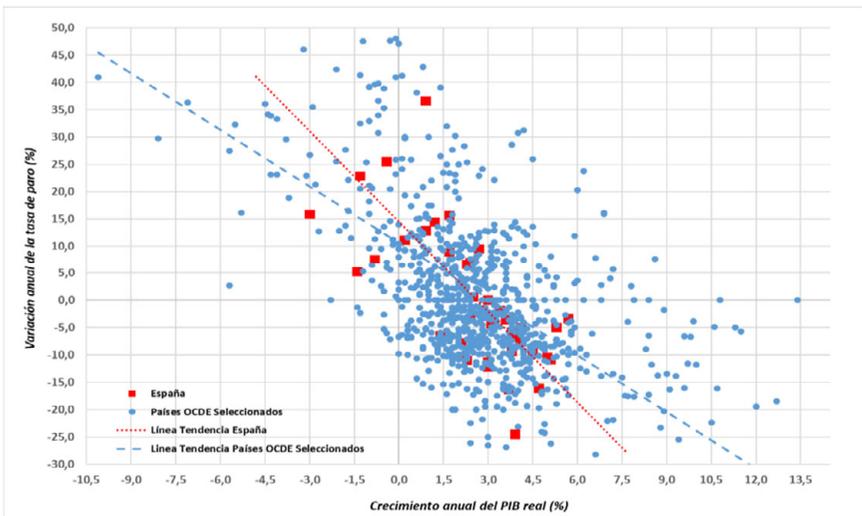
²⁴ La relación causal que vincula el crecimiento del PIB y la variación de la tasa de paro depende sustancialmente de la evolución de la población activa, pero también de la productividad (aparente del trabajo) tal como se desprende de la ley de Okun (FMI, 2010; Cazes, Verick et al. 2013; Ball, Leigh et al., 2013).

GRÁFICO 3. Crecimiento económico y crecimiento del empleo en países OCDE seleccionados y España (1980-2019)



Fuente: Elaboración propia a partir del International Financial Statistics (IFS) del FMI y base de datos de la OCDE.

GRÁFICO 4. Crecimiento económico y variación de la tasa de paro en España y países OCDE seleccionados (1980-2019)



Fuente: Elaboración propia a partir del International Financial Statistics (IFS) del FMI y base de datos de la OCDE.

La evidencia recogida en los gráficos 3 y 4, confirma de forma clara que España es un país outlier. Esto significa que, dadas las tasas de crecimiento del PIB, los valores del crecimiento del empleo y las variaciones de la tasa de paro correspondientes a España se ubican en los extremos del rango de valores del conjunto de países OCDE considerados. Esta circunstancia explica porque la línea-tendencia que representa el comportamiento medio de la economía en relación entre el crecimiento del PIB y el crecimiento del empleo tiene una pendiente positiva más rígida que la que presentan el resto de los países OCDE.

Esto implica que, en España, el empleo y la tasa de paro son mucho más volátiles y sus variaciones reaccionan en mayor medida a fluctuaciones de la tasa de crecimiento del PIB que en otros países de la OCDE. Por ello resulta pertinente, en este punto, analizar la elasticidad-producto del empleo de la economía española entre 1985 y 2021.

2.2. ANÁLISIS DE LA ELASTICIDAD-PRODUCTO DEL EMPLEO EN ESPAÑA (1985-2021)

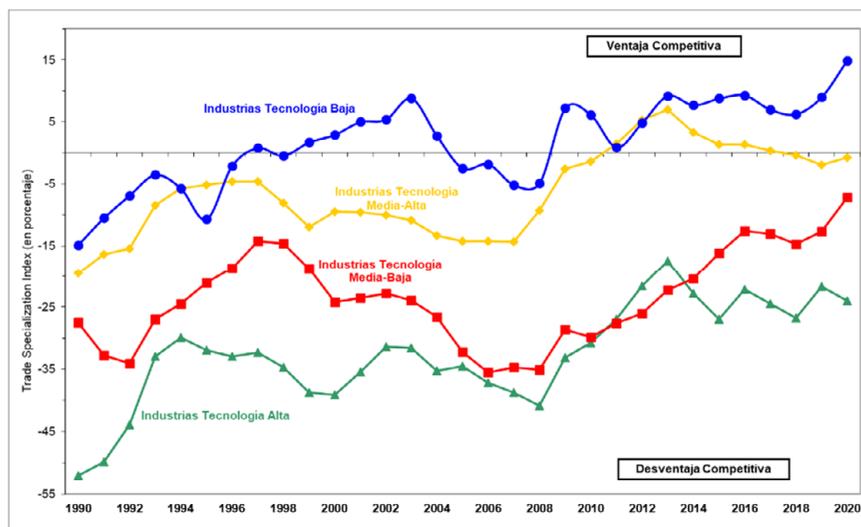
Normalmente, las fluctuaciones de la producción y el empleo en una economía suelen moverse en la misma dirección, de ahí que sea razonable esperar que la sensibilidad o elasticidad del empleo a cambios en el PIB real sea positiva (Jimeno, 2016). La economía española cumple está lógica, pero su singularidad es que, históricamente, esa elasticidad-producto del empleo ha sido mayor a la unidad (>1).

Esto significa, a la práctica, que en períodos de expansión (recesión), el crecimiento (caída) del empleo es superior al crecimiento (a la caída) de la producción.

Esta particularidad de la economía española se explica fundamentalmente por tres razones. Primero, la especialización productiva en industrias manufactureras o servicios trabajo intensivos y de tecnología baja o media-baja como se puede comprobar en el gráfico 5 que recoge

la evolución del *Trade Specialization Index*²⁵ del sector industrial manufacturero en España.

GRÁFICO 5. Evolución del Índice de Especialización Comercial de la industria manufacturera en España (1990-2020)

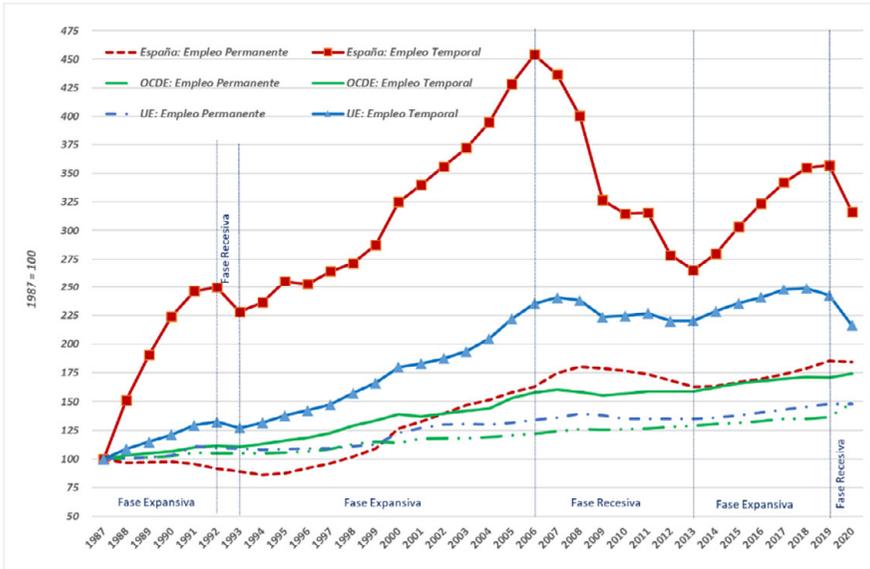


Fuente: Elaboración propia a partir de la base de datos de la OCDE.

En segundo lugar, la dualidad del mercado laboral español que se refleja en una tasa de temporalidad muy elevada (entorno al 25% en 2020 frente al 10% de la media de la UE) que introduce un estigma entre “*contratos buenos*” –asociados a trabajadores asalariados con un contrato laboral indefinido principalmente de jornada completa– y “*contratos malos*” –vinculados a trabajadores asalariados con un contrato temporal (Campos & Hernández, 2018; Conde-Ruiz, Felgueroso et al., 2010; Pitarch, 2009; Toharía, 2004) y, cada vez con mayor frecuencia, de jornada parcial (involuntaria) (Dueñas, Iglesias et al., 2016; Iglesias & Llorente, 2015; De Pedraza, Muñoz et al., 2010) –gráfico 6–.

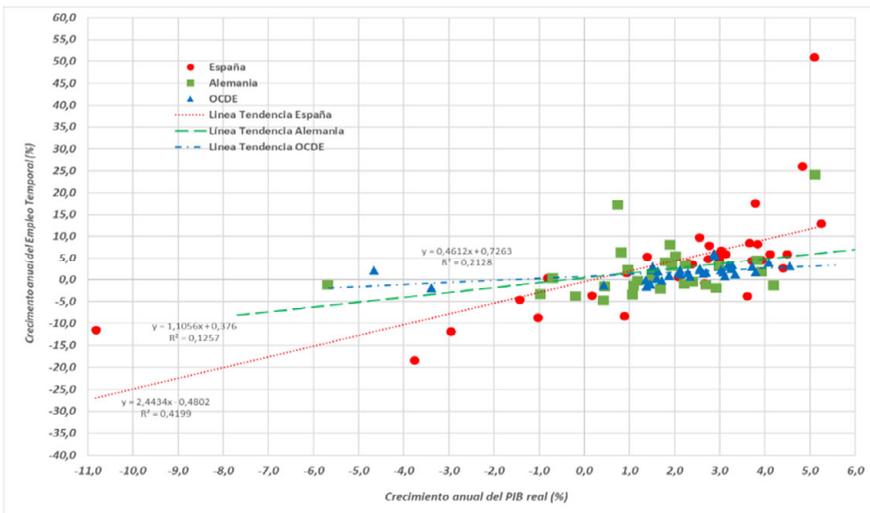
²⁵ El Trade Specialization Index o Índice de Especialización Comercial compara el flujo neto de bienes (exportaciones menos importaciones) con el flujo total de bienes (exportaciones más importaciones). Este índice elimina el sesgo de altos valores de exportación debido a actividades de reexportación significativas, por lo que es más adecuado para identificar productores reales en lugar de comerciantes intermedios.

GRÁFICO 6. Evolución del empleo permanente y temporal en España, UE-27 y países OCDE (1987–2020)



Fuente: Elaboración propia a partir de la base de datos de la OCDE.

GRÁFICO 7. La relación causal entre el crecimiento económico y el crecimiento del empleo temporal en España, Alemania y países OCDE (1987–2020)



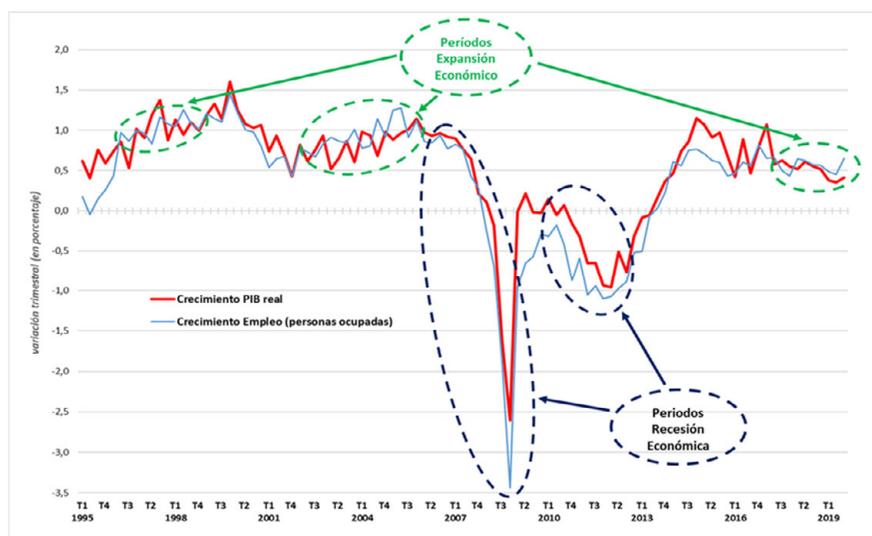
Fuente: Elaboración propia a partir del International Financial Statistics (IFS) del FMI y base de datos de la OCDE.

De tal suerte que, en España existe una gran correlación positiva (+0,65) entre el crecimiento real de la producción y el crecimiento del empleo temporal (gráfico 7), que casi duplica a la correlación positiva que se observa en Alemania (+0,35) entre estas dos variables o que es 2 décimas superior a la observada para el conjunto de países OCDE (+0,46).

Y tercero, la rigidez a la baja de los salarios en el mercado laboral español, que se explica por una serie de factores institucionales omnipresentes que las sucesivas reformas del mercado laboral no han conseguido corregir plenamente.

El abuso en la contratación temporal que pretendía flexibilizar el mercado laboral y favorecer el crecimiento en el empleo, ha tenido el efecto pernicioso de romper los procesos productivos y desincentivar los procesos de capacitación de los empleados, puesto que introduce un sesgo hacia una economía menos productiva donde las empresas tienden a especializarse en procesos de menor valor añadido donde la rotación de la mano de obra (poco cualificada) es mayor porque la contratación temporal lo facilita.

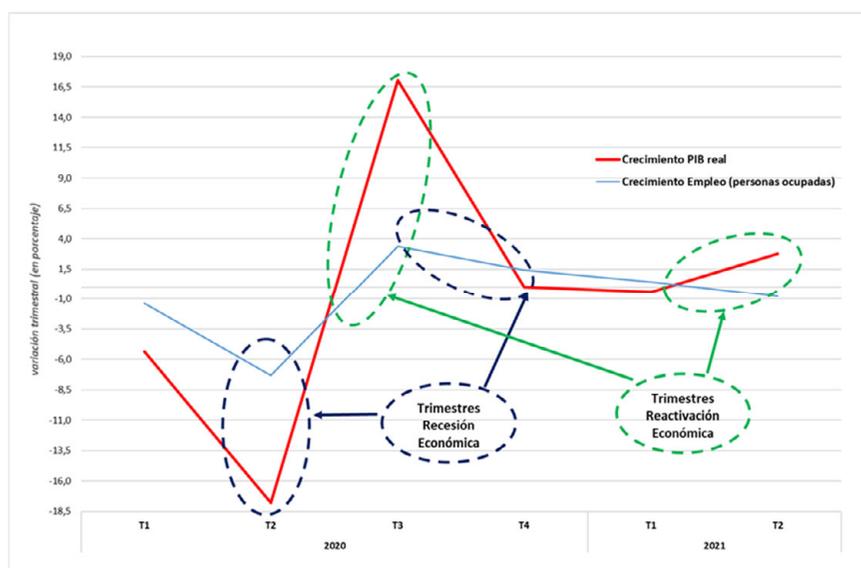
GRÁFICO 8. Evolución tasas de crecimiento trimestral del VAB y del empleo (1995T1-2019T4)



Fuente: Elaboración propia a partir de la base de datos del INE.

Esto genera una suerte de economía bulímica: la economía española resulta campeona en la creación de empleo en las fases de expansión hasta el punto de que el crecimiento del empleo es mayor al crecimiento real de la producción como se evidencia en el gráfico 8; pero en las fases de recesión destruye más empleo porque en términos absolutos la variación negativa del empleo supera a la variación negativa de la producción. La paradoja es que en la crisis del covid-19 está singularidad que estamos describiendo para la economía española no se ha producido, tal como se muestra en el gráfico 9.

GRÁFICO 9. Evolución tasas de crecimiento trimestral del VAB y del empleo (2020T1-2021T2)



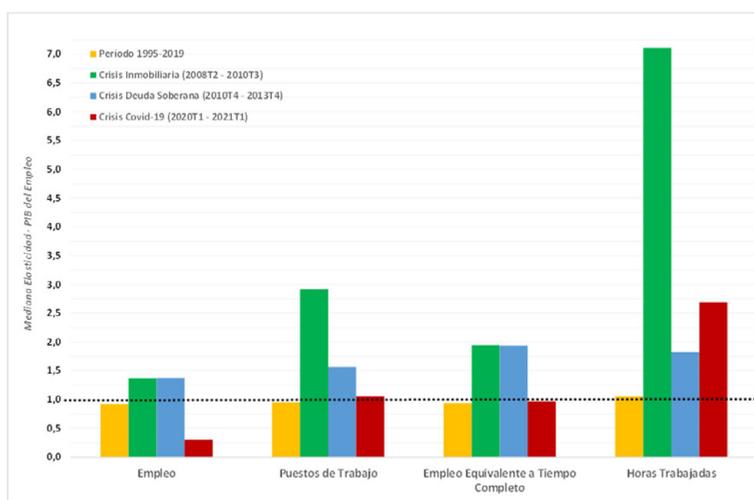
Fuente: Elaboración propia a partir de la base de datos del INE.

En 2020 y la primera mitad de 2021, las caídas del VAB han causado un menor empleo, pero en este período, la disminución de la ocupación ha sido menor al descenso de la producción (o también la reactivación del crecimiento de la producción en el 3T 2020 o 2T 2021, ha sido a unas tasas superiores a la recuperación del empleo). Así, la sensibilidad del empleo a la variación del PIB ha sido mucho menor durante la crisis covid-19 (2020T1-2021T1): por cada punto porcentual de caída de la

actividad, el empleo ha caído 0,2 puntos. Este valor inferior a 1, contrasta con la sobrerreacción del empleo ante caídas de la actividad en España en otros períodos.

Así como puede observar en el gráfico 10, durante el período 1995-2019, la elasticidad-producción del empleo en España se ha situado en un valor positivo y próximo a 1 (0,93). Esta sensibilidad promedio se vio notablemente acentuada durante la crisis inmobiliaria (2008T2-2021T1) que escaló hasta el 1,37, pero también durante la crisis de deuda soberana (2011T1-2021T1) cuyo valor fue de 1,38.

GRÁFICO 10. Elasticidad-Producto del Empleo en España (1995-2021)



Fuente: Elaboración propia a partir de la base de datos del INE.

Con carácter general, esta regularidad sigue cumpliéndose cuando se analiza la sensibilidad del empleo a cambios en la producción mediante otras variables alternativas como el número de puestos de trabajo (NPT), el empleo equivalente a tiempo completo (EETC) o las horas trabajadas por la población ocupada (PO)²⁶. De nuevo, cuando atendemos a estas otras variables también se observa como esa elasticidad

²⁶ Así, en promedio durante el período 1995-2021, por cada punto porcentual en el que ha disminuido la producción los puestos de trabajo han caído en 0,95pp, el empleo equivalente a tiempo completo disminuye en 0,91pp o las horas trabajadas se contraen en 1,06pp.

promedio también se ha visto notablemente acentuada en dos de los períodos de crisis considerados²⁷: la crisis inmobiliaria (2008T2-2010T3) y la crisis de la deuda soberana (2011T1-2013T3).

Con todo, la principal diferencia radica en el caso de la crisis de la covid-19. Aquí la elasticidad-producción respecto al empleo, puestos de trabajo (NPT) o empleo equivalente a tiempo completo (EETC) es igual o inferior a 1, excepto en el caso de las horas trabajadas por la población ocupada (PO) cuyo valor se mantiene claramente por encima de 1. En particular, por cada punto porcentual en que ha disminuido la producción entre 2020T1 y 2021T1, el empleo ha caído en 0,29pp, los puestos de trabajo han caído en 1,07pp, el empleo equivalente a tiempo completo disminuye en 0,95pp, pero sin embargo las horas trabajadas se contraen en 1,90pp.

No ha habido por lo tanto una transformación en cuanto a la relación producción-horas trabajadas, sino producción-empleo. Las horas parecen reaccionar casi del mismo modo que en crisis precedentes²⁸. Este resultado es coincidente con el de Mestres (2021) e Hidalgo (2020).

Esta menor sensibilidad del empleo y su evolución diferencial con respecto a las horas de trabajo ilustrada en el gráfico 10 también evidencia que la medida del impacto de la crisis de la covid-19 en el mercado laboral debe calibrarse más en términos de las horas de trabajo y no tanto en términos de empleo. Esto es así porque el factor explicativo de este esté menor impacto sobre el empleo (pero también sobre la destrucción de puestos de trabajo y, por ende, en el empleo equivalente a

²⁷ Así en el caso de la crisis inmobiliaria (2008T2-2010T3), por cada punto porcentual en el que ha disminuido la producción los puestos de trabajo han caído en 2,91pp, el empleo equivalente a tiempo completo disminuye en 1,95pp o las horas trabajadas se contraen en 7,10pp. Para el caso de la crisis de deuda soberana (2011T1-2013T3), por cada punto porcentual en el que ha disminuido la producción los puestos de trabajo han caído en 1,56pp, el empleo equivalente a tiempo completo disminuye en 1,94pp o las horas trabajadas se contraen en 1,83pp.

²⁸ Sin embargo, si el cómputo se realiza en términos de número de personas ocupadas esta correlación se reduce a partir de 2020, como consecuencia de las medidas de política económica adoptadas a raíz de la pandemia covid-19, que tienden a mitigar el impacto sobre el número de personas ocupadas derivadas de la caída del PIB.

tiempo completo) es la distinta respuesta de política económica con respecto a episodios de crisis precedentes.

En España, para proteger a los trabajadores de la covid-19 y ayudarles con las necesidades de atención familiar, las autoridades promovieron un rápido paso al teletrabajo, acelerando los programas de apoyo a la digitalización de las pequeñas y medianas empresas. Además, se firmaron varios acuerdos sectoriales para proteger mejor a los trabajadores de los supermercados, la atención sanitaria, los hoteles, los restaurantes y el sector turístico.

España es uno de los 16 países de la OCDE que ha aumentado las prestaciones por baja laboral para las personas con covid-19, y el único país de la OCDE que reconocía la covid-19 como enfermedad profesional para todos los empleados. Gracias a esta medida, una mayor parte de los salarios de los empleados elegibles fue compensada con el pago de la baja por enfermedad (OCDE, 2020 y 2021).

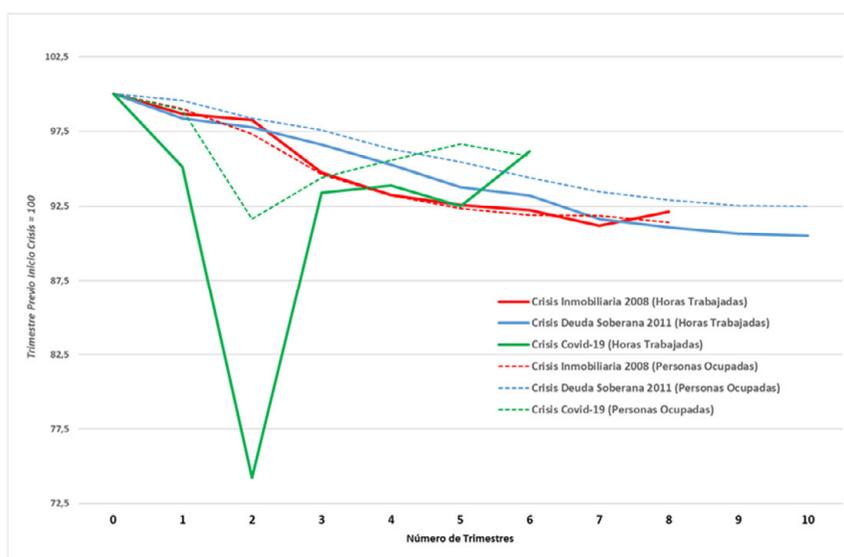
Así, la simplificación del procedimiento administrativo para solicitar ERTEs²⁹ (Expedientes de Regulación Temporal del Empleo), la ampliación de las condiciones de acceso a los trabajadores incluyendo a más sectores han permitido una mayor protección del empleo vía una suspensión temporal del mismo o una reducción de jornada. Adicionalmente, el Gobierno de España para proteger los puestos de trabajo reforzó la reglamentación de protección del empleo adoptando el requisito de que los despidos por motivos relacionados con la pandemia de covid-19 deben ser revisados por un juez, y prolongó la duración de los contratos de plazo fijo que expiran durante la emergencia sanitaria SGEE (2021). Finalmente, las autoridades laborales mejoraron el acceso a la prestación por desempleo durante la crisis reduciendo los

²⁹ De acuerdo con los datos del Ministerio de Trabajo y Economía Social y del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, en mayo de 2020 se registró un máximo de 3,6 millones de personas afectadas por un ERTE, de los cuales 2,6 millones estaban vinculados a la covid-19. En mayo de 2020, los ERTE representaron un 18% del total de sueldos y salarios de la economía española. A lo largo del año 2021, las cifras de este esquema de protección de empleo han ido evolucionando a la baja, hasta el punto que en diciembre de 2021 los ERTE ascendían a 125.632 personas de las cuales 102.548 asociados a la covid-19, una tercera parte se corresponde con trabajadores de agencias de viajes.

requisitos de cotización mínima y cubriendo a los grupos que no tenían derecho anteriormente³⁰.

Fruto de estas acciones, y de acuerdo con datos SEPE (Servicio Público de Empleo Estatal), el gasto trimestral promedio en prestaciones por desempleo, que incluye las ayudas por ERTE, alcanzó durante la crisis covid-19 (2020T1-2021T1) los 7,2 millones de euros. Esta intervención del Estado, respaldada por el programa de compras de deuda vinculada a la pandemia –PEPP, *Pandemic Emergency Purchase Programme*– del Banco Central Europeo (BCE) han ayudado a mitigar en 2020 la caída de la renta de las familias (3,3%), a pesar de la contracción del 10,8% del PIB.

GRÁFICO 11. Colapso en el número de horas trabajadas por la población ocupada en España durante la primera ola de la pandemia covid-19



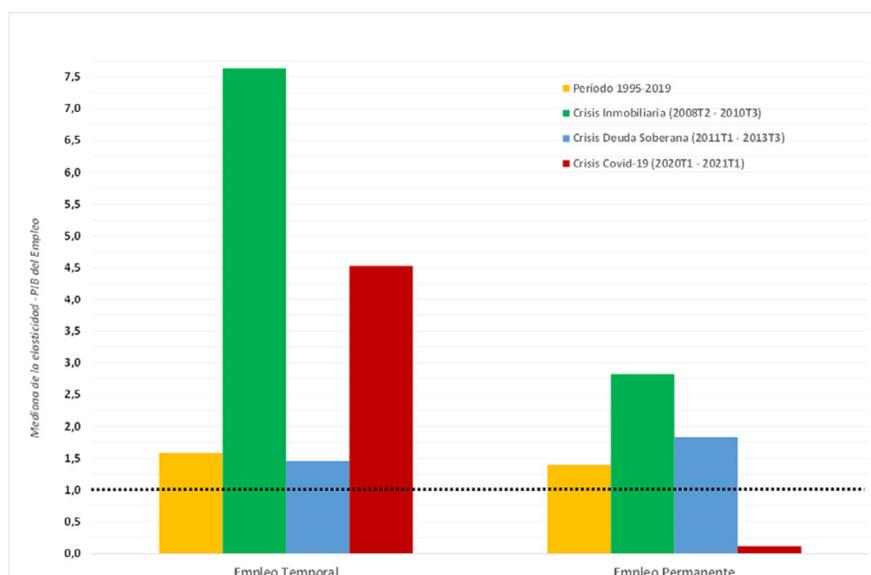
Fuente: Elaboración propia a partir de la base de datos del INE.

³⁰ Es el caso, por ejemplo, de los trabajadores que finalizaban un período de prueba o los trabajadores que dejaban su empleo por una nueva oferta de trabajo que no se concretó como consecuencia del estallido de la pandemia. Del mismo modo, el acceso a la prestación por desempleo se amplió a contratos permanentes discontinuos que no reunían los requisitos en ese momento y las prestaciones que estaban por expirar se prorrogaron automáticamente hasta el final de la crisis sanitaria.

En consecuencia, el ajuste en el mercado laboral, a diferencia de crisis precedentes como la inmobiliaria o la crisis de deuda soberana, no se ha producido tanto por la vía de destrucción de puestos de trabajo y la reducción de la ocupación, sino más bien por la reducción directa de las horas trabajadas tal como se recoge en el gráfico 11. A raíz de los ER-TEs, el empleo se ha desacoplado de la producción.

La reducción de la sensibilidad del empleo a caídas de la actividad se ha producido tanto en trabajadores temporales como en fijos (gráfico 12). Sin embargo, la sensibilidad del empleo temporal a la actividad en esta crisis se sitúa en 4,5, mientras que la elasticidad-producción del empleo permanente es prácticamente nula (0,12).

GRÁFICO 12. *Elasticidad-Producto del Empleo en España por tipo de contrato (1995-2021)*

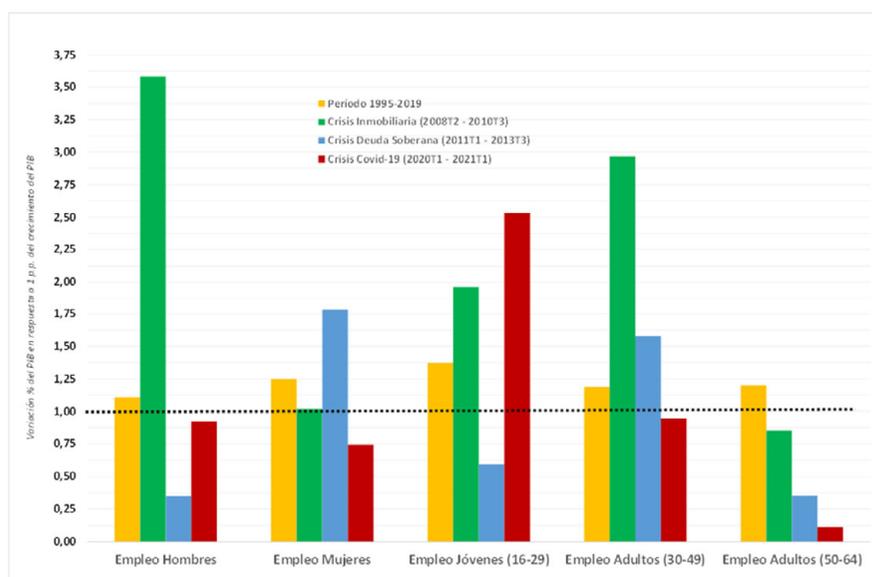


Fuente: Elaboración propia a partir de la base de datos del INE.

Este resultado es un reflejo de la gran dualidad del mercado laboral español: los trabajadores con mayor precariedad contractual son los más afectados por la caída de la actividad, pues se han beneficiado en menor medida de los esquemas de protección que evitan la pérdida del empleo.

En términos de género y grupos de edad, el gráfico 13 muestra que durante la crisis covid-19 también se ha reducido la sensibilidad del empleo a perturbaciones de la producción. Con todo, los resultados de este gráfico evidencian que las mujeres y los más jóvenes (16-29) continúan siendo quienes más sufren las consecuencias de esta elevada dualidad laboral. Por género, la sensibilidad del empleo a caídas de la actividad se reduce tanto para hombres como para mujeres y las diferencias entre ellos son menores que por edades.

GRÁFICO 13. *Elasticidad-Producto del Empleo en España por género y grupo de edad (1995-2021)*



Fuente: Elaboración propia a partir de la base de datos del INE.

3. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

Los resultados alcanzados en nuestro estudio confirman que, a partir de determinados niveles, el crecimiento del PIB está asociado a un aumento del empleo. En España, desde 1985, el empleo y el PIB presentan tasas de crecimiento muy similares. Hemos encontrado que la intensidad de esa correlación se acentúa a medida que transcurre el tiempo y tiende hacia la unidad (1). Esto significa que, aparentemente, desde

1986 la economía española cuenta con una gran facilidad para crear empleo, puesto que cualquier aumento en la actividad económica se traduce en un aumento del empleo.

Sin embargo, aunque estos umbrales de crecimiento del PIB que posibilitan la creación de empleo son relevantes, no pueden interpretarse como la evidencia de una relación causal absoluta, porque son poco ilustrativos del funcionamiento del mercado laboral, en la medida no tienen en cuenta los flujos o transiciones laborales entre población activa, población inactiva, población ocupada y población parada. Y, en consecuencia, estas correlaciones entre PIB y empleo resultan una referencia simplista para sustentar políticas económicas eficaces en la promoción de la ocupación y la disminución del paro.

Asimismo, la aproximación a la relación entre producción y empleo puede realizarse o bien focalizando en la naturaleza asimétrica de las perturbaciones y su impacto desigual en unas u otras economías; o bien enfatizando el papel de la legislación laboral que hace que el ajuste ante esas perturbaciones sea más oneroso, tanto en lo que se refiere a la utilización de recursos como desde la perspectiva temporal.

El corolario del primer enfoque es que se requiere una mayor intervención activa del Estado en la economía, tanto para impulsar la demanda agregada y, por extensión, la actividad económica, pero también una mayor regulación del mercado laboral. La experiencia de la crisis covid-19 avalaría esta posición. La rápida reacción del gobierno del Estado español con la creación de medidas de salvaguarda como los ER-TEs y otras medidas de apoyo han forzado el desacoplamiento entre el de producción y empleo. Entre el segundo trimestre de 2020 y el primero de 2021 no ha habido ajuste en empleo como en otras crisis, pero sí en términos de horas trabajadas. La caída en las horas trabajadas ha sido muy intensa, aunque menor que en episodios anteriores.

El factor explicativo de este esté menor impacto sobre el empleo (pero también sobre la destrucción de puestos de trabajo y, por ende, en el empleo equivalente a tiempo completo) es la distinta respuesta de política económica con respecto a episodios de crisis precedentes.

Sin embargo, en este período covid-19 ha habido más flexibilidad en el mercado laboral, pero la carga del ajuste ha recaído absolutamente sobre los ERTes, incidiendo especialmente sobre el empleo temporal y no tanto sobre una reducción de la jornada media laboral. Este extremo muestra la importancia de contar con una red de apoyo del Estado del Bienestar para salvaguardar el empleo, pero también evidencia el reparto desigual de los costes de este proceso y una mayor presión sobre las finanzas públicas.

La consecuencia de la segunda aproximación es que, aun reconociendo que el Estado desempeña un papel relevante en la estabilización de la economía y en la regulación de los mercados, se precisa una reformulación de la legislación laboral vigente destinada a corregir las disfunciones en el mercado de trabajo causadas por la propia normativa y el modo en que se interpreta y aplica. En gran parte porque, como sociedad, no debería permitirse llegar a otra crisis con una elevada dualidad laboral, enquistada en España desde los años '80, y que perjudica en sobremanera a los trabajadores más vulnerables.

4. REFERENCIAS

- Ball, L.M., Leigh, D. & Loungani, P. (2013). Okun's Law: fit at fifty? *NBER Working Paper*, num. 18668. National Bureau of Economic Research, Cambridge, Massachussets.
- Campos, R. L. & Hernández, A. G. (2018). Expansión de la temporalidad y erosión de la relación de empleo estándar en España: ¿ La irrupción de un nuevo paradigma de relación de empleo?. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 36(1), 35.
- Cazes, S., Verick, S. & Hussami, A. (2013). Why Did Unemployment Respond So Differently to the Global Financial Crisis across Countries? Insights from Okun's Law. *IZA Journal of Labour Policy*, IZA y Springer Verlag, vol. 2 num.1, pp. 1-18.
- De Pedraza, P., Muñoz, R. & Villacampa, A. (2010). Determinantes de la situación laboral en España: trabajar a tiempo parcial frente a otras situaciones laborales. *Cuadernos de Economía*, Vol. 33, Nº. 92, pp. 71-104.
- Dueñas, D., Iglesias, C. & Llorente, R. (2016). La involuntariedad en el empleo a tiempo parcial y la Gran Recesión: un análisis de género en España. *Ekonomiaz* N.º 90, 2.º semestre.

- FMI (2010). Unemployment Dynamics during Recessions and Recoverys: Okun's Law and Beyond. *World Economic Outlook*, cap.3 (abril). Fondo Monetario Internacional. Washington DC.
- FMI (2015). Where Are We Headed? Perspectives on Potential Output. World Economic Outlook, Uneven Growth: Short and Long Term Factors. *World Economic Outlook*, cap. 4 (abril). Fondo Monetario Internacional, Washington, D.C.
- Conde-Ruiz, J. I., Felgueroso, F. & García-Pérez, J. I. (2010). Las reformas laborales en España: un modelo agotado. *Papeles de economía española*, 124, 128-147.
- Hidalgo, M.A. (2020). No es la ocupación, son las horas de trabajo. *Voz Populi*. Recuperado en: https://www.vozpopuli.com/opinion/ocupacion-empleo-recesion_0_1416758423.html. Fecha de Consulta (diciembre, 2020).
- Jimeno, J.F. (2016). Crecimiento y Empleo: una relación turbulenta e incomprendida. *RBA Economía*. RBA Libros. Barcelona.
- Iglesias, C. & Llorente, R. (2015). La reforma laboral de 2012 y el crecimiento del empleo a tiempo parcial involuntario. ¿Nuevos mecanismos de ajuste del mercado de trabajo? *Revista de Economía Laboral*, Vol. 12, Núm. 1 (2015): *Monográfico: Las reformas laborales y la crisis económica. Consecuencias y efectos económicos*.
- Jimeno, J.F. (2016). Crecimiento y Empleo: una relación turbulenta e incomprendida. *RBA Economía*. RBA Libros. Barcelona.
- Mestres, J. (2021). El empleo aguanta el tipo esta vez, pero la dualidad en el mercado laboral sigue haciendo estragos. *Informe Mensual* 01. Caixa Research, pp. 23-24, Enero.
- OCDE (2020). La seguridad de los trabajadores y la crisis de la covid-19 ¿cómo se sitúa España?. *Employment Outlook 2020: Worker Security and the Covid-19 Crisis*. OECD Publishing, Paris.
- OCDE (2021). Navigating the Covid-19 Crisis and Recovery. *Employment Outlook 2021*, OECD Publishing, Paris.
- Pitarch, J. (2009). El problema de la temporalidad en España: un diagnóstico/La temporalidad en el empleo: atropamiento y trayectorias. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 27(1), 237.
- SGEE (2021). Análisis del Mercado de Trabajo. *Informe Trimestral*. Secretaría General de Empleo y Economía Social. Núm. 136, Marzo, Madrid.
- Toharía, L. (2004). El mercado de trabajo en España: situación y perspectivas. *CLM economía*, (4).

LA PREVENCIÓN DE RIESGOS DIGITALES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

ARTURO MONTESDEOCA SUÁREZ
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

1. INTRODUCCIÓN

Es constatable que en esta época postindustrial que ha pasado a denominarse cuarta revolución industrial o industria 4.0 ha propiciado alteraciones y mejoras en los sistemas productivos de las empresas. Básicamente, la culpa corresponde a la introducción de las tecnologías que ha permitido automatizar y mejorar la prestación de los trabajadores en sus puestos de trabajo. En este sentido, las TIC en cierto modo han acompasado nuevos métodos de trabajo en beneficio para el trabajador y que antaño generaban serias preocupaciones. Principalmente, esta preocupación se centraba en los riesgos físicos para la salud a las que estaban expuestos los trabajadores dadas las condiciones laborales de entonces. Sin embargo, y esta es una característica propia del nuevo contexto laboral que disfrutamos en la actualidad, esta focalización sobre los riesgos físicos ha pasado a un segundo plano. Pero ¿entonces qué preocupa hoy en día al trabajador? Pues precisamente la interacción extenuada con los dispositivos tecno-electrónicos, ya que, si bien es cierto que los riesgos físicos no terminan por desaparecer, aparecen en escena juntamente a estos los riesgos psicosociales asociados a las TIC. Es decir, riesgos emergentes o nuevas patologías que tienen su origen en esta dependencia del ser humano para con la tecnología y que implica una dependencia total tanto personal como profesionalmente.

A este respecto, el objetivo de este estudio es poner de manifiesto si el marco jurídico correspondiente, en este caso la prevención de riesgos laborales contiene los parámetros necesarios para proporcionar un respaldo y garantías suficientes para la seguridad y salud laboral. Téngase

en cuenta que la norma data de 1995 y que prácticamente se ha visto inamovible pese a los avances y el progreso de la digitalización de las relaciones laborales. Es por ello por lo que la variable tecnológica toma un mayor peso dado el contexto actual y futuro al que se enfrentan las relaciones laborales. De este modo, interesa poner de manifiesto precisamente esta exposición prolongada y extenuada de las personas trabajadoras a los dispositivos tecnológicos pudiendo causar efectos adversos en su seguridad y salud laboral. Por lo que se pretende poner de manifiesto cuáles son los factores de riesgo asociados a las herramientas tecnológicas, así como las tecnopatologías que pueden sufrir, en el peor de los casos, las personas trabajadoras como consecuencia de estos usos.

1.1. LA PREVENCIÓN DE LOS NUEVOS RIESGOS DIGITALES: RIESGOS EMERGENTES ASOCIADOS AL USO DE LA TECNOLOGÍA.

Uno de los interrogantes planteados en este estudio es poner de manifiesto si existe una legislación consolidada referida a la protección de los riesgos psicosociales, ergonómicos y organizativos. Pero, principalmente y dado en el interés suscitado en el contexto de pandemia socio-sanitaria, se ha preferido centralizar el foco en los riesgos psicosociales que afectan a la salud y bienestar de los trabajadores. En una primera identificación sobre este tipo de riesgos pueden señalarse el estrés, la violencia en el ámbito laboral, el acoso laboral y sexual, la inseguridad, así como el desgaste profesional o comúnmente reconocido como burnout (Romerol Hernández, 2010).

De hecho, se ha considerado especialmente relevante el incremento de una patología concreta en este aspecto, el estrés laboral asociado al uso de las tecnologías. Por estrés laboral se puede entender como aquella “reacción que puede tener el individuo ante las exigencias y presiones que no se ajustan a sus conocimientos y capacidades y que ponen a prueba su capacidad para afrontar la situación” (Griffiths y Leka, 2004). Constituye una definición amplia que constata perfectamente la realidad tecno-laboral propia de nuestros días. Efectivamente, una de las cuestiones que suscitó bastante revuelo en los inicios del confinamiento domiciliario fue la ardua tarea de los trabajadores de adaptar su puesto

a la modalidad del trabajo a distancia o más bien, teletrabajo. Lo que en cierto modo significó una carga añadida a la situación de crisis sanitaria y que repercute en una presión extra para el trabajador. Un cúmulo de circunstancias que repercuten, por desgracia, negativamente para la salud laboral del trabajador, máxime teniendo en consideración sus características personales. Teniendo en cuenta que se encontró solo ante el abismo del teletrabajo con independencia de sus capacidades tecnológicas y sin apoyo directo del resto de compañeros.

El bienestar del trabajador es una máxima a alcanzar en cualquier puesto de trabajo, y este se compone tal y como sostiene la Organización Mundial de la Salud de bienestar físico, mental y social³¹. Sin embargo, el bienestar laboral se encuentra amedrentado por la informatización del puesto de trabajo, dando lugar al mismo tiempo, en patologías asociadas a estas circunstancias. Es por ello por lo que ante nuevos métodos y nuevas formas de organización de la empresa surgen patologías como el “tecnoestrés” que viene a ser aquella “enfermedad causada por la falta de habilidad para tratar con las nuevas tecnologías del ordenador de manera saludable” (Salanova, et al. 2004). Póngase especial atención en que la calificación utilizada es la de enfermedad y las causas a las que se asocia esta enfermedad son la falta de actitud o de habilidad técnica con las tecnologías de la información. Esta línea es seguida por la mayoría de los autores, y de hecho se hace latente en la doctrina de la seguridad y salud en el trabajo, al considerar que el tecnoestrés se identifica con “cualquier impacto negativo en las actitudes, los pensamientos, los comportamientos o la fisiología causado-directa o indirectamente por la tecnología” (Salanova, et al. 2004). Es por ello por lo que considero que las patologías ahora son tecnopatologías ya que han sufrido una tecnoevolución por la revolución tecno-informática de la sociedad.

Identificado el tecnoestrés como patología central, se pueden identificar otro tipo de tecnopatologías, que han sido correctamente señaladas en

³¹ Preámbulo de la Constitución de la Asamblea Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 19-22 de junio de 1946; firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Actas oficiales de la Organización Mundial de la Salud, No. 2, p. 100) y que entró en vigor el 7 de abril de 1948.

la Nota Técnica Preventiva 730 (en adelante NTP). En primer lugar, “la tecnoansiedad” causa principalmente en la salud altos niveles de activación fisiológica de carácter no placentero” (Salanova, 2006). Retomando por la estrecha relación las capacidades tecnológicas, la ausencia de estas aptitudes necesarias para desarrollar el teletrabajo de forma óptima, puede generar reticencias en la tecnología. Es por lo que la tecnoansiedad generada por la ineptitud para relacionarse con la tecnología o el dispositivo en cuestión puede despertar una “tecnofobia” a su uso habitual (Jay, 1981). Lo que en consecuencia implicaría que el trabajador desestimara totalmente la opción de interactuar tanto personal como profesionalmente ante los sentimientos de incapacidad generados sobre el uso de las TIC. Por lo tanto, el desajuste entre capacidades digitales y la adaptación de la empresa a una forma concreta de desarrollar la prestación laboral, el teletrabajo, aumenta las posibilidades de aparición de esta patología. (Salanova, Cifre y Martín, 1999)

En segundo lugar, otra de las preocupaciones se encuentra en las posibilidades de permanencia y exposición prolongada de las tecnologías, difuminando los términos de espacio y tiempo. Ello trae como consecuencia la aparición de la “tecnofatiga”. Esta patología es singularmente notable en el teletrabajo ya que la totalidad de la prestación de la relación laboral se desarrolla por medios tecnológicos. Lo que podría traer causa de la constatación por el trabajador de fatiga cognitiva o visual, siendo especialmente recomendable la determinación concienzuda de los descansos como medida efectiva para prevenir la aparición de estas patologías adversas.

En tercer lugar y, por último, debe ponerse de manifiesto que las herramientas tecnológicas (Smartphone, smartwatch, Tablet, entre otras) cumplen un doble uso, uno personal y otro profesional. Y es razonable ya que las facilidades o comodidades que ofrecen las TIC pueden exportarse a ambos ámbitos, pero, por el contrario, pudieran confundirse en términos espaciotemporales o incluso, exponerse voluntariamente de forma extrema. Esta estrecha dependencia personal y profesional a las TIC pueden conllevar en la aparición de una “tecnoadicción” a su utilización y manejo.

1.2. RIESGOS PSICOSOCIALES EN UN MARCO DE TELETRABAJO.

Se ha dejado patente, por lo tanto, que más que oportuna la implicación y sensibilización por todos los interesados en esta materia en la necesidad de anticiparse a la evaluación de riesgos tecnológicos emergentes. De tal modo que la seguridad y salud en el trabajo toma un protagonismo especial ante el papel que debe desarrollar para proteger la salud del trabajador en un contexto digital (Mercader Uguina, 2018).

Por consiguiente y al hilo de la reflexión anterior, la variable tecnológica debe ser incluida en los procesos de evaluación y planificación de la actividad preventiva, ya que, de contrario, la seguridad y salud de trabajador decaería por completo. Ya que de acuerdo con el art. 14 LPRL es necesario garantizar la protección efectiva de la seguridad y salud del trabajador, de modo que la tecnología no debiera ser un impedimento al alcanzar esta máxima. Así, al momento de adoptar una decisión tan importante como la adaptación del puesto al teletrabajo es sumamente recomendable que se adapte el trabajo a la persona y no al revés (Mella Méndez, 2020). Ya que junto al objetivo señalado en el art. 14.1 LPRL se suma el art. 15.1.i) respecto a la eliminación o minimización de los efectos negativos en la salud del trabajador mediante la puesta a su disposición de las instrucciones o aclaraciones necesarias en cuanto al uso de las TIC.

La actual situación de crisis epidemiológica requirió de la adopción de un marco jurídico más completo y que diera respuesta al conjunto de materias que engloba el trabajo a distancia, entre ellas por supuesto, la prevención de riesgos laborales. Surgió así el RD-L 28/2020 superado hoy por la Ley 10/2021 como medida necesaria para minimizar el impacto de las restricciones de movilidad impuestas a raíz de la declaración del estado de alarma el pasado 13 de marzo de 2020 así como instrumento de modernización de las empresas. La Ley 10/2021 hace especial énfasis en la gestión de la prevención de riesgos en los arts. 15 y 16 respectivamente. Por un lado, parte del anclaje de esta modalidad a los parámetros que regula como base la LPRL para posteriormente especificar con concreción el proceso de evaluación y planificación de esta actividad respecto a riesgos concretos. De hecho, el legislador hace

referencia a los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos característicos de esta modalidad (Sabadell y Rimabu, 2020). Asimismo, destripa su contenido para cercar la atención en la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad, los descansos, así como las desconexiones digitales como medio de diferenciación de los periodos de trabajo y descanso. Lo que en cierto modo viene a trasladar que la disrupción tecnológica es una evidencia clara y constatable y que puede desarrollarse exponencialmente en la modalidad contractual examinada (Álvarez de Sotomayor, 2020).

A tenor de esta irrupción tecnológica se genera como expresa Fernando Ramírez, una “onda expansiva” (2020) de riesgos digitales para la seguridad y salud laboral de los trabajadores. En buena medida y como se ha mencionado anteriormente, se debe a las tremendas dificultades que genera el teletrabajo respecto a la conciliación de la vida personal y familiar como, además, de la prolongación de la jornada laboral más allá de lo pactado. En resumidas cuentas, el conglomerado de factores de riesgos digitales (hiperconectividad) como tradicionales (ventilación, luz, postura cervical) en un lugar concreto, el domicilio del trabajador, actúan como un auténtico nicho de tecnopatologías. Este tipo de cambios tan ambiciosos como preocupantes a la vez no debe desvirtuar el cumplimiento de los parámetros legales, concretamente de la LPRL. Evadiendo necesariamente cualquier tipo de crítica sobre si esta norma está a la altura del proceso de digitalización de las relaciones laborales. Ya que es el propio art. 16 LPRL el que dispone los parámetros que debe contemplar el empresario para evaluar esta cuestión tecnológica; el puesto a desempeñar como las características de este, la elección de los equipos de trabajo y el acondicionamiento del lugar de trabajo. Lo que supone una respuesta jurídica directa y clara asumible perfectamente en la aplicación práctica de esta modalidad contractual a distancia. Y que esta evaluación y planificación preventiva dispone acertadamente la Ley 10/2021 que el empresario recogerá estos datos a través de una metodología que ofrezca confianza respecto del trabajo para adoptar las posibles medidas que resulten más efectivas en cada caso en particular (Fernández Villazón, 1997).

Coetáneamente a este tratamiento es preciso comenzar recordando que tanto el RD-L como la ley 10/2021 a lo largo de todo su texto normativo realizan constantes llamamientos a la negociación colectiva³², fijándola como pilar básico e indispensable en la modulación, desarrollo y perfilamiento de los principios de esta modalidad laboral. Lo que en gran medida viene a justificar el acierto del legislador de no regular de forma genérica sino de permitir adaptarla al sector productivo y a tipo de empresa garantizando la eficacia de la norma. prueba de ello, revisando el contenido de la disposición adicional primera del RD-L sostiene este criterio ya que disponía un conglomerado de materias que los convenios o acuerdos colectivos podrán regular en atención de la especificidad de su ámbito. por lo que podría significar la fórmula perfecta para adentrarse en la concreción de los aspectos preventivos en materia de seguridad y salud.

Por ello, se ha determinado necesario llevar a cabo una revisión concienzuda de convenios colectivos con el fin de mostrar si efectivamente es a través de este medio o instrumento de regulación de partes donde se ha tomado en consideración un espacio alternativo a los riesgos psicosociales asociados al uso de las TIC. Por lo tanto, y como se ha destacado anteriormente, será objeto de tratamiento el papel que puede asumir la negociación colectiva como instrumento garantista del bienestar del trabajador a raíz del desarrollo exponencial del teletrabajo. Interesa examinar el tratamiento de estos riesgos psicosociales asociados al uso de las tecnologías en los convenios colectivos, destacando las fórmulas convencionales más relevantes.

³² Entre otras, se encuentran referencias a la hora de definir las tareas y actividades susceptibles de trabajo a distancia, los mecanismos y criterios por los que se puede pasar a trabajo a distancia o viceversa, el desarrollo del derecho a la dotación suficiente y mantenimiento de medios, equipos y herramientas, la forma de cuantificar la compensación de los gastos que pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia, así como el momento y la forma para realizar la misma, la flexibilización del horario del trabajo a distancia, las condiciones para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de las personas trabajadoras a distancia o las condiciones e instrucciones de uso y conservación de equipos o útiles informáticos.

2. OBJETIVOS

Para llevar a cabo este estudio se ha tomado como referencia los datos aportados por el Ministerio de Trabajo y Economía Social que tiene por objeto proporcionar información estadística sobre los aspectos más relevantes de los convenios colectivos y, así mismo, los resultados de los procesos de negociación. En concreto, se ha tomado de referencia los datos que han sido incorporados a la estadística anual sobre los convenios colectivos de trabajo firmados durante el año 2020.

A este respecto, interesa poner de manifiesto en este estudio los siguientes objetivos:

- Poner de relieve el nº de convenios colectivos que han sido aprobados en el año 2020.
- Llevar a cabo una comparación temporal respecto al nº de convenios aprobados y el grado de incidencia de la irrupción del COVID-19.
- Evaluar los clausulados de los convenios colectivos aprobados durante el 2020 que se refieran a seguridad y salud, concretamente respecto a los riesgos psicosociales.
- Evaluar los clausulados de los convenios colectivos aprobados durante el 2020 que se refieran a la introducción de nuevas tecnologías, respecto a la incidencia en las relaciones laborales.
- Verificar y poner de manifiesto si se está llevando a cabo un tratamiento consciente en los clausulados convencionales sobre la incidencia de la tecnología en la seguridad y salud laboral.
- Plasmar los resultados que se han obtenido tras el análisis de los datos obtenidos por la encuesta seleccionada y de los clausulados de los convenios colectivos.

3. METODOLOGÍA

Respecto a la metodología seguida para llevar a cabo este estudio se ha seguido la nota informativa publicada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social en el que se aportan las estadísticas que son objeto de análisis. En este sentido, se ha cercado el estudio en los datos propuestos en la negociación y firma de convenios colectivos que integren cláusulas específicas sobre seguridad y salud laboral y sobre la incidencia de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales. A partir de la interpretación de los datos comentados se ha llevado a cabo un proceso de revisión sobre los puntos propuestos en los objetivos a alcanzar.

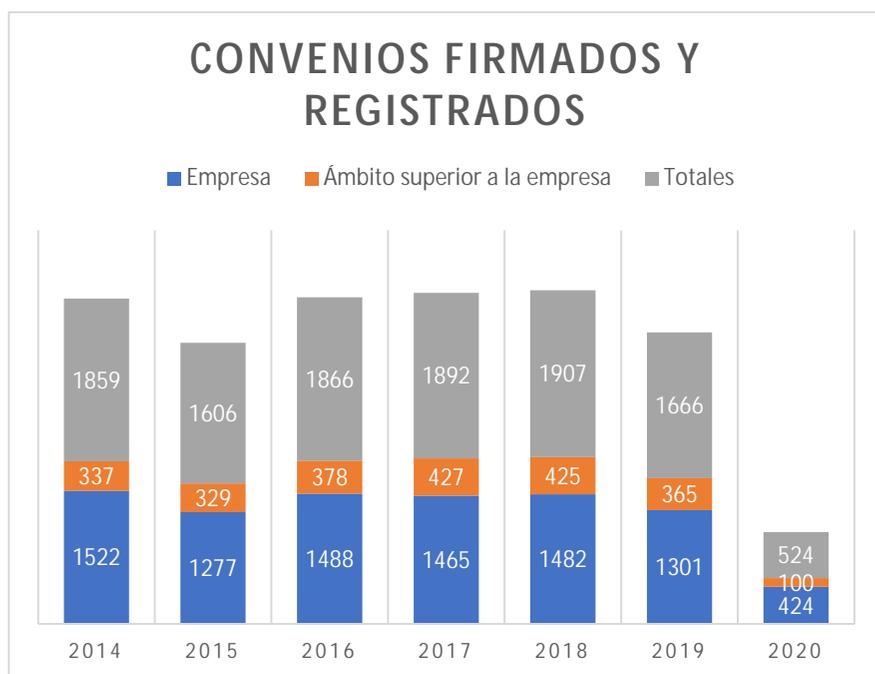
Adentrándonos por fin el análisis de las cláusulas preventivas, se analiza previamente los datos de la estadística de convenios colectivos de trabajo. En esta estadística que facilita el Ministerio de Trabajo y Economía Social³³, arroja los siguientes datos: durante el 2020 se han firmado y registrado 524 convenios colectivos, de los que 424 son de empresa y de ámbito superior a la empresa. Como variable de interpretación se encuentra la situación de pandemia que forzó la declaración del estado de alarma en España el 14 de marzo. Por lo que, evidentemente, el ritmo y el número de convenios colectivos se haya visto afectado.

En cuanto a los datos por ámbitos de regulación, el número de convenios aprobado es el siguiente:

- a) Cláusulas sobre nuevas tecnologías: participación de los trabajadores en la organización del tiempo de trabajo (72), condiciones de teletrabajo (39) e implantación de nuevas tecnologías (31).
- b) Cláusulas sobre seguridad y salud: establecimiento de planes y programas de prevención de riesgos (116) y establecimiento de los contenidos de la formación en materia de seguridad y salud (90).

³³ En esta publicación se presenta la información actualizada a noviembre de 2020, considerando como Provisionales los datos relativos a los años 2019 y 2020. Se puede encontrar información detallada tanto en las publicaciones de Avance Mensual como en Principales Series, disponibles ambas en la web del Ministerio. Recuperado de <https://bit.ly/3ASDGxK>

GRÁFICO 1. En el siguiente gráfico se puede comprobar cuál ha sido la evolución del número de convenios que han sido firmados y registrados desde el año 2014 hasta el año 2020. Diferenciando entre convenios de empresa y convenios de ámbito superior a la empresa.



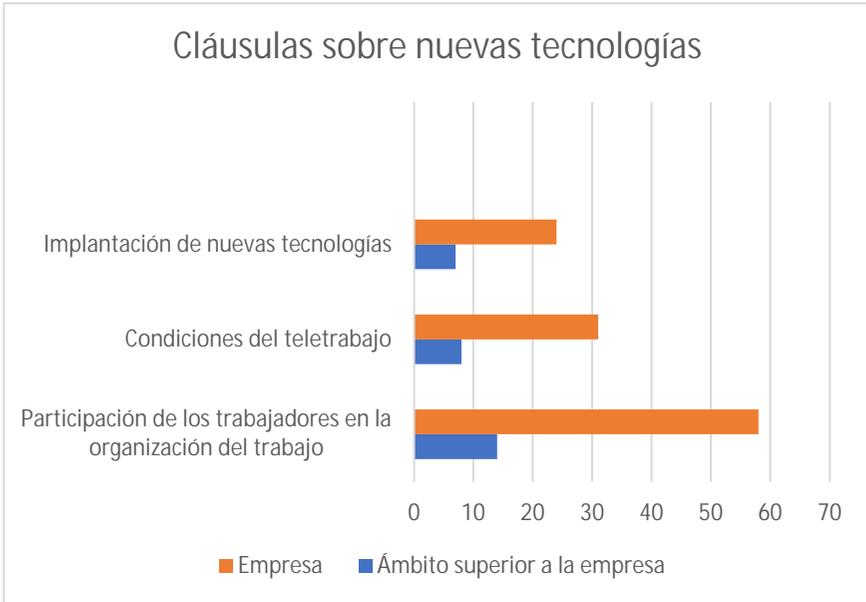
Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por el Ministerio de Empleo y Economía Social

GRÁFICO 2. En el siguiente gráfico se muestra el número de trabajadores afectados a razón de los convenios colectivos que han sido firmados y registrados desde el año 2014 hasta el año 2020. Diferenciando entre convenios de empresa y convenios de ámbito superior a la empresa.



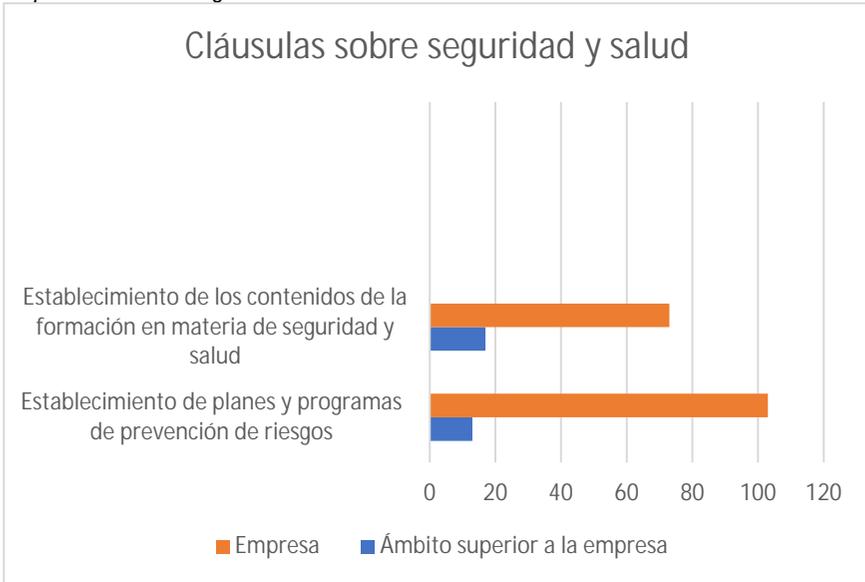
Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por el Ministerio de Empleo y Economía Social

GRÁFICO 3. Clausulados negociados en la negociación colectiva sobre nuevas tecnologías. En el siguiente gráfico se muestra el número de convenios que han incorporado clausulados relacionados con: a) la implantación de nuevas tecnologías, b) condiciones de trabajo, c) participación de los trabajadores en la organización del trabajo.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por el Ministerio de Empleo y Economía Social

GRÁFICO 4. Clausulados negociados en la negociación colectiva sobre prevención de riesgos, seguridad y salud laboral. En el siguiente gráfico se muestra el número de convenios que han incorporado clausulados relacionados con: a) el establecimiento de los contenidos de la formación en materia de seguridad y salud, b) establecimiento de planes y programas de prevención de riesgos.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por el Ministerio de Empleo y Economía Social

4. RESULTADOS

Llegados a este punto, tal y como se expresó en apartados previos, se sostiene el papel central que puede desarrollar la negociación colectiva en la era digital. La propia LPRL, reconoce los pactos de los interlocutores sociales en forma de convenio dentro del contenido de la normativa de prevención de riesgos laborales. Por un lado, porque es el propio art. 1 de la ley dispone que “la normativa sobre prevención de riesgos laborales está constituida por la presente Ley, sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito”. Y, por otro lado, porque el legislador ha facilitado a través de la negociación colectiva la flexibilidad, adaptabilidad y adecuación de los principios de la LPRL a la idiosincrasia de la empresa. De hecho, el

art. 2 de la LPRL fija los contenidos de carácter laboral de su cuerpo legal como derecho mínimo indisponible. En otras palabras, las medidas preventivas que contiene no pueden ser limitadas, sino que únicamente pueden ser mejoras por el convenio colectivo. En suma, queda claro por lo tanto el valor que se le otorga al convenio, fuente de reglamentación en esta materia, y que deriva en su estricto cumplimiento.

El llamamiento a la negociación colectiva es palpable como se ha mostrado y cobra un especial protagonismo en la prevención de riesgos laborales. Por una parte, porque el convenio colectivo actúa como un instrumento regulador de las condiciones de trabajo en un sector concreto y adaptado a las circunstancias de cada empresa. Por otro, porque puede constituir el medio más adecuado para realizar la adaptación normativa de prevención de riesgos laborales en el trabajo acorde a la organización estructural de la empresa. Además, reconocida su labor como fuente normativa, la vigencia temporal del convenio colectivo ofrece mayores garantías de seguridad y salud en el trabajo. Permitiendo a los agentes sociales tomar en consideración los procesos de innovación tecnológica empresarial y, por supuesto, la evaluación de nuevos riesgos que pudieran surgir al alterarse el sistema productivo o la relación laboral (teletrabajo). Es un proceso de mejora de las condiciones laborales de la que, indudablemente, es necesaria la conformidad conjunta de empresa, sindicatos o representación de los trabajadores. Por tanto, en un ejercicio de consenso y concienciación por el evidente proceso de transformación digital, podrían reforzar el derecho a la seguridad y salud laboral del trabajador.

Pese a ello, y tras la comprobación de los datos estadísticos, se puede sostener que este papel de la negociación colectiva en un espacio concreto, la gestión de los riesgos psicosociales asociados al uso de las TIC no ha alcanzado el protagonismo que merece.

Sin embargo, es posible destacar algunos ejemplos positivos sobre esta regulación. Por un lado, un claro ejemplo de recomendación para disminuir la fatiga tecnológica o estrés (entendido en todas sus manifestaciones) incrementando el bienestar del trabajador es el Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro. En primer lugar y como materia anexa a la prevención de riesgos, se caracteriza por ser

un convenio bastante comprometido en cuanto a garantizar la desconexión digital de los trabajadores. Y en segundo lugar, constituye el primer convenio que se aprobó tras la entrada en vigor del RD-L 28/2000. Si bien es cierto que constituye un convenio con un contenido amplio y que concreta acertadamente conceptos de complejidad del RD-L (actual Ley 10/2021), no es el caso de la prevención de riesgos. Y ello pese a que, en un claro ejemplo de desacierto, no se establece previsión alguna sobre los riesgos emergentes o respecto a los riesgos psicosociales más comunes. La única referencia destacable es cuando se refiere al cambio del puesto de trabajo o la aplicación de una nueva técnica que pueda generar riesgos se interpela a la empresa una formación práctica y adecuada sobre prevención. De una interpretación amplia del artículo se puede llegar a la conclusión que, implícitamente, puede entenderse referido al teletrabajo, por las características que entraña. Curiosamente y fuera del contenido preventivo del convenio, señala en el art. 14.4 dedicado a las particularidades del teletrabajo una recomendación para evitar el aislamiento del trabajador. Estima conveniente que, pese a que el trabajador elija el teletrabajo, mantenga un vínculo presencial con su unidad de trabajo y la empresa para evitar el aislamiento domiciliario. Despierta el interés porque pese a exteriorizar la preocupación por la salud psicológica del trabajador no desarrolla ningún apartado específico sobre esta cuestión.

Por otro lado, con idéntico escaso interés por el respeto a los riesgos psicosociales, el Convenio Colectivo de Telefónica prevé en su art. 170 bis una recomendación para puestos de trabajo con pantallas de visualización. Para aquellos trabajadores que presten sus servicios en call center y los que se desarrollen de forma ininterrumpida en pantallas de visualización de datos, establece tres descansos de 10 minutos. Estos periodos de descanso son adicionales al periodo de descanso que fija el ET en el art. 37. Aunque refleja su limitación a la posibilidad de ser acumulables con otros tipos de descanso. Su efectivo disfrute debe producirse en el puesto de trabajo. En los mismos términos se expresa el Convenio Colectivo Provincial de Trabajo para la actividad de Oficinas y Despachos de la Diputación de Ávila. En su art 18., determina que, tomando en consideración la Nota Técnica Preventiva (en adelante,

NTP) sobre utilización de equipos con pantallas de visualización, se permite el disfrute de un descanso de 20 minutos para jornadas de trabajo parcial. Y, descansos de 30 minutos, para jornadas continuadas pudiendo ser distribuido en dos periodos de 15 minutos.

Por el contrario, una apuesta importante mediante la formación sobre los riesgos asociados al teletrabajo se sostiene en el Convenio Colectivo de Teleinformática y Comunicaciones. En su anexo II establece que el teletrabajo no debe suponer menoscabo alguno para su formación, sino que, antes, al contrario, justifica una formación específica en este sentido. Además, manifiesta que el objetivo de establecer una “una formación adecuada y de calidad que facilite y capacite al empleado y empleada para el uso de las herramientas básicas del Teletrabajador o Teletrabajadora haciendo especial énfasis en el Correo Electrónico, en los entornos de trabajo corporativos y en las cuestiones psicosociales precisas para una correcta adecuación al nuevo entorno laboral”. Lo que supone un gran ejercicio de concienciación sobre los riesgos asociados a las TIC. Constituye un convenio colectivo con un contenido nítido y bastante completo, ya que aborda prácticamente todos los “puntos negros” de la prevención en el trabajo a distancia. Ejemplifica de forma gráfica al igual que las NTP las recomendaciones ergonómicas y concreta acertadamente los descansos para evitar la fatiga informática. En este sentido, propone cambiar periódicamente de postura y realizar descansos de 5 a 10 minutos cada dos horas de esfuerzo visual continuo evitando actividades de lectura durante este periodo.

5. DISCUSIÓN

Los datos que arroja la estadística se constatan en paridad con el estudio de un gran número de convenios colectivos. En los resultados obtenidos se ha podido constatar que la negociación colectiva ha participado intensamente en la prevención de riesgos psicosociales como el acoso

discriminatorio³⁴ y la violencia en el lugar de trabajo³⁵. Pero que, la concreción de los riesgos psicosociales a través del convenio colectivo se ha adoptado de manera muy distinta y con un ámbito de protección diferenciado³⁶. Así, se deja patente que no existe una definición concreta sobre los riesgos psicosociales, tratándose de forma genérica³⁷, como limitándose en gran medida a reconocer el derecho a la salud física y psicosocial del trabajador³⁸. Se prioriza la regulación de acoso psicológico o moral, sexual, incluyéndolos en los planes de igualdad³⁹ con el fin de evitar el sesgo de género como factor de riesgo psicosocial (Grau Pineda, 2017), a través del proceso de evaluación preventiva⁴⁰.

³⁴ Convenio colectivo de Recuperación de Materiales Diversos, SA., BOE núm. 219, de 14 de agosto de 2020. Convenio colectivo de Innometal 2019, SL., BOE núm. 134, de 13 de mayo de 2020. Convenio colectivo de EDF Fenice Ibérica, SLU., BOE núm. 134, de 13 de mayo de 2020.

³⁵ Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio, BOE núm. 62, de 11 de marzo de 2020.

³⁶ Agra Viforcós precia una falta de ambición por una regulación que ha prescindido del tratamiento transversal que requiere la prevención de riesgos laborales, como, por ejemplo, en la “lucha contra los riesgos psicosociales”, Agra Viforcós, B. (2009) La prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal, Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos, (316), p.121.

³⁷ En este sentido: Convenio colectivo de Siemens Healthcare, SLU, BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2020. XIX Convenio colectivo del sector de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos, BOE núm. 251 de 18 de octubre de 2019. Convenio Colectivo del Sector de Oficinas y Despachos de la provincia de Burgos a la Comunidad Autónoma de Cantabria para el periodo 2019-2022, BOC núm. 235, de 5 de diciembre de 2019. Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, BOE núm. 130, de 1 de junio de 2017.

³⁸ A esta conclusión llega Arrieta Idiákez tras un análisis de 186 convenios colectivos de distintos ámbitos publicados entre enero y diciembre de 2020, en Arrieta Idiákez, F. J. (2020) Negociación colectiva y prevención de riesgos psicosociales, Revista LanHarremanak, (44), pp. 238-277.

³⁹ Convenio Colectivo Diario El Correo, SAU año 2020. BOPV núm. 246, de 10 de diciembre de 2020. Convenio colectivo del sector de la Industria, la Tecnología y los Servicios del sector del metal de la provincia de Zaragoza (BOPZ de 13 de noviembre de 2020)

⁴⁰ Convenio colectivo estatal de centros y servicios veterinarios, BOE núm. 219, de 14 de agosto de 2020. IV Convenio colectivo del Grupo Zena, SL., BOE núm. 212, de 6 de agosto de 2020. Resolución de 21 de julio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo de Movistar+, (DTS, Distribuidora de Televisión Digital, SA; Telefónica Audiovisual Digital, SLU y Compañía Independiente de Televisión, SL), BOE núm. 208, de 1 de agosto de 2020. Convenio colectivo de Nordex Energy Spain, SAU (centros de Navarra y Castellón), BOE núm. 134, de 13 de mayo de 2020. Convenio

Pero, sin embargo, el tratamiento específico en cuanto a la prevención de los riesgos psicosociales vinculados a las nuevas tecnologías pasa desapercibido en la negociación colectiva. La negociación colectiva podría integrar en los convenios colectivos, si quiera, el respeto de la desconexión digital a través de cláusulas que garanticen su cumplimiento. Reconocer y respetar el derecho a la desconexión digital contribuiría a garantizar la salud del trabajador. Se podría alcanzar el equilibrio entre la conciliación laboral y familiar, el derecho al descanso y la salud del trabajador. Teniendo especial trascendencia en una modalidad como el teletrabajo. Incluso, pudiendo en la medida de lo posible prever y evitar la hiperconexión, la exposición continuada ante pantallas de visualización, el estrés generado por las interrupciones de herramientas tecnológicas (mail, WhatsApp, Zoom) o las comunicaciones fuera de la jornada laboral y recibidas por tales medios.

6. CONCLUSIONES

Como reflexión final, se refleja desafortunadamente, que la aportación de la negociación colectiva en prevención de riesgos en general y, en prevención de riesgos psicosociales emergentes en particular, es insuficiente y alejada de criterios de innovación. Es por ello por lo que podría ser el momento perfecto en el que los agentes sociales (sindicatos y patronal) den un paso adelante y asuman el protagonismo que le ha otorgado el legislador para que, a través de la negociación colectiva, configure el mejor modo de atender el respeto de un derecho digital como es la desconexión digital. Ya que de esta forma también estará conjugando un respeto a la seguridad y la salud del trabajador y, posiblemente, consiguiendo minimizar la incidencia de las TIC en el trabajador.

El papel de la negociación colectiva en esta nueva era digital ha de ser un papel proactivo que enfrente los problemas tecnológicos que se suscitan en las empresas y que repercuten en los derechos de la clase trabajadora y, especialmente, en su salud y bienestar, pero también en

colectivo de Lyntia Networks, SAU., para los centros de trabajo de Madrid y A Coruña, BOE núm. 307, de 23 de noviembre de 2020.

materia de conciliación. Precisamente es la propia norma la que les otorga un papel destacado (Gutiérrez-Solar, 2018), considerando que deben ser los protagonistas a la hora de abordar los nuevos derechos digitales de las personas trabajadoras. Han de actuar sobre cada campo de acción, con visión futurista ante los innegables avances en cada ámbito productivo desarrollando una agenda digital y tecnológica y ser capaces de adaptar este derecho a las diferentes situaciones que en la práctica se dan (Álvarez Cuesta, 2019). Y, precisamente por ello, son los dignos poseedores del testigo que el legislador les arroja en cuanto a plantear convenios colectivos innovadores en este sentido que puedan ofrecer las fórmulas necesarias para implantar los nuevos retos de este proceso de metamorfosis digital en la empresa.

7. BIBLIOGRAFÍA.

- Álvarez Cuesta, H. (2019). El diálogo social y la negociación colectiva como herramientas para lograr una transición digital justa”, *Lan Harremanak: revista de relaciones laborales*, (42), p. 8.
- Álvarez de Sotomayor, L. D. (2020). Riesgos psicosociales y tecnoestrés en el teletrabajo desde casa, *Revista trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, (extra-12), p. 14.
- Agra Viforcós, B. (2009). La prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal, estudios financieros, *Revista de trabajo y Seguridad social: comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, (316), p.121.
- Eurofound (2020). *Telework and ict-based mobile work: flexible working in the digital age, new forms of employment series*, Publications office of the European Union, Luxembourg, p. 8 y ss.
- Fernández Ramírez, M. (2020) Sobre la eficiencia actual del modelo normativo español de prevención de riesgos laborales. en especial a la luz de los nuevos retos 4.0, *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, (153), p. 123.
- Fernández Villazón, L.A. (1997). Vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador. (comentario al art. 22 de la ley de prevención de riesgos laborales), *Civitas: Revista Española de Derecho del Trabajo*, (82), 221-248.

- Gutiérrez-Solar Calvo, B. (2018). De la prevención de riesgos a la promoción de la salud en el trabajo: avances en la negociación colectiva, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, (138), p. 138.
- Grau Pineda, C. (2017). Sobre la imperiosa necesidad de incorporar el sesgo de género en la gestión de los riesgos psicosociales, *Estudios financieros-Revista de Trabajo y Seguridad Social - comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, (408), 23-58.
- Griffiths, a. Leka, s., y Cox, t. (2004). *La organización del trabajo y el estrés: estrategias sistemáticas de solución de problemas para empleadores, personal directivo y representantes sindicales*, Ginebra: Organización Mundial de la Salud.
- Jay, T. (1981). Computerphobia: what to do about it? *Educational Technology*, (21), pp. 47-48.
- Mella Méndez, I. (2020). Los retos de la prevención de riesgos laborales ante la digitalización de la empresa y las nuevas formas de trabajo, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, (229), p. 3.
- Mercader Uguina, J.R. (2018) Riesgos laborales y transformación digital: hacia una empresa tecnológicamente responsable, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, (23), p. 104.
- Molina González, J.L. (1995). Implantar con éxito el teletrabajo en la empresa, *Revista alta Dirección*, (184), pp. 81-94.
- Sabadell i Bosch, M., y Rimbau Gilabert, E. (2020). La prevención de riesgos laborales ante la digitalización, *Capital humano: Revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos*, (352), p. 15 y ss.
- Salanova, M. (2007) nuevas tecnologías y nuevos riesgos psicosociales en el trabajo, 28 de abril - *Revista Digital de salud y Seguridad en el trabajo*, (1), p. 6.
- Salanova, M., Cifre, E., y Martín, P. (1999). El proceso de ‘tecnoestrés’ y estrategias para su prevención, *Revista Prevención, Trabajo y Salud*, (1), 18-28.
- Romeral Hernández, J. Disposiciones sobre riesgos psicosociales específicos, en VV.AA. (2010). El tratamiento convencional de los riesgos psicosociales: estado actual y nuevas propuestas, *Observatorio permanente de riesgos psicosociales UGT-CEC*, pp. 62-67. Recuperado de <https://bit.ly/3byb6at>
- VV.AA. (2004). La adicción al trabajo. Nota técnica de prevención.

MEASURING THE RIPPLE EFFECT: A SIMULATION BASED STUDY OF SUPPLY CHAINS RESILIENCE USING NEW METRICS

LAURA TOBAJAS MACHÍN
University of Seville

ROBERTO DOMÍNGUEZ CAÑIZARES
University of Seville

CARLA TALENS FAYOS
University of Seville

VÍCTOR FERNANDEZ-VIAGAS
University of Seville

1. INTRODUCTION AND OBJECTIVES

The growth of supply chains (SCs) and their interconnectedness, coupled with the competitive business environment and the pressure for cost reduction, has led to the outsourcing and offshoring of many manufacturing activities, putting an enormous pressure on operations to maintain undistracted and stable environments. This objective, however, also increases their vulnerability to disruptions, which consequently increases the operational and financial impact of such disruptions (Zsidisin et al., 2005). Therefore, the study of the consequences of disruptions, such as the well-known Ripple Effect, has gained prominence in the recent years, and numerous authors have begun to develop research studies in order to understand and prevent these effects (see e.g. Dolgui & Ivanov, 2021; Li et al., 2021; Katsaliaki et al., 2021; Xu et al., 2020...).

SC disruptions have a major negative impact on the financial and operational performance of the different SC echelons as well as on the overall SC (Xu et al., 2020). For this reason, of the many possible

classifications of disruptions, a very interesting one is that of Ivanov in 2017 (Ivanov et al., 2017). He classifies disruptions according to their location impact in the chain, i.e., which part of the SC they affect. Thus, disruptions can affect transportation, production echelons or supply echelons. This classification facilitates their modelling.

This study focuses on disruptions affecting production echelons. In particular, the disruption studied is an alteration in the production of the factory-echelon. This alteration is understood in the following sections as a total interruption of its production capacity. Therefore, its consequence is the factory-echelon being unable to supply the following echelons in the SC. This phenomenon responds to possible real situations such as: fires in the factory, strikes, natural disasters in the vicinity of the factory, blackouts... If the inability to supply caused by the original disruption affecting the factory propagates downstream and affects other nodes in the chain, the Ripple Effect phenomenon takes place (Dolgui et al., 2017).

The increase in the likelihood and magnitude of disruptions in the recent years leads to scenarios with wide and serious consequences, and with great study interest. The most recent scenario (not already finalized in 2021) and biggest in terms of economics and involvement is the one caused by COVID-19. The pandemic has been one of the biggest challenges in the recent years leading to disruptions not only in the health SC system but in a wide range of SCs with consequences that continue to be noticed today. *“COVID-19 pandemic is viewed as a new type of disruption quite unlike any seen before”* (Ivanov and Das, 2020). This global pandemic has clearly demonstrated the key role of SCs in the safe provision of goods and services to society (Ivanov and Dolgui, 2021).

Many of the disruptions derived from the pandemic caused Ripple Effect. The inactivity of some sectors of the worldwide industry led to shortage of different products in the retailers all over the world. To offer a recent example, a headline of the Washington Post reads: *“The global semiconductor shortage that has paralyzed automakers for nearly a year shows signs of worsening, as new coronavirus infections halt chip assembly lines in Southeast Asia, forcing more car companies and*

electronics manufacturers to suspend production” (The Washington Post, 2021). There are also smaller examples of disruptions that caused a Ripple Effect recently in many SCs, for instance, the exit of the United Kingdom from the European Union. The days before the official exit many trucks were trapped in the English Channel between France and England, as the fear of not reaching a pact with the European Union made the retailers and consumers increment their purchases and orders causing traffic congestion. These phenomena led to delays in many SCs as a cause of the inability of the truck drivers to reach the United Kingdom (the normal functioning of the SC had stopped) (DW, 2020). It is also well known the case of the containership blocking the Suez Canal causing shortage in numerous SCs and leading to enormous economic losses (Business Insider, 2021).

Thus, the different events occurring lately, and their enormous consequences have put the study of disruptions and the Ripple Effect in the spotlight. One of the biggest challenges in the study of the Ripple Effect is the definition of metrics to quantify this phenomenon. This study aims to provide a new form of metrics in order to systematically analyse and quantify the magnitude of the Ripple Effect over a wide variety of SC configurations. The majority of the metrics used in previous works are based on individual observations of the Ripple Effect, which is hardly generalizable due to the uncertainty and stochasticity of some of the processes involved in SCs. The methods and metrics described in this study allow to automatically determine the impact of the disruption along the chain over any number of observations for a generalization of the results obtained. Therefore, statistical analysis can be employed to determine the impact of different SC configurations on the magnitude of the Ripple Effect. This study takes advantage of the proposed metrics to perform a set of experiments using a simulation-based four-echelon SC model. As a result, the impact of several factors such as disruption period, demand’s standard deviation, lead times and demand forecast method on the Ripple Effect is addressed using statistical analysis.

The rest of the document is organized as follows:

In Section 2 there is a brief literature review about the concepts of disruption and Ripple Effect and the different focus areas and

contributions in SC disruptions. In Section 3 there is an explanation of the model built representing a specific SC of 4 echelons and 4 nodes, along with the justification of the metrics employed as a new way of approaching the Ripple Effect measurement. In Section 4 results obtained after simulation are presented and commented highlighting the most important conclusions. In Section 5 there is a compilation of those conclusions leading to managerial insights. In Section 6 the limits of this study are defined and some key future directions of the next steps in the study of the Ripple Effect are presented. Finally, Section 7 contains the references.

2. STATE OF ART

This field of study is recent; however, there are many ways to approach disruptions and their consequences on the SC (Dolgui et al., 2018). This section is organized as follows. First, a proper classification and definition of disruptions in the literature is discussed, followed by an extended definition of the term Ripple Effect. After that, studies are classified based on the quantification of the impact of disruptions on SCs (with special interest in the existing measurements of the Ripple Effect).

2.1. DISRUPTIONS

SC Design has been a clearly visible and influential topic in the field of SC management over the past two decades (Ivanov et al., 2015). The risks of demand and supply uncertainty are a business-as-usual situation that SC managers deal with. These risks are known as operational risks (Chopra et al., 2007; Wilson, 2007; Singh et al., 2012; Ivanov et al., 2015). Disruptive risks represent a new challenge for SC managers. Disruptions are the direct consequence of an infrequent event that can significantly affect the chain (disruptive risks/events). Sheffi and Rice already highlighted almost 17 years ago the involvement of the SC in the terrorist attack of 11 September 2001, giving examples of the disruptions generated on the operations of Ford and Toyota (see Sheffi and Rice, 2005). As a more recent example, the industrial stoppage in 2019 in China for reasons derived from Covid-19 meant that factories

stopped producing and delivering orders to the next echelons in the SC. This stoppage of one echelon (disruption) in the chain is a direct consequence of a rare but potentially high-impact event such as Covid-19 (disruptive risk/event).

As already mentioned, disruptions can be classified in different ways. There are numerous classifications in the literature. Katsaliaki made a clear and concise compilation, and the classification presented below is based on it (see Katsaliaki et al., 2021):

- Part of the chain affected by the disruption: production, supply, and transportation disruptions (Ivanov et al., 2017).
- Type of disruptive event: disasters (e.g. natural disasters, terrorism, war, etc.), delays (e.g. inflexibility of supply source), systems (e.g. information infrastructure breakdown), forecast (e.g. inaccurate forecast, bullwhip effect, etc.), intellectual property (e.g. vertical integration), procurement (e.g. exchange rate risk), receivables (e.g. number of customers), inventory (e.g. inventory holding cost, demand and supply uncertainty, etc.) and capacity (e.g. cost of capacity) (Chopra and Sodhi, 2014).
- Nature and source of the disruptive event: process risk, control risk, demand risk, supply risk and environmental risk (Christopher and Peck, 2004).
- Nodes originally impacted by a disruption: a SC can be individually impacted, partly impacted, globally impacted (Sawik, 2014).

The disruption that has been modelled for this study affects production (production capacity is interrupted). The original disruptive event is not relevant for the development of this work, but it could respond to different disasters such as wars, fires, floods, pandemics, etc. The disruptive event can also be related to process risks or supply risk depending on the echelon studied. In addition, the SC is originally impacted individually (only one echelon is affected). However, propagation can occur, and the SC can end up being partially or globally impacted.

2.2. RIPPLE EFFECT

As there are many types of disruptions, there are also many consequences of such disruptions that need to be considered. One of the most important consequences and the focus of this study is the Ripple Effect.

Disturbances originated at a particular point have the potential to pass to the next echelons of a SC with possible amplification effects (Wu et al., 2007). The best known and most studied amplification phenomena along the chain is the Bullwhip Effect (Chen et al., 2000). However, this phenomenon is mainly linked to the risks of demand and supply uncertainty and occurs from downstream to upstream. Moreover, its impact on the chain is usually smaller than that caused by other types of disruptive events (Dolgui et al., 2018).

While the Bullwhip Effect is often associated to low-impact high-frequency events, the Ripple Effect, on the contrary, is associated to high-impact low frequent events (Dolgui et al., 2018; Dolgui et al., 2020). The Ripple Effect occurs when a high impact disruption, instead of remaining localised or being contained to one part of the SC, cascades downstream and impacts the performance of part or even the entire SC (Dolgui et al., 2018). Although the Ripple Effect can be caused by any type of disruption, not every disruption causes Ripple Effect. In addition, disruptions do not always propagate along the SC.

There is no unanimous definition for the Ripple Effect among authors, but the phenomenon is commonly associated with the propagation of disruptions which are related to the inability to supply correctly from node to node from upstream to downstream (see e.g. Dolgui et al., 2018; Dolgui et al., 2020; Ivanov, 2017; Ivanov et al., 2015). Less frequently, the term Ripple Effect is used to refer to other types of propagations within the chain, e.g., disruptions propagating from downstream to upstream, erroneous orders, wrong information, a sudden enormous increase/decrease of demand... (see e.g. Katsaliaki et al., 2021; Li and Zobel, 2020)

In this paper, the Ripple Effect refers to the propagation of the inability to supply, as a cause of shortage, from node to node downstream of the chain.

2.3. MEASURING THE IMPACT OF THE RIPPLE EFFECT

Many authors have studied the impact of different disruptions in the SC. Specifically, the Ripple Effect has been approached mostly from a temporal perspective using a variety of different simulation models and metrics. Finding a way to quantitatively measure how these disruptions affect the chain is a difficult task.

Many authors have relied on the analysis of chain performance indicators already studied and widely used in the business world, such as the Service Level (see e.g. Monostori, 2021; Sawik, 2016). Something similar was done by Arrate Llaguno with a service level calculated for each node of the chain, not only for the retail node, as usual (see Llaguno et al., 2021). In addition, others have used chain performance variables such as inventory levels, backorders, and total costs (see e.g. Nair and Vidal, 2011). Time related indicators are also used, such as lead-time ratio (see e.g. Losada et al., 2012), out-of-service time (see e.g. Carvalho et al., 2012), and on-time deliveries (see e.g. Rajesh, 2016). It is also common to find authors who take certain chain characteristics (size of the largest connected component, average path length, number of healthy nodes) as indicators and generate metrics from them (see e.g. Li and Zobel, 2020).

Some network-level financial indicators such as costs, inventory levels or sales required more assumptions in order to build a suitable model than others (Li and Zobel, 2020). Using assumptions is often an impediment for generalisation. It is also a difficult task to interpret whether a node is being affected by a disruption or not, constraints are needed for the metrics used in order to establish a turning point between a normal functioning period and disrupted period. Visual graphs are a common resource among authors, but replications are consequently not possible. Therefore, generalizing results becomes an enormous challenge.

This study aims to deepen in the study of the Ripple Effect, proposing an automated methodology (which will allow many replications) to discover how the disruption is propagating along the SC. More specifically, the proposed metric is based on time related indicators and a parameter (the accumulated orders not yet supplied, *backlog*) which is

not based in assumptions such as hypothetic costs. Therefore, this study fills a gap in the existing literature providing a new methodology for the study of the Ripple Effect. It is also based on the term infection introduced by Li and Zobel (Li and Zobel, 2020), which provide a new perspective of analysing the Ripple Effect. According to this work, an infected node is one which is being affected by the propagation. The methodology proposed in this study will identify the nodes being infected and the duration of such infection.

3. METHODOLOGY

The methodology employed in the study is explained in this section, which is organised as follows. First, we encounter an introduction to the model that has been developed for the purpose of the study, together with some initial assumptions. Next, the main variables and constants of the model are described in detail. Afterwards, the dynamics and operation model of the simulation is walked through, explaining the main equations. Subsequently, the modelling of the disruption that has been studied is detailed. The next subsection details the proposed new form of metrics and afterwards the metric used in this study is presented. The section concludes with the design of experiments to test the new metric against different factors.

3.1. INTRODUCTION TO THE MODEL

In order to analyse the Ripple Effect derived from a disruption it has been necessary to develop a simulation model that emulates the operation of a SC. This model has been created with the software MATLAB, a computational tool widely used in engineering.

This is a 4-echelon serial supply chain, i.e., one node at each step: retailer, wholesaler, distributor, and factory. Some assumptions were made on the basis of the existing literature:

1. Customer demand is assumed to be stochastic, modelled as a random variable following a normal distribution.

2. The flow of product units in each echelon is governed by an order-up-to policy which is widely used in real-world supply chains.
3. The lead time is modelled as a deterministic factor.
4. We assume that each node dynamically updates the forecast of incoming demand using an n-period moving average technique.
5. A hypothetical node 5 will be used as an endless source providing the factory.
6. Backlogging is permitted in every node of the SC, the demand must be fulfilled sooner or later (this variable is the basis of the new metrics proposed in this study)

3.2. KEY VARIABLES AND CONSTANTS

The main variables, parameters and constants that are key to understanding the dynamics of the chain are listed below.

Since most of the variables present are defined at all nodes, the subscript j is used to compact the equations used.

$$j = 1,2,3,4$$

- $j=1$, referring to the retailer.
- $j=2$, referring to the wholesaler.
- $j=3$, referring to the distributor.
- $j=4$, referring to the factory.

Table 2. Key variables and constants.

KEY VARIABLES AND CONSTANTS	DESCRIPTION
$I_j(t)$	Inventory level held by node j in period t.
$WIP_j(t)$	Work in progress in node j in period t.
$\delta_j(t)$	Quantity of product units delivered by node j, in each period t.
$B_j(t)$	Backlog held by node j in period t.
$O_j(t)$	Number of product units that node j orders from node j+1, in period t.
$SS_j(t)$	Security inventory that node j intends to hold in period t.
d(t)	Quantity of product units demanded by the final customer in period t.
LT	Number of minimum periods required for one product to travel between nodes (Minimum Lead Time).
$\overline{LT}_j(t)$	Moving average of the Lead Time from node j+1 to node j in period t. (Real Lead Time).
$\bar{d}_j(t)$	Moving demand by node j-1 in period t. In the case of j=1, the demand corresponds to the final customer.
$\bar{\sigma}_j^d(t)$	Moving standard deviation by node j-1 in period t. In the case of j=1, the demand corresponds to the final customer.
R	Constant value used in the Safety Stock calculation.
Z	Safety factor used in the Safety Stock calculation.
M	Number of previous periods used in the calculation of the moving average Lead Time.
DT	Number of disrupted periods.
μ	Average demand used to model demand of the final customer.
σ	Standard deviation used to model demand of the final customer.
N	Number of previous periods used in the calculation of the moving average demand.
n	Number of periods simulated
$INF_j(t)$	Status of the node j in period t : affected by Ripple Effect (=1), or not (=0).

Source: own elaboration

3.3. MODELLING DYNAMICS AND OPERATION

The operation and structure of the model is detailed below.

The dynamics of the chain are implemented as a MATLAB's function whose input arguments are the time before the disruption, the time after the start of the disruption, the duration of the stoppage of the factory, the minimum Lead Time (LT), the factor M , the parameter N , the factor Z , the standard deviation of the final customer demand (σ) and the average of the final customer demand (μ). And whose output arguments are 4 vectors containing 1 or 0 in each period depending on whether the node j ($j=1,2,3,4$) is *infected* or not.

In each period, different operations are performed in a specific order at nodes 1, 2, 3 and 4. This process is repeated for the N periods simulated. The equations used are detailed below. It is important to mention that all relevant operations are first performed for node 1, then for node 2, and so on.

$$j = 1,2,3,4.$$

Before these equations are applied, updates of the moving average demands and Lead Times are made.

1. Calculation of the Safety Stock at the beginning of the working period:

Equation 1. Safety stock

$$SS_j(t) = \text{round}((\overline{LT}_j(t) + R) * \bar{d}_j(t) + Z * \sqrt{(\overline{LT}_j(t) + R) * \bar{\sigma}_j^d(t)})$$

2. Inventory update after products arrival:

Equation 2. Inventory update 1

$$I_j(t) = I_j(t - 1) + \delta_{j+1}(t - LT)$$

3. Work in Progress update after products arrival:

Equation 3. Work in progress update 1

$$WIP_j(t) = WIP_j(t - 1) - \delta_{j+1}(t - LT)$$

4. Delivery to the final customer (Specific equation from node 1):

Equation 4. *Delivery to the customer*

$$\delta_j(t) = \min(I_j(t), d(t) + B_j(t - 1))$$

5. Delivery to the node j-1 (Specific equations from nodes 2,3 and 4):

Equation 5. *Delivery*

$$\delta_j(t) = \min(I_j(t), O_{j-1}(t - 1) + B_j(t - 1))$$

6. Inventory update after delivery:

Equation 6. *Inventory update 2*

$$I_j(t) = I_j(t) - \delta_j(t)$$

7. Backlog update of node j after delivery to final customer (Specific equation from node 1):

Equation 7. *Backlog of the final customer*

$$B_j(t) = B_j(t - 1) + d(t) - \delta_j(t)$$

8. Backlog update of node j after delivery to j-1 (Specific equation from nodes 2,3 and 4):

Equation 8. *Backlog*

$$B_j(t) = B_j(t - 1) + O_{j-1}(t - 1) - \delta_j(t)$$

9. Orders from node j to node j+1 at the end of the working period:

Equation 9. *Order*

$$O_j(t) = \max(0, SS_j(t) - I_j(t) + B_j(t) - WIP_j(t))$$

10. Work in progress update after order placed.

Equation 10. *Work in progress update 2*

$$WIP_j(t) = WIP_j(t) + O_j(t)$$

11. In addition, after the calculations of node 4, a hypothetical, non-existent node (node 5) has to be created in which the following operation is performed:

Equation 11. *Hypothetical delivery*

$$\delta_5(t) = O_4(t - 1)$$

3.4. MODELLING THE DISRUPTION

In this study, a disruption in the form of an interruption of production capacity in the factory has been modelled. It is a controlled disruption in which its duration will be a factor to be studied and whose values can be found in the design of experiments section.

The disruption will start in a certain known period and will end in another certain known period. Since the main interest is to study the Ripple Effect, a type of disruption that affects the ability to supply the next nodes in the chain has been used. The objective is to see what happens in the operation of the factory and in the rest of the nodes of the chain after stopping production. This disruption can respond to a breakdown in the machinery, among other disruptive events. The inventory of the factory is not altered due to the disruption, but it will not be able to increase during the stoppage. Other assumptions could have been taken within the framework of the type of disruption we are interested in, such as also eliminating the existing inventory in the factory or just eliminating the ability to supply directly between the factory and other nodes.

3.5. WORKING PRINCIPLE OF THE NEW METRICS

As it was mentioned before, different researchers have used different metrics to measure the Ripple Effect, and there is no consensus among the scientific community to analyse it. The aim of these new metrics is to provide a measure of the Ripple Effect over several observations of the same configuration of the supply chain, thus allowing to obtain more generic conclusions. As well as make the least assumptions as possible using a variable of the model itself in order to quantify the existence of Ripple Effect.

To be able to analyze propagation of the Ripple Effect, we need an indicator of the state of each node in the chain that allows us to define whether it is being affected by shortage due to the modelled disruption or not. A version of the Service Level was used initially (based on the existing literature) in which this ratio was calculated for each existing node in the chain. However, if the Service Level was to be used, it would be necessary to set a minimum Service Level at each node that would tell us whether the node is experiencing shortage, which will require assumptions.

Therefore, as already anticipated in other sections, the indicator that this study examines is the backlog variable of each node. As a recall, the equations referring to backlog are:

Equation 12. *Backlog updates*

$$B_j(t) = B_j(t - 1) + d(t) - \delta_j(t)$$

$$j = 1.$$

$$B_j(t) = B_j(t - 1) + O_{j-1}(t - 1) - \delta_j(t)$$

$$j = 2,3,4.$$

If the backlog is greater than zero, we are facing shortage. However, this shortage can occur in the chain more or less frequently due to the uncertainty of a changing demand and the amplification of orders due to the Bullwhip Effect. We recall what Lee wrote, that the variance of orders tends to be higher than that of sales and that this distortion tends to increase as one moves upstream in the chain (Lee et al., 1997). This implies that the chain may indeed experience shortages. The challenge then arises to differentiate whether a node facing shortage is being affected by Ripple Effect or not. What is proposed in this study is to use a series of time restrictions to delimit those shortages corresponding to Ripple Effect.

Since we know the beginning and location of the disruption, and we know the number of minimum periods it takes for an order to get from one node to another, we can establish a hypothetical start of the shortage at the next node. In other words, if the disruption we are modelling

starts in period 1000 at the factory (modelled as a node 5 that stops working), node 4 may be affected by shortage from period 1000 plus the lead time.

Equation 13. *Possible initial start of infection in node 4*

$$T4 = 1000 + LT$$

Moreover, knowing the last period of the disruption in the factory, we also know the first period in which the next node can no longer start to be affected by a shortage derived from that modelled disruption.

Equation 14. *Last possible start of infection in node 4*

$$T4' = 1000 + DT + LT$$

Therefore, the beginning of the shortage will be between periods $T4$ and $T4'$. If between those periods the backlog variable starts to be greater than zero, we will be facing Ripple, i.e., the node will start to be *infected*.

Moreover, the first infected period of a node does not have to coincide with $T4$ since the nodes will have a safety stock equal or greater than zero that could allow them to hold on during certain periods before running out of stock.

When this node 4 runs out of stock, its backlog will start to be greater than zero and a variable called $INF4$ will have value 1. Thus, from this infection period of node 4 plus the transport time we obtain the hypothetical start of infection of node 3.

Equation 15. *Possible initial start of infection in node 3*

$$T3 = \text{FIRST INFECTED PERIOD OF NODE 4} + LT$$

On the other hand, once the shortage in node 4 is over and knowing the transport time we obtain $T3'$.

Equation 16. *Last possible start of infection in node 3*

$$T3' = \text{LAST INFECTED PERIOD OF NODE 4} + LT$$

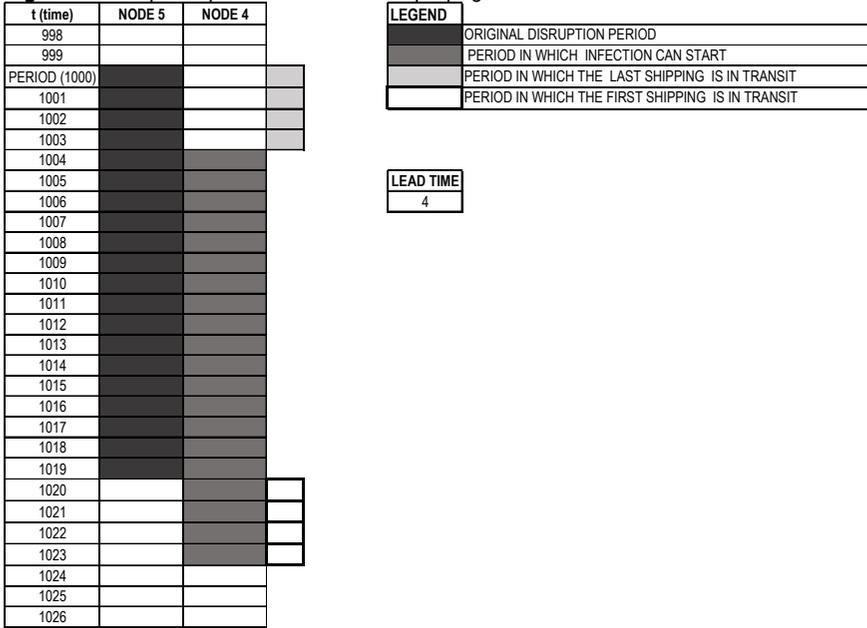
Therefore, we already know that the infection of node 3 could start between T_3 and T_3' . By repeating this process for all the nodes of the chain, we can delimit the beginning of the shortage derived from the initial rupture and know more data of this Ripple Effect or propagation of disruptions.

It is also important to mention that the infection of each node will last until its Backlog returns to the value zero. In addition, more restrictions are used to secure those nodes cannot be infected twice in one simulation.

To facilitate the comprehension of the restrictions explained above a time diagram is used as follows:

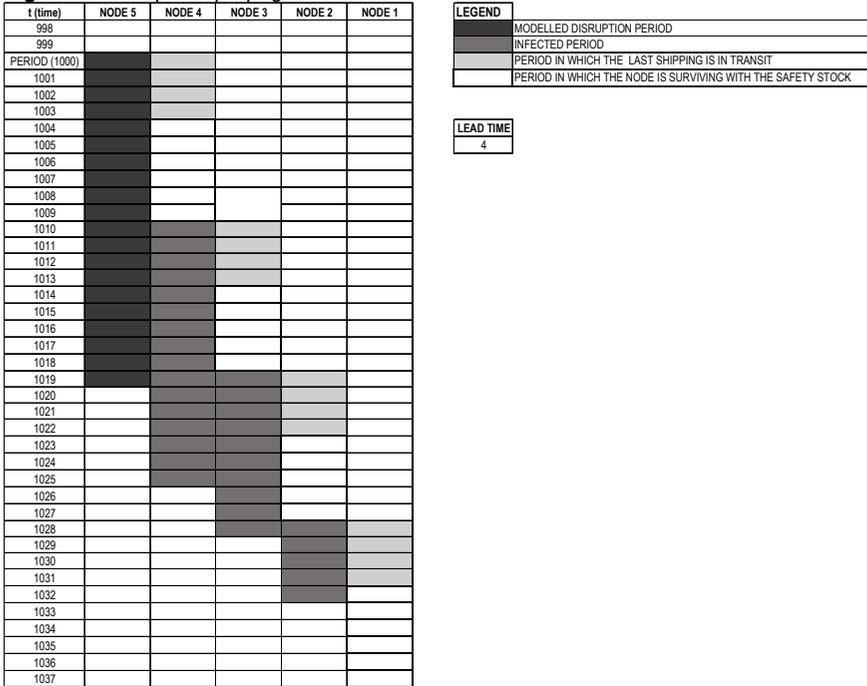
In **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** it is shown the first step of the restriction's dynamics. In black we find the periods modelled to be originally disrupted; we know when it starts and when it ends. In light gray we find the periods in which the last shipping before disruption is in transit; recall that the minimum lead time between nodes, in this case, is 4. There are also marked with a thick line the periods in which the first shipping after disruption is in transit. Therefore, the periods in dark grey are those in which infection of node 4 could start. It will not be earlier (it may occur that the node 4 had already positive backlog, shortage, but it will not be shortage derived from the original disruption) and it will not be later (it may occur that the node 4 started with shortage later on in the simulation, but it will not be derived from the original disruption).

Figure 2. Example of possible starts of the propagation



In **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** we can find the next steps, where we need the information of the last node to restrict the periods in which infection can start. It is shown an example of a possible scenario resulted after simulation. The diagram is compacted in order to easily understand all the information.

Figure 3. Example of propagation



3.6. METRIC EMPLOYED: DURATION OF THE RIPPLE EFFECT IN NODE J

Once we have an effective method to determine whether a node is being affected by the Ripple Effect many metrics can emerge based on this. In this study we have focused on a metric that tells us the number of periods in which a node is affected by Ripple Effect. That is, we count the times when the variable INF_j has a 1 instead of a 0. For example, this metric, if applied to the retail node (node 1) helps us to know whether the Ripple Effect has reached this node or not, and for how long. The same can be extrapolated to the rest of the nodes in the SC. Depending on the interest it is advisable to focus on a specific node.

Equation 17. Metric: duration of the infection in node j

$$DUR_{INF_j} = N^o \text{ of periods in which node } j \text{ is infected}$$

$$j = 1,2,3,4.$$

3.7. EXPERIMENTS DESIGN

The design of experiments comprehends the following four factors: the duration of the original disruption (DT), the standard deviation of demand (σ), the lead minimum time between nodes (LT), and the number of periods used for the calculation of the moving average used for demand forecasting (N).

The four factors under analysis are possibly related with the magnitude and the duration of the Ripple Effect, and after results obtained, we will be able to prove these relations. It is undeniably interesting to analyze how the duration of the disruption modelled affects the metric, as this factor is clearly related with the Ripple Effect (see e.g. Llaguno et al., 2021). The duration of transportation between nodes (minimum lead time) has also been studied and after the simulation we will be able to check if it has an influence and if it is positive or negative. On the other hand, two parameters related to the stability of the chain have been also studied, see Laura Tobajas (2020). The standard deviation of the final customer demand is directly related with the variability of the demand (as seen in the previous sections). Its study is helpful in order to check whether stable chains behave better in the face of Ripple Effect or not. In addition, the parameter N is the number of previous periods used to calculate the moving average demand at each node, therefore a high N implies that the demand forecast is smoothed, and the chain is less reactive to disturbances and vice versa. Consequently, it is interesting to study whether reactive chains are resilient or not, to Ripple Effect.

A summary of the design of experiments is shown below. In **Table 3** the values of the parameters used in the model are shown.

Table 3. Parameters

μ (product units)	R	Z	M
100	1	2	8

In **Table 4** the values of simulation parameters are presented. And finally, in the **Table 5** the factors used in the design experiments are shown along with different values studied.

Table 4. Simulation parameters

SIMULATION TIME (periods)	PERIOD IN WHICH THE DISRUPTION BEGINS
1150	1000

Table 5. Factors

N (periods)	DT (periods)	σ (product units)	LT (periods)
5, 8, 11, 14	10, 20, 30, 40	20, 40	2, 4, 6, 8

We have performed a full factorial design of experiments, which results in 128 different scenarios. In addition, given the high variability of the results obtained for some scenarios, and in order to have enough data for generalization, we have carried out 500 replications of each scenario.

4. RESULTS

In this section results are presented. First, there is a brief introduction to the results, explaining how they are presented. Then the results are analysed with regard to the metric's value for nodes 1 and 4, analysing each factor separately as well as certain intersections between them.

4.1. INTRODUCTION TO THE RESULTS

Data obtained from simulations are collected and statistically analysed by SPSS software. The results obtained comprehend a huge amount of data, and therefore we have carried out ANOVAs to statistically test the significance of the experimental factors on each metric. Main effects and first-order interactions are analysed in detail.

4.2. DURATION OF THE RIPPLE EFFECT IN NODE J

This metric can be calculated for each of the different nodes j that are part of supply chain. However, results from nodes 1 (retailer) and 4 (factory) are the ones that are going to be analysed, as the behaviour of the intermediate nodes can be deduced from them. The results from node 1 are the first ones to be presented. The similarities and differences with the node 4 will be discussed after that.

4.2.1. Analysis of node 1 (Retailer)

¡Error! No se encuentra el origen de la referencia. displays the ANOVA results (main effects and first-order interactions) for DUR_{INF_1} . All factors and their first-order interactions are statistically significant at a 95% confidence level ($p < 0.05$) and the model shows a high adjusted R^2 . Therefore, in all cases, we reject the null hypothesis that there is no difference of means between groups.

The factors will be analyzed one by one by looking at the value of the Table 6 and the following graphs:

- The 95% confidence interval of metric's mean value
- The boxplot of the metric (position measures)

Table 6. Anova results

ANOVA	gl	F	Sig. (p)
DT	3	30307.246	<0.001
N	3	15094.267	<0.001
LT	3	21126.251	<0.001
σ	1	15660.57	<0.001
DT * N	9	2250.417	<0.001
DT * LT	9	2649.083	<0.001
DT * σ	3	1806.596	<0.001
N * LT	9	643.048	<0.001
N * σ	3	566.094	<0.001
LT * σ	3	243.806	<0.001

Equation 18. Adjusted squared R

$$R^2 = 0.816$$

Analysis of the disruption time (DT)

According to the Table 6 the duration of the modelled disruption (DT) is the most important factor, since it presents the higher F -value.

The **Figure 4** shows that there is an exponential positive trend in which if DT grows the metric grows as well. The duration of the modelled disruption is an important factor and the longer it grows the worse results will get. Having a worse result with a bigger disruption period was expected, but the trend shows us that the growth is not proportional to DT's growth but exponential (in terms of the mean values).

It is noteworthy that of the 64000 results analyzed, when the modelled duration lasts 10 periods, only a few values are greater than zero. In the **Figure 4** we see how these few values make the mean non-zero, however, if we look at the Figure 5, we can verify that there are very few non-zero values.

Figure 4. Confidence Interval of the mean value for DT

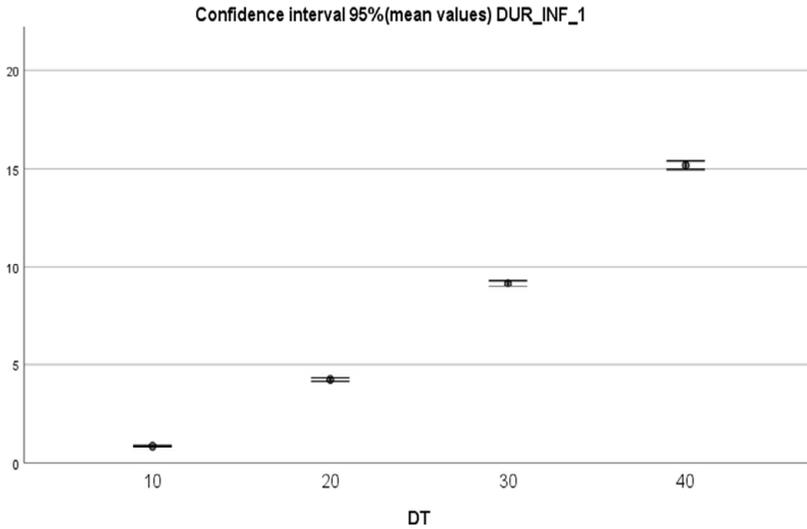
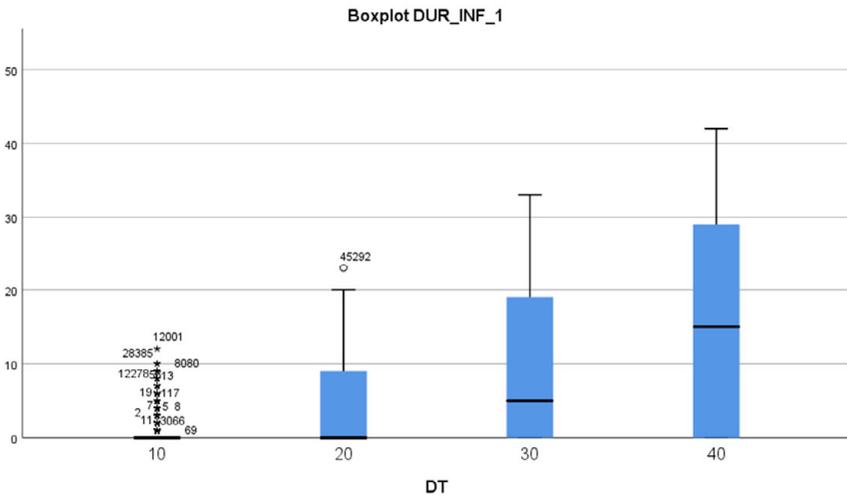


Figure 5. Boxplot for DT



Analysis of the minimum lead time (LT)

According to the Table 6 the lead time is the second most important factor.

Firstly, the trend in this case is negative. As the lead time between nodes increases, the duration of the Ripple Effect at the retailer decreases.

This behavior makes sense since the lead time is a factor in the safety stock calculation for each node. If the safety stock is higher, the average inventory will be higher and the coverage against shortage will also be higher.

It is worth noting the difference between **Figure 6** and **Figure 7**, the mean has much higher values than the median. This is due to the fact that the few high values have a strong influence on the calculation of the mean. However, if we look at the median, these values are much lower (as was also the case in the analysis of DT). In the same graph we can observe those replications whose values are outliers.

Figure 6. Confidence Interval of the mean value for LT

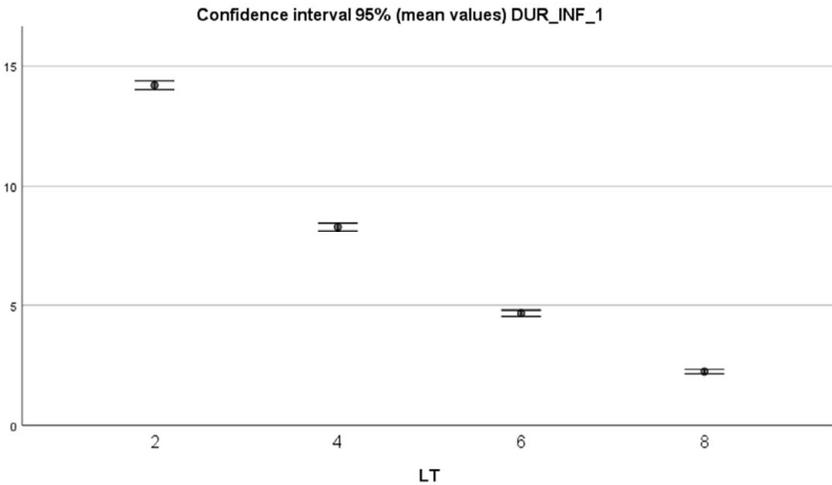
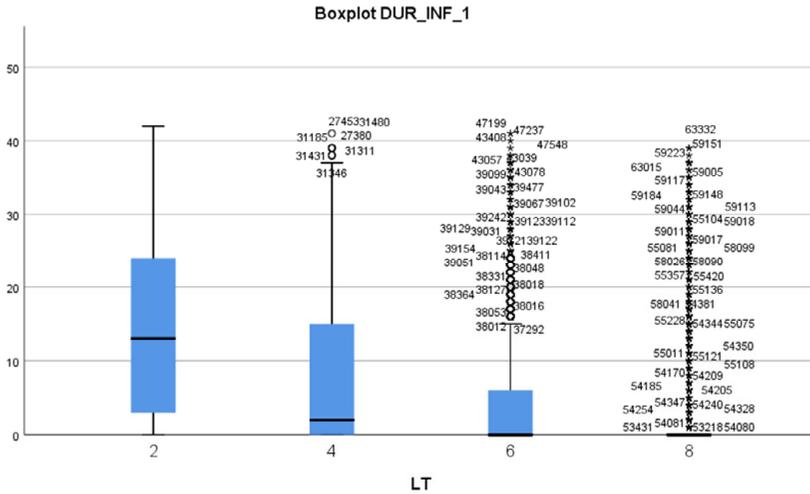


Figure 7. Boxplot for LT



Analysis of the standard deviation (σ)

According to the Table 6 the duration of the initial is the third most important factor.

The trend is also negative. The higher the standard deviation, the lower the result of the metric. As we already suspected, SCs that are less stable in terms of demand fluctuation withstand the Ripple Effect better. This is explained by the fact that the standard deviation of the demand is part of the safety stock calculation. A large standard deviation will imply a larger stock, which is (as explained in previous cases) crucial to withstand shortage.

If we look at the **Figure 9**, it is noticeable that by modifying this parameter we can improve the results of the metric, but there is a greater proportion of randomness than in the previous cases that we could not control or explain.

Figure 8. Confidence Interval of the mean value for σ

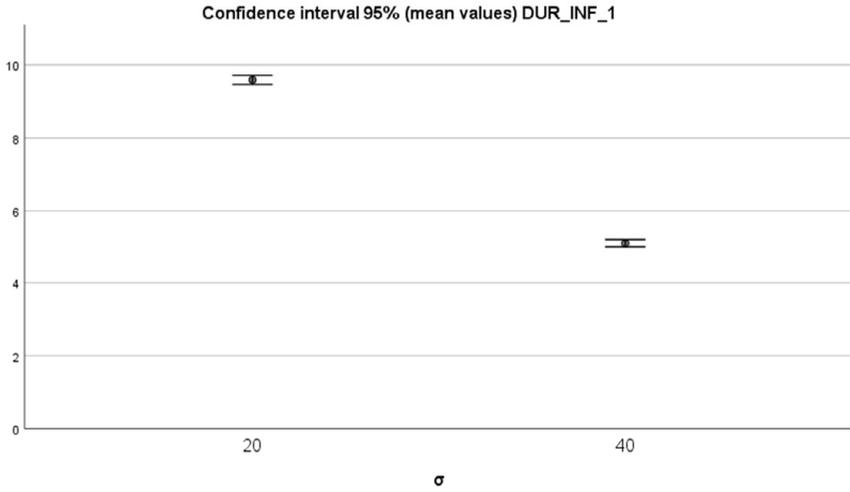
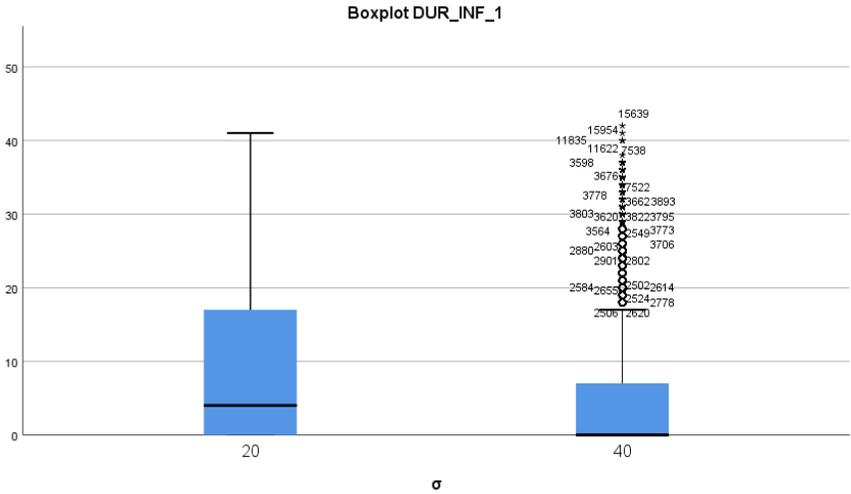


Figure 9. Boxplot for σ



Analysis of the number of periods used for the mobile demand (N)

According to the Table 6 the number of periods used for the mobile demand is the fourth most important factor. Although it is the factor with the lowest F , its influence is also very high. The trend is positive in this case. This result was expected considering that chains with a high number of periods used for mobile demand smooth the demand variability. As we have seen in the previous case, a higher variability in demand implies a higher stock, therefore, lower variability results in lower stock and worsens results in case of Ripple Effect. As in the previous case, a large part of the results is explained by the change in the value of the factor N , but there is another part that falls under randomness. This can be seen in the Figure 11, there are similar extreme values in any of the cases studied.

Figure 10. Confidence Interval of the mean value for N

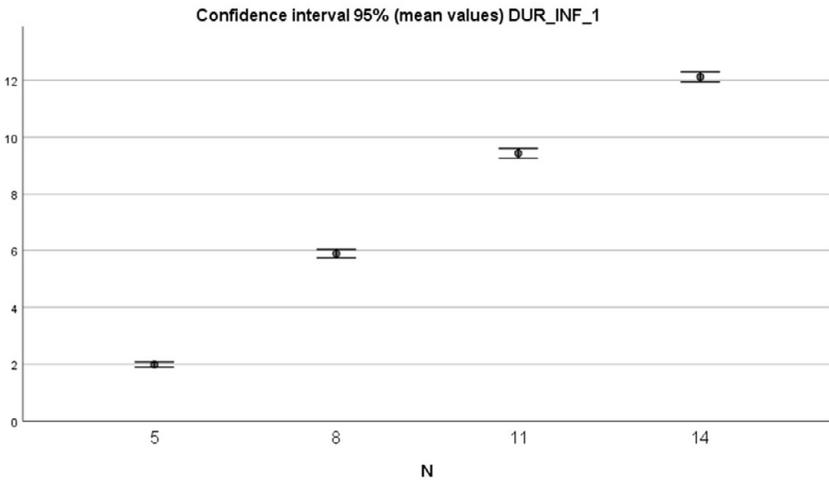
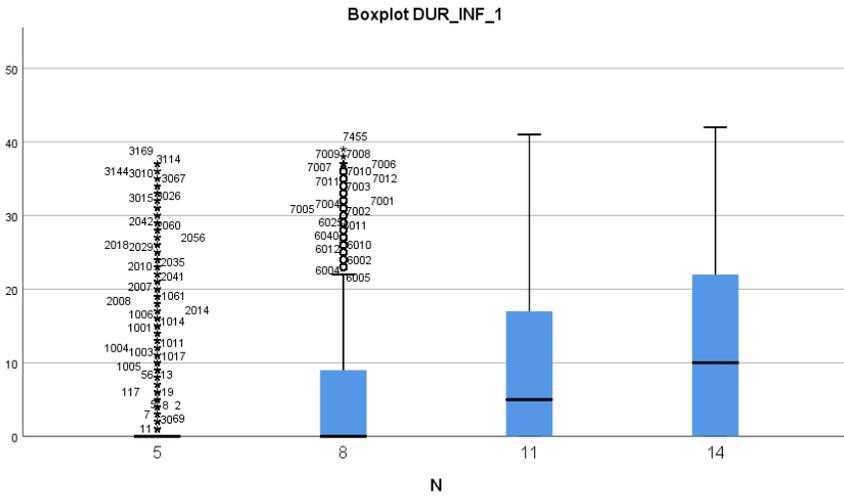


Figure 11. Boxplot for N



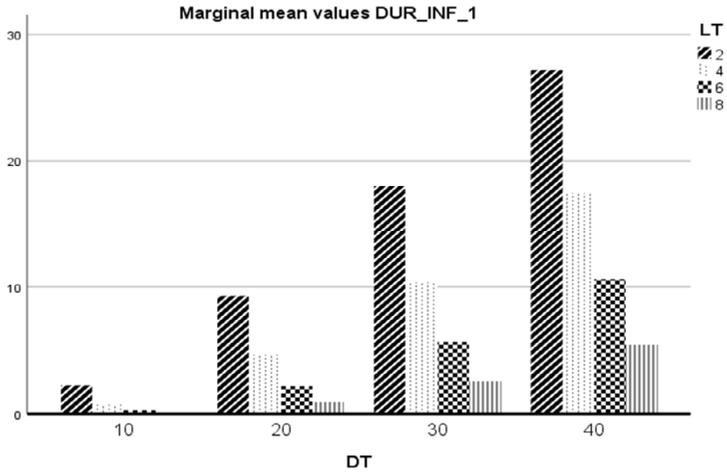
Analysis of first-order interactions

In addition to the factors studied separately, it is interesting (as reflected by the values in the table) to study the intersections between different factors.

Intersection of DT and LT

It is interesting to note the importance of the length of the initial disruption. If the duration is short, the lead time between nodes does not play a significant role, but if the duration is long, this factor becomes very important.

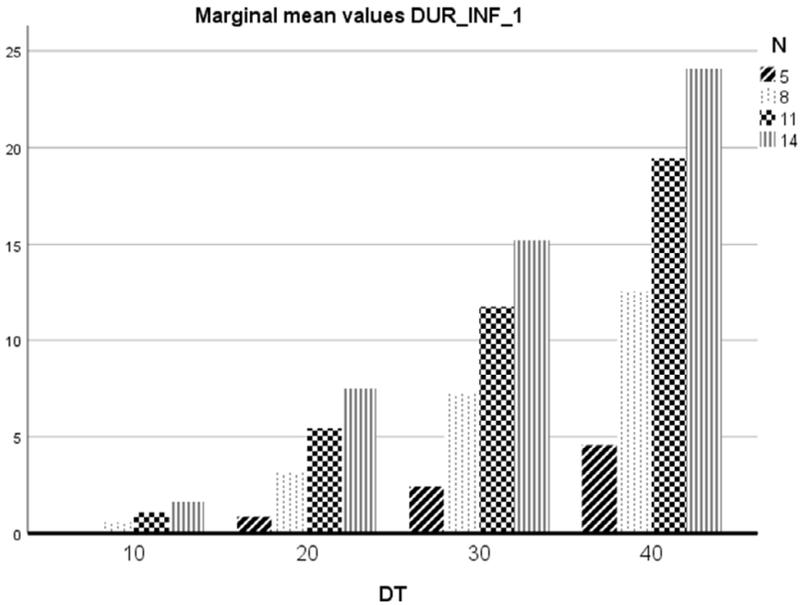
Figure 12. Marginal mean values between DT and LT



Intersection of DT and N

The trend is like the last one explained, the duration of the initial disruption is critical to consider whether the factor *N* takes an important role or not.

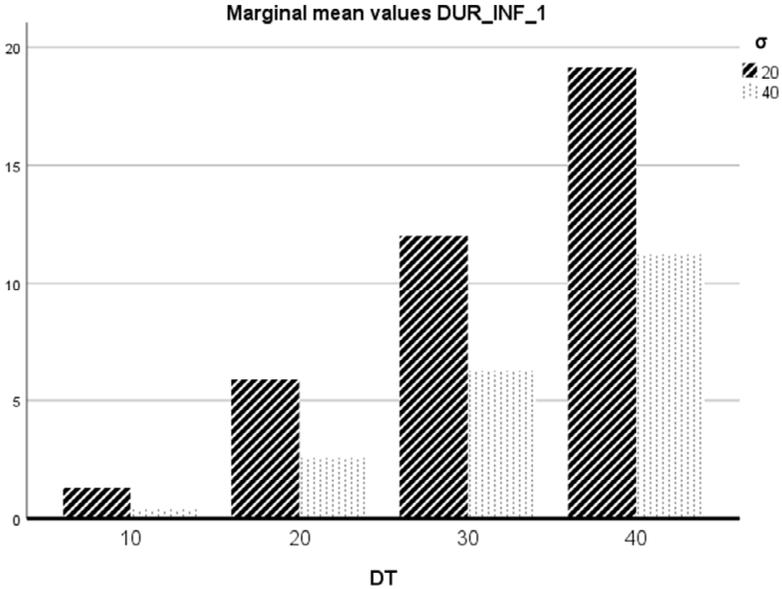
Figure 13. Marginal mean values between DT and N



Intersection of DT and σ

This intersection has a similar trend as the last two. It seems clear that the DT factor is crucial in any case. The higher its value, the more important other factors start to become.

Figure 14. Marginal mean values between DT and σ



Other double interactions

Since the F-value is much smaller than the others they have not been analyzed, but the trend is similar in all cases.

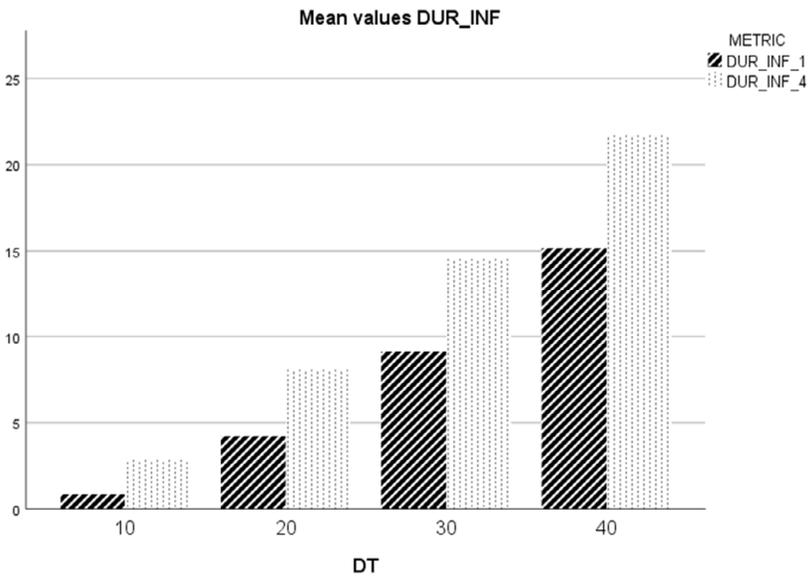
4.2.2. Analysis of node 4 (factory)

All the factors studied for node 1 will also be analysed for node 4. To avoid redundancy and repetitiveness, the analysis of node 4 will be analysed as a comparison with the values obtained at node 1. The graph employed is the one referring to the mean values, which is much simpler and facilitates benchmarking.

Analysis of the disruption time (DT)

The trend is both positive. On the other hand, node 4 obtains worse results than node 1. This result is logical since the Ripple Effect will start at node 4 much earlier than node 1 (about four times the lead time plus the time that each node holds its safety stock) and they will end closer in time (node 1 will end only about 4 times the lead time later than node 4).

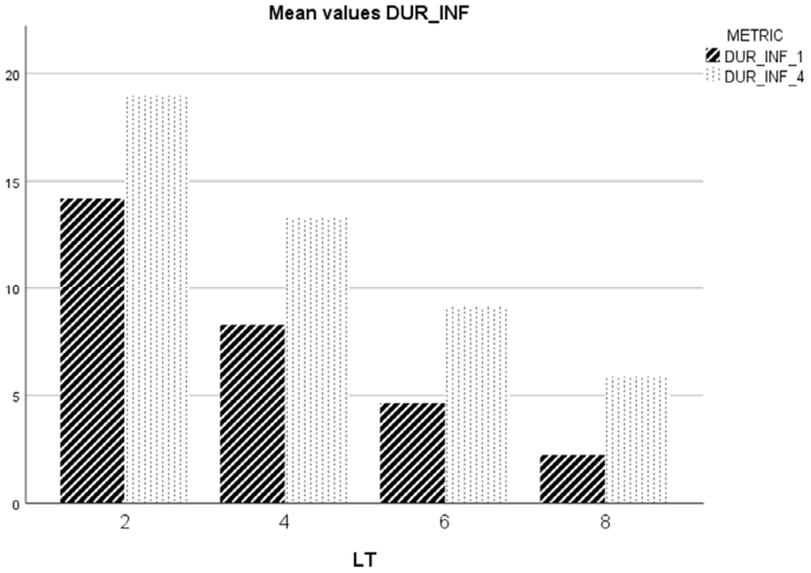
Figure 15. Comparison between *DUR_INF_1* and *DUR_INF_4* in relation to DT



Analysis of the minimum lead time (LT)

Again, both nodes have a similar trend. The higher the LT, the lower the results of the metric. Moreover, we find again that at node 4 the results are worse. As if the graph were shifted positively on the y-axis. The main explanation is the same, the difference depends on the periods that the nodes hold under their stock. The more nodes between the factory and the retailer the less risk of Ripple Effect reach. In addition, if the node is reached the duration of the infection or the duration of the Ripple Effect will be in any case shorter than in the previous nodes.

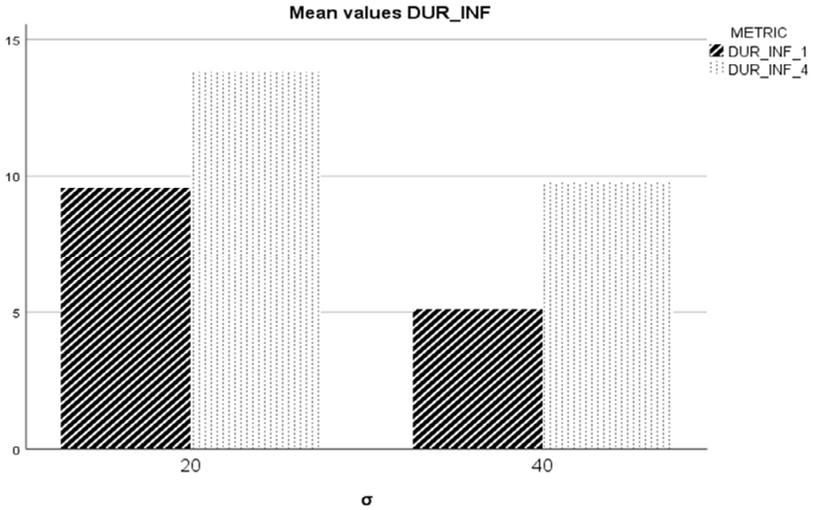
Figure 16. Comparison between *DUR_INF_1* and *DUR_INF_4* in relation to *LT*



Analysis of the standard deviation (σ)

What has been explained in the previous cases is repeated in this one. The trend is negative and the results for node 4 are worse.

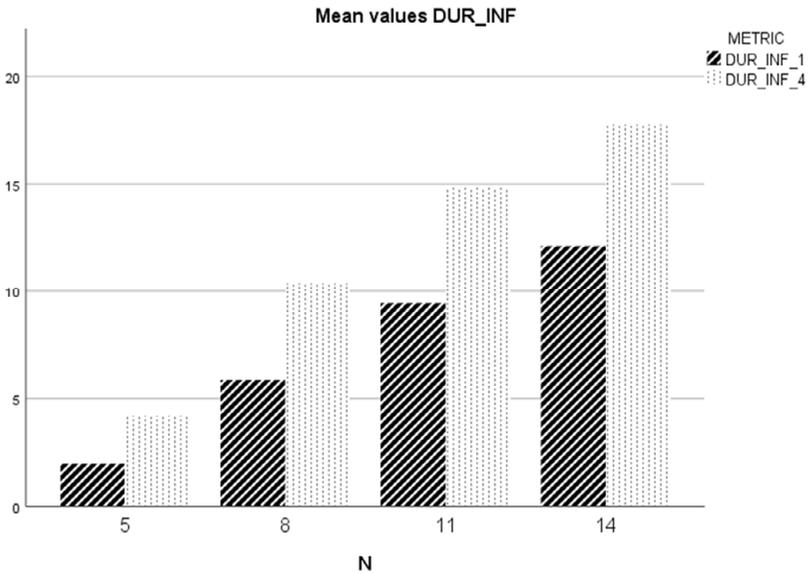
Figure 17. Comparison between *DUR_INF_1* and *DUR_INF_4* in relation to σ



Analysis of the number of periods used for the mobile demand (N)

With the observation of this last factor, we can conclude that for all the factors studied, the results are worse in node 4.

Figure 18. Comparison between *DUR_INF_1* and *DUR_INF_4* in relation to DT



5. CONCLUSIONS AND MANAGERIAL INSIGHTS

Among the factors analysed, perhaps the easiest to control is the number of previous periods for the calculation of the moving demand (N). However, by making the SC more robust to the Ripple Effect, we make the SC more vulnerable to the well-known Bullwhip Effect. If we look closely at the underlying reason why the factors (including N) are significant, we always meet with the calculation of the safety stock. To a greater or lesser extent, the inventory levels held seem to highly explain why the Ripple Effect affects nodes to a different magnitude.

The most important findings of this study are as follows:

1. In order to analyse the results correctly, it is necessary to choose a metric that represents the best interest of each SC. The influences (positive or negative) of the factors will unlikely change using another Ripple Effect metric, but other conclusions will.
2. The random part of each simulation should not be ignored, it is rather important. Very different scenarios can occur under similar assumptions despite the conclusions drawn, and it is therefore not advisable to analyse a scenario under a one-time replication.
3. The importance of having a short initial DT. The disruption time factor has a peculiarity that makes its control essential. After noticing the appearance of a disruption, it is essential that efforts are focused on mitigating it as soon as possible. We have seen how controlling other factors is not necessary as long as the duration of the disruption is minimal. This statement is made without giving a specific minimum value as this will depend on the assumptions of the SC to be analysed and on what is considered a low value of the corresponding metric.
4. Chains with a longer lead time between nodes (generally implying greater distance) withstand the Ripple Effect better.
5. Chains with reactive demand models or those with high demand variability are more resilient to the Ripple Effect.

6. This new form of metric has proven its effectiveness and the results obtained show consistency with existing literature. New resilient measures can be tested using this new form of metric to measure the Ripple Effect.

6. FUTURE RESEARCH AGENDA

First of all, it is worth mentioning that the data obtained from this study is extensive and many different analyses can be carried out. Therefore, there can be found more interesting conclusions. Thus, we find a limitation regarding the analysis of the data. In this study it has been used ANOVA from SPSS and graphical interpretations regarding the mean and position measures.

On the other hand, this study is limited by assumptions regarding the modelled chain. Other types of studies with different chains could be carried out on the basis of this new form of metrics. It would be interesting to model non-serial chains and the influence of backup nodes.

Moreover, the disruption studied here is one of the many types that could generate Ripple Effect. Perhaps other types of chain disruptions could be studied, such as information related disruptions. Furthermore, the effects of simultaneous disruptions in different areas of the chain or of various types could be analysed.

Moreover, analysing the relationship with another more studied phenomenon such as the Bullwhip Effect could be of great interest to facilitate the SC manager to control both, the Bullwhip Effect and the Ripple Effect.

In relation to this new form of metrics, since a new way of analysing whether a node is under Ripple Effect or not has been described, other types of metrics could also be used: total duration of Ripple Effect in the chain, percentage of affected nodes...

7. REFFERENCES

- Cai, X., & Zhou, X. (2014). Optimal policies for perishable products when transportation to export market is disrupted. *Production and Operations Management, 23*(5), 907-923.
- Chen, F., Drezner, Z., Ryan, J. K., Simchi-Levi, D. (2000). Quantifying the bullwhip effect in a simple supply chain: The impact of forecasting, lead times, and information. *Management science, 46*(3), 436-443.
- Chopra, S., & Sodhi, M. (2014). Reducing the risk of supply chain disruptions. *MIT Sloan Management Review, 55*(3), 72–80.
- Chopra, S., G. Reinhardt, and U. Mohan. 2007. “The Importance of Decoupling Recurrent and Disruption Risks in a Supply Chain.” *Naval Research Logistics 54* (5): 544–555
- Christopher, M., & Peck, H. (2004). Building the resilient supply chain. *The International Journal of Logistics Management, 15*(2), 1–14.
- Dolgui, A., Ivanov, D., & Rozhkov, M. (2020). Does the ripple effect influence the bullwhip effect? An integrated analysis of structural and operational dynamics in the supply chain. *International Journal of Production Research, 58*(5), 1285-1301.
- Dolgui, A., Ivanov, D., & Sokolov, B. (2018). Ripple effect in the supply chain: an analysis and recent literature. *International Journal of Production Research, 56*(1-2), 414-430.
- DW (2020). *UK: Traffic jams at Dover offer early taste of Brexit as deadline looms*. Retrieved from <https://www.dw.com/en/uk-traffic-jams-at-dover-offer-early-taste-of-brexit-as-deadline-looms/a-55989056>
- Ivanov, D. (2017). Simulation-based ripple effect modelling in the supply chain. *International Journal of Production Research, 55*(7), 2083-2101.
- Ivanov, D., & Das, A. (2020). Coronavirus (COVID-19/SARS-CoV-2) and supply chain resilience: A research note. *International Journal of Integrated Supply Management, 13*(1), 90-102.
- Ivanov, D., & Dolgui, A. (2021). OR-methods for coping with the ripple effect in supply chains during COVID-19 pandemic: Managerial insights and research implications. *International Journal of Production Economics, 232*, 107921.
- Ivanov, D., Dolgui, A., & Sokolov, B. (2015). Supply chain design with disruption considerations: Review of research streams on the ripple effect in the supply chain. *IFAC-PapersOnLine, 48*(3), 1700-1707.
- Ivanov, D., Dolgui, A., Sokolov, B., & Ivanova, M. (2017). Literature review on disruption recovery in the supply chain. *International Journal of Production Research, 55*(20), 6158-6174.

- Jeanne Whalen (2021). *Semiconductor shortage that has hobbled manufacturing worldwide is getting worse*. Retrieved from <https://www.washingtonpost.com/us-policy/2021/09/23/chip-shortage-forecast-automakers/>
- Katsaliaki, K., Galetsi, P., & Kumar, S. (2021). Supply chain disruptions and resilience: a major review and future research agenda. *Annals of Operations Research*, 1-38.
- Kelsey Vlamis (2021). *The giant ship stuck in the Suez Canal is costing the global economy an estimated \$400 million per hour*. Retrieved from <https://www.businessinsider.com/boat-stuck-suez-canal-costing-estimated-400-million-per-hour-2021-3?r=US&IR=T>
- Lee, H. L., Padmanabhan, V., & Whang, S. (1997). The bullwhip effect in supply chains. *Sloan management review*, 38, 93-102.
- Li, Y., & Zobel, C. W. (2020). Exploring supply chain network resilience in the presence of the ripple effect. *International Journal of Production Economics*, 228, 107693.
- Li, Y., Chen, K., Collignon, S., & Ivanov, D. (2021). Ripple effect in the supply chain network: Forward and backward disruption propagation, network health and firm vulnerability. *European Journal of Operational Research*, 291(3), 1117-1131.
- Llaguno, A., Mula, J., & Campuzano-Bolarin, F. (2021). State of the art, conceptual framework and simulation analysis of the ripple effect on supply chains. *International Journal of Production Research*, 1-23.
- Losada, C., Scaparra, M. P., & O'Hanley, J. R. (2012). Optimizing system resilience: a facility protection model with recovery time. *European Journal of Operational Research*, 217(3), 519-530.
- Monostori, J. (2021). Mitigation of the ripple effect in supply chains: Balancing the aspects of robustness, complexity and efficiency. *CIRP Journal of Manufacturing Science and Technology*, 32, 370-381.
- Nair, A., & Vidal, J. M. (2011). Supply network topology and robustness against disruptions—an investigation using multi-agent model. *International Journal of Production Research*, 49(5), 1391-1404.
- Qiang, Q., Nagurney, A., & Dong, J. (2009). Modeling of supply chain risk under disruptions with performance measurement and robustness analysis. In *Managing Supply Chain Risk and Vulnerability* (pp. 91-111). Springer, London.
- Sawik, T. (2014). Optimization of cost and service level in the presence of supply chain disruption risks: Single vs. multiple sourcing. *Computers & Operations Research*, 51, 11–20.
- Sawik, T. 2016. “On the Risk-averse Optimization of Service Level in a Supply Chain under Disruption Risks.” *International Journal of Production Research* 54 (1): 98–113

- Sheffi, Y., & Rice, J.B. (2005). A supply chain view of the resilient enterprise. *MIT Sloan Management Review*, 47 (1), 41-48.
- Singh, A.R., Mishra, P.K., Jain, R., & Khurana, M.K. (2012). Design of global supply chain network with operational risks. *International Journal of Advanced Manufacturing Technology*, 60 (1-4), 273-290.
- Tobajas Machín, L. (2020). *Estudio de los efectos de una interrupción de capacidad en la dinámica de una cadena de suministro*. [Trabajo Fin de Grado, Universidad de Sevilla]. <https://idus.us.es/handle/11441/105044>
- Wilson, M.C. (2007). The impact of transportation disruptions on supply chain performance. *Transportation Research Part E: Logistics and Transportation Review*, 43, 295-320.
- Wu, T., Blackhurst, J., & O'grady, P. (2007). Methodology for supply chain disruption analysis. *International journal of production research*, 45(7), 1665-1682.
- Xu, S., Zhang, X., Feng, L., & Yang, W. (2020). Disruption risks in supply chain management: a literature review based on bibliometric analysis. *International Journal of Production Research*, 58(11), 3508-3526.
- Zsidisin, G. A., Melnyk, S. A., & Ragatz, G. L. (2005). An institutional theory perspective of business continuity planning for purchasing and supply management. *International Journal of Production Research*, 43(16), 3401-3420.

INTEGRACIÓN Y CAPACIDAD OPERATIVA DE LAS REDES SANITARIAS

CAROLINA LEYTON PAVEZ

*Departamento de Gestión Empresarial Facultad de Ciencias Empresariales,
Universidad del Bio Bio, Chile*

PATRICIA HUERA-RIVEROS

*Departamento de Administración y Auditoría Facultad de Ciencias Empresariales,
Universidad del Bio Bio, Chile*

1. INTRODUCCIÓN

El análisis de la integración y capacidad operativa de las redes sanitarias permite una mejor gestión de los establecimientos, posibilitando prestar un mejor servicio a los usuarios de las redes asistenciales. Para ello es fundamental analizar el comportamiento de la red.

Al respecto, Matei (2011) señala que las características de los actores pueden ser utilizadas para interpretar su comportamiento en la red, puesto que son examinadas como variables explicativas. De manera similar, Granovetter (1973) asegura que la relevancia de los actores depende del tipo de relación y la posición que el actor presenta en la red, puesto que el grado de conectividad, es más relevante que el número de relaciones que éste posea.

Por su parte, Teja, Almaguer, Rendón y López (2014) observan que los actores con mayor cercanía o intermediación en la red están mejor conectados, y propician las acciones colaborativas o la participación de los integrantes, vital para el buen funcionamiento, articulación, integración, capacidad y coordinación de la red.

En cuanto a la mejora en la capacidad operativa de la red entre los agentes que prestan servicios públicos, se asocia a descensos en el número de actores periféricos; incrementos de vínculos y densidad y;

disminución de las distancias entre los actores de la red (Wendel et al 2010). Y la forma de mejorar la evolución, el desarrollo de redes organizacionales y la integración de la red, se asocia con el aumento de la reciprocidad de sus agrupaciones (Haines et al. 2011).

En la misma línea, la visualización y la detección oportuna de puntos de corte que muestran los lugares donde se interrumpe o que potencialmente se podría interrumpir la conexión, facilita el diseño de intervenciones estructurales (Borgatti, 2006; Valente & Fujimoto, 2010).

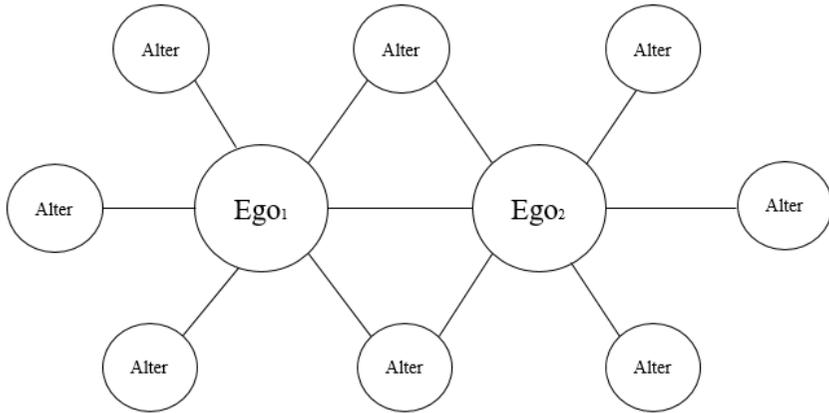
Asimismo, Álvarez (2019) plantea que aquellas redes que muestren un alto número de agujeros o huecos estructurales pueden proporcionar información más variada, menos redundante, que las redes con menos agujeros estructurales, sin embargo, son los actores centrales los que definen la relación puente existente entre estos diferentes grupos o nodos (sin conexión entre ellos), que participan de flujos de información diferentes.

Por lo cual, la óptima existencia de agujeros estructurales en la red, y el correcto manejo de ellos, puede ser una fuente de ventajas y nuevas oportunidades para mejorar el desempeño de la red.

1.1. MÉTRICAS QUE PERMITIRÁN ANALIZAR LA INTEGRACIÓN Y CAPACIDAD OPERATIVA DE LAS REDES ASISTENCIALES

En particular, la red del ego consiste en una red que se forma a partir de un nodo focal individual denominado ego a partir del cual se construye una red Figura 1, y los nodos a los cuales el ego está directamente conectados, llamados alters y sus lazos (Herrero, 2000). Una red tiene tantos egos como nodos.

Figura 1. Grafo egos y alters



Al respecto, una vecindad es la colección del ego y todos los nodos con los que el ego tiene una conexión. En el análisis de redes, los límites de las redes del ego se definen en términos de vecindarios, y el barrio suele ser un paso, es decir, incluye solo el ego y los alters que están directamente adyacentes (Hanneman y Riddle, 2005).

La identificación de la red egocéntrica permite conocer el grado de fortaleza de un actor líder dentro de una red, cuya red está compuesta por la suma de todos los alters que se encuentran alrededor de un actor específico. Esta red, también permite estudiar cómo las relaciones de estos actores pueden influenciar, o son influenciados, por sus alters o vecinos, donde la fortaleza o solidez de los enlaces puede ser nominal o binaria (representa la presencia o ausencia de un lazo); puede tener signo (representando un lazo positivo, negativo o sin lazo); puede ser ordinal (representa si el lazo es el más fuerte); o con valor (medido en un intervalo o a nivel de una razón); o pueden ser débiles o fuertes.

Por lo tanto, si existe un aumento de la vecindad de un ego o centro de salud a partir del cual se construye una red sanitaria esto permite disminuir las áreas no cubiertas de la red. Puesto que al crecer el número de alters o centros de salud conectados al ego, disminuyen los agujeros estructurales, o se reducen los espacios o áreas no conectadas entre nodos de la red, lo que podría ser una fuente de ventajas y nuevas oportunidades para la integración y la capacidad operativa de la red.

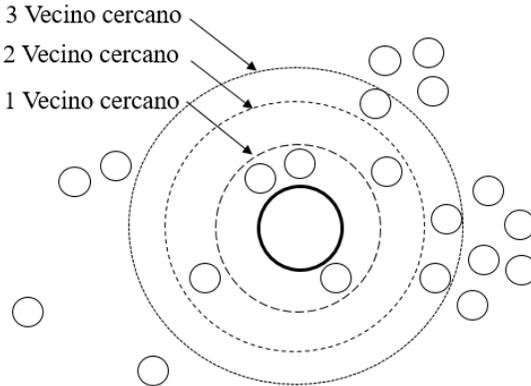
Por otra parte, la investigación considerada como más relacionada con el estudio, ha sido realizada por Mascia, Angeli y Di Vincenzo (2015) quienes demuestran cómo las redes de derivación hospitalaria influyen en los reingresos de pacientes. Los resultados demuestran que la centralidad organizativa en la red de referencia general y la densidad de la red del ego tienen efectos opuestos sobre la probabilidad de eventos de readmisión dentro de los hospitales, donde una mayor centralidad se asocia negativamente con las readmisiones, mientras que una mayor densidad de la red del ego disminuye la probabilidad de eventos de readmisión. Además, logran demostrar que las redes de derivación de pacientes abarcan importantes mecanismos de coordinación e integración entre los hospitales, lo que mejora numerosos beneficios a nivel organizativo, y operativo como la productividad, la eficiencia y la calidad de la atención.

Estos hallazgos respaldan la necesidad de reorganizar los sistemas de salud y proporcionar indicaciones importantes para los responsables de la formulación de políticas y los profesionales del ámbito sanitario.

También se ha estudiado la relación de las redes en cuanto al rendimiento, la creatividad, la transferencia de innovación, etcétera.

Por otra parte, los vecinos cercanos clasifican cada dato nuevo en el grupo que corresponda, según tenga vértices más cerca de un grupo o de otro. Es decir, calcula la distancia del elemento nuevo a cada uno de los existentes, y ordena dichas distancias de menor a mayor para ir seleccionando el grupo al que pertenecer Figura 2. Este grupo será, por tanto, el de mayor frecuencia con menores distancias. Así mismo clasificando los resultados en las particiones se clasifican los vectores también (Herrero, 2000).

Figura 2. Grafo de vecinos cercanos



Se destaca que el algoritmo de clasificación es básico y es ampliamente desechable en escenarios de la vida real, ya que no es paramétrico, puesto que no hace suposiciones subyacentes acerca de la distribución de datos. Sin embargo, su aplicación es esencial para el reconocimiento de patrones, búsqueda semántica y detección de anomalías (Altman, 1992).

Sin embargo, hay dos decisiones importantes que deben tomarse antes de hacer la clasificación, una es el valor de las relaciones k que se utilizará, esto puede decidirse arbitrariamente, o se puede intentar una validación cruzada para encontrar un valor óptimo (Cover y Hart, 1967).

Donde una alternativa es la distancia euclidiana y corresponde a la distancia ordinaria entre dos puntos de un espacio euclídeo (espacio matemático n -dimensional, de una, dos y tres dimensiones estudiados por Euclides), la cual se deduce a partir del teorema de Pitágoras. Es esencialmente la magnitud del vector obtenido al restar el punto de datos de entrenamiento del punto a clasificar (Tsypin y Röder, 2007). Se denota como:

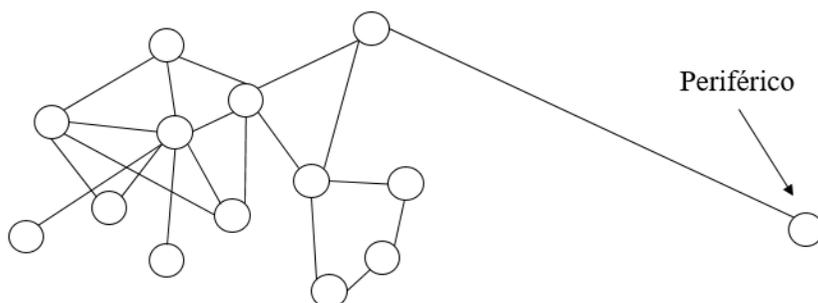
$$E(n_i, n_j) = \sqrt{\sum_{i=0}^d \sum_{j=0}^d (n_i - n_j)^2}$$

En particular, este método estima el valor de la función de densidad de probabilidad o directamente la probabilidad a posteriori de que un nodo

pertenezca a una clase a partir de la información proporcionada por el conjunto de prototipos. En definitiva, esta métrica es usada como método de clasificación de nodos basado en un entrenamiento mediante ejemplos cercanos en el espacio de los nodos (Tsy-pin y Röder (2007).

Por lo tanto, los jugadores periféricos son nodos de la periferia o nodos con baja centralidad de la red (Figura 3), podrían ser considerados actores de baja importancia. Aunque estos actores son a veces conectados a redes que no están actualmente mapeadas, lo que los convierte en recursos importantes para obtener información actualizada o que no está disponible dentro de la red.

Figura 3. Grafo jugador periféricos



Al respecto, Freeman (1978) sostiene que una métrica útil para identificar a los jugadores periféricos en una red es la centralidad del nodo que cuantifica la importancia estructural de los actores en una red de acuerdo a sus relaciones. Sin embargo, también son relevantes los trabajos sobre la identificación de grupos y jugadores periféricos de Seidman (1983) y el de Borgatti y Everett (1999), con los que se permiten distinguir entre nodos localmente periféricos (y globalmente periféricos).

Considerando los argumentos anteriores a continuación se presenta la siguiente hipótesis de investigación. Específicamente:

Ho: $AE \neq f(TE)$

H1: $AE = f(TE)$

Dónde AE: Agujeros estructurales de la red, y

TE: Tamaño del ego o tamaño de la vecindad del centro de salud

Hipótesis: El aumento de la vecindad de un ego o centro de salud permite disminuir las áreas no cubiertas de la red, *ceteris paribus*.

2. OBJETIVOS

El objetivo de este artículo consiste en analizar la integración y capacidad operativa de las redes sanitarias. Para ello, en primer lugar, se realiza una revisión teórica y, en segundo lugar, se expone la metodología del estudio y los resultados, para finalmente presentar las conclusiones y referencias.

3. METODOLOGÍA

El presente estudio define a los actores como los centros de salud de la red pública del Servicio de Salud Ñuble, ubicada en la región de Ñuble en Chile. Y las relaciones o vínculos están dadas por los flujos de pacientes que se generan a partir de las derivaciones o interconsultas de especialidad entre los centros de salud públicos de dicha red. A través de la Tabla 2 se puede apreciar los principales antecedentes para aplicar el estudio.

Tabla 1. Diseño de la investigación: Ficha técnica

Tipo de información	Descripción
Ámbito geográfico	País Chile
Ámbito regional	Región de Ñuble
Unidad de análisis	Dirección Servicio de Salud Ñuble
Población	Red de centros de salud públicos, de la región de Ñuble
Período de análisis	Desde el año 2010 hasta el 2017 (8 años)
Tipo de investigación	Análisis de redes
Método de obtención de la información	Base de datos cualitativa proporcionada por: 1. Instituciones públicas chilenas: Ministerio de Salud (MINSAL) Departamento de Estadística en Salud (DEIS) Dirección Servicio de Salud Ñuble (DSSÑ) Departamento de Planificación Sanitaria (DEPS) de la Dirección del Servicio de Salud Ñuble (DSSÑ) Instituto Nacional de Estadísticas (INE) 2. Bases de datos académicas: Web of Science (WoS) Scopus Google Scholar 3. Base de datos cuantitativa proporcionada por: Departamento de Integración y Procesos de la Red Asistencial (DIPRAS) de la Dirección del Servicio de Salud Ñuble (DSSÑ)
Tamaño de la población	140 centros de salud que pertenecen al Servicio de Salud Ñuble
Tamaño de la red	47 centros de salud que pertenecen al Servicio de Salud y que derivan pacientes
Unidad	Centro de salud
Tamaño de las observaciones	864.755 derivaciones de especialidad
Especialidades y sub-especialidades medicas	27: Anestesiología, Broncopulmonar, Cardiología, Cirugía adulto, Cirugía infantil, Cirugía plástica, Dermatología, Endocrinología, Gastroenterología, Ginecología, Hematología, Infecciones transmisión sexual, Medicina física y rehabilitación, Medicina interna, Nefrología, Neonatología, Neurocirugía, Neurología, Obstetricia, Oftalmología, Oncología, Otorrinolaringología, Pediatría, Psiquiatría, Reumatología, Traumatología y Urología
Tratamiento de la información	Excel, Word y R

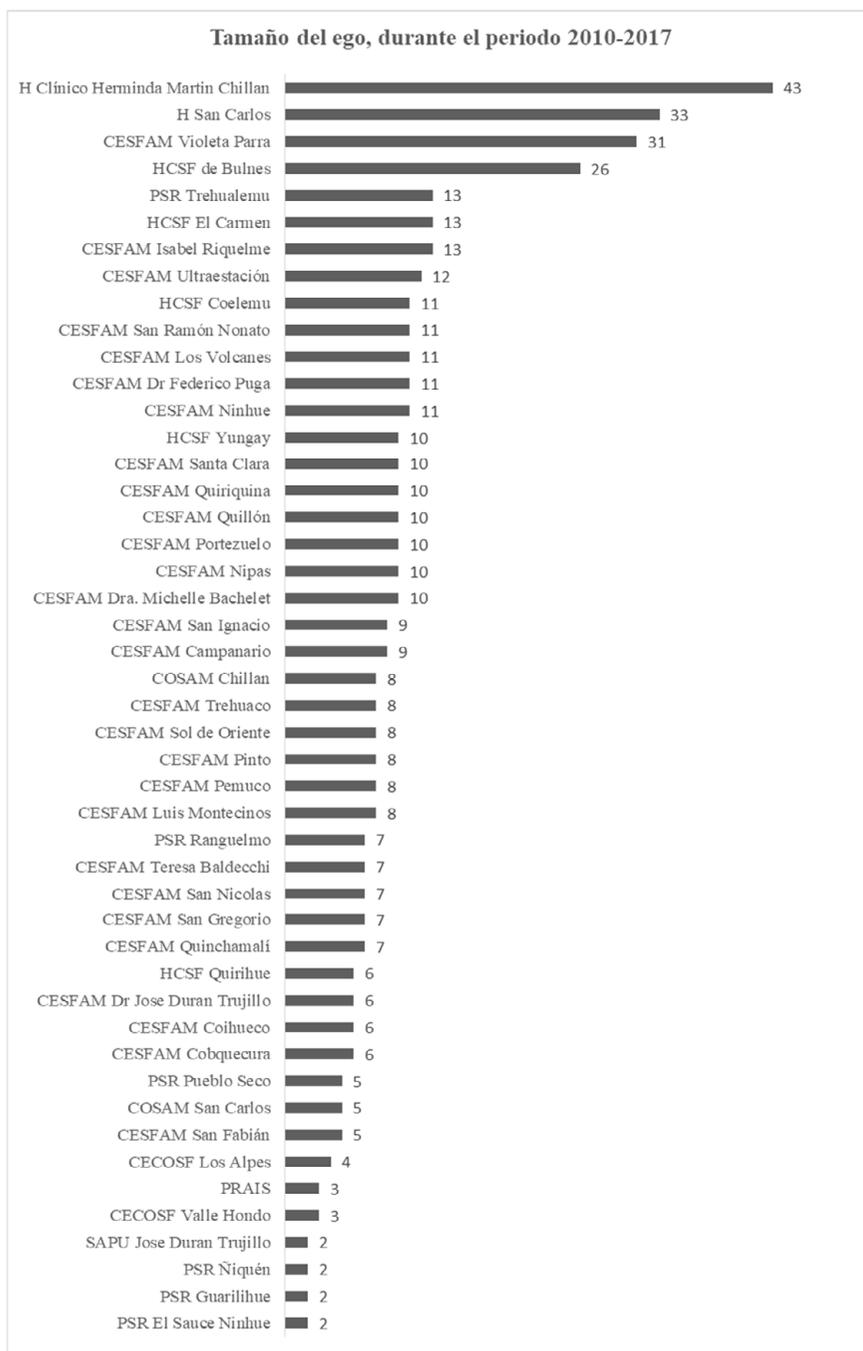
Una vez obtenidos los datos de las derivaciones, se construyen matrices o tablas que permiten relacionar a los nodos de las filas que es el origen del flujo o derivación con los nodos de las columnas que son el destino de los flujos o derivaciones (Fernández, 2008). Y en un sentido simple, una red se basa en establecer relaciones entre nodos, que a su vez establecen relaciones entre ellos, creando un grafo de nodos unidos por estas relaciones, con la cual se obtiene una matriz binaria o dicotómica, donde la diagonal principal es siempre 0.

A partir de este punto, con la matriz cuadrada de mediciones y la visualización de redes, de acuerdo con Madariaga y Ávila-Toscano (2012), se puede iniciar la valoración de las particularidades de las redes a través de la aplicación de las métricas de vecindad, ego y agujeros estructurales.

4. RESULTADOS

Para el caso de estudio, la identificación de la red egocéntrica permite conocer el grado de fortaleza de un centro de salud al interior de la red asistencial a partir del tamaño del ego. La siguiente Figura 4 presenta un grafo de barra, agrupada con el ranking de los resultados de esta medida por cada centro de salud, durante el periodo 2010-2017.

Figura 4. Tamaño del ego



En la Figura 4, se puede observar que de acuerdo a las derivaciones acumuladas del periodo 2010-2017 el más mayor tamaño del ego lo presenta el Hospital Clínico Herminda Martín -HCHM (43 centros de salud de un total de 47), cuyo centro de salud es el de mayor tamaño, complejidad y resolutivez, cuya red está compuesta por prácticamente todos los centros de salud de la red, es decir la mayoría de los centros de salud son sus alters ya que se encuentran a un paso, es decir a un centro de salud de distancia, seguido por sus alters Hospital San Carlos - HSC (33 centros de salud de 47), el Centro de Salud Familiar - CESFAM Violeta Parra (31 centros de salud de 47) y el Hospital Comunitario de Salud Familiar - HCSF de Bulnes (26 centros de salud de 47).

Por otra parte, los centros de salud con más bajo tamaño del ego (2 de 47) como el Servicio de Atención Primaria de Urgencia - SAPU José Durán Trujillo, y las Posta de Salud Rural - PSR de Ñiquén, Guarilhue y El Sauce de Ninhue, presentan una baja influencia a nivel de contacto con otros centros de salud de la red.

Este valor, permite conocer cómo estos centros de salud son líderes, influyen, o son influenciados al interior de la red.

El tamaño del ego permite además conocer cuáles son los centros de salud vecinos o la vecindad de cada centro de salud, por lo cual se requiere calcular la distancia entre cada centro de salud, donde las capas de distancia serán los pasos o el número de centros de salud.

En el caso de estudio, la Tabla 2 muestra que prácticamente la mayoría de los centros de salud solo necesitan como máximo tres pasos o tres centros de salud, para llegar a cualquier centro de salud de la red.

Tabla 2. Vecinos cercanos del ego durante el periodo 2010-2017

N	Centro de salud	Número de vecinos		
		Paso 1	Paso 2	Paso 3
1	H Clínico Herminda Martin Chillán	43	47	47
2	H San Carlos	33	47	47
3	CESFAM Violeta Parra	31	47	47
4	HCSF de Bulnes	26	45	47
5	CESFAM Isabel Riquelme	13	46	47
6	HCSF El Carmen	13	45	47
7	PSR Trehualemu	13	43	47
8	CESFAM Ultraestación	12	46	47
9	CESFAM Ninhue	11	45	47
10	CESFAM Dr Federico Puga	11	46	47
11	CESFAM Los Volcanes	11	44	47
12	CESFAM San Ramón Nonato	11	46	47
13	HCSF Coelemu	11	46	47
14	CESFAM Dra. Michelle Bachelet	10	45	47
15	CESFAM Nipas	10	46	47
16	CESFAM Portezuelo	10	45	47
17	CESFAM Quillón	10	43	47
18	CESFAM Quiriquina	10	43	47
19	CESFAM Santa Clara	10	46	47
20	HCSF Yungay	10	45	47
21	CESFAM Campanario	9	45	47
22	CESFAM San Ignacio	9	43	47
23	CESFAM Luis Montecinos	8	46	47
24	CESFAM Pemuco	8	43	47
25	CESFAM Pinto	8	45	47
26	CESFAM Sol de Oriente	8	44	47
27	CESFAM Trehuaco	8	46	47
28	COSAM Chillán	8	44	47
29	CESFAM Quinchamáli	7	44	47
30	CESFAM San Gregorio	7	45	47
31	CESFAM San Nicolas	7	45	47
32	CESFAM Teresa Baldecchi	7	46	47
33	PSR Ranguelmo	7	46	47
34	CESFAM Cobquecura	6	45	47
35	CESFAM Coihueco	6	45	47
36	CESFAM Dr José Durán Trujillo	6	45	47

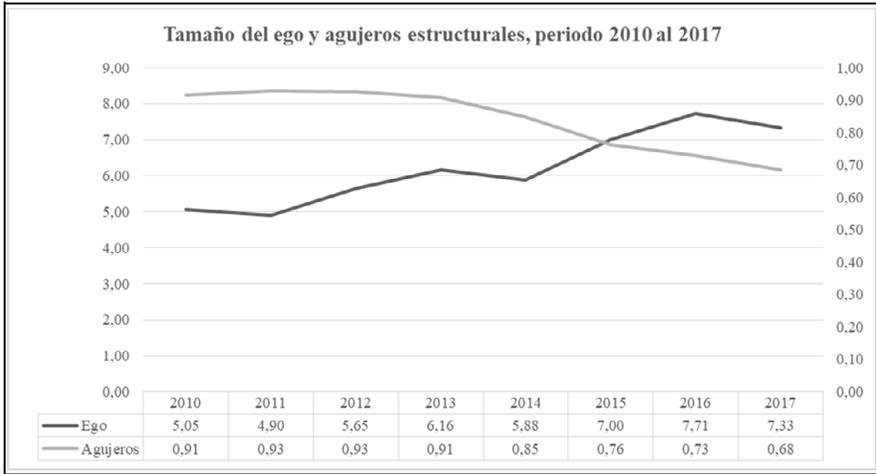
37	HCSF Quirihue	6	45	47
38	CESFAM San Fabián	5	46	47
39	COSAM San Carlos	5	45	47
40	PSR Pueblo Seco	5	43	47
41	CECOSF Los Alpes	4	16	46
42	CECOSF Valle Hondo	3	45	47
43	PRAIS	3	45	47
44	PSR El Sauce Ninhue	2	33	47
45	PSR Guarilhue	2	10	47
46	PSR Ñiquén	2	33	47
47	SAPU José Durán Trujillo	2	43	47

La Tabla 2, también muestra notoriamente como el HCHM (43) seguido del HSC (33) y del CESFAM Violeta Parra (31), presentan el vecindario de mayor tamaño, y a la vez solo requieren de dos pasos para que el nuevo vecindario sea la red completa.

Por otra parte, los centros de salud con el menor tamaño de vecindario son: la PSR El Sauce Ninhue; la PSR Guarilhue; la PSR Ñiquén; y el SAPU José Durán Trujillo, y que presentan solo dos vecinos cercanos, y requieren de hasta tres pasos para que la vecindad sea también la red completa, y solo existe un centro de salud (Centro Comunitario Familiar - CECOF Los Alpes) que requiere de hasta cuatro pasos para que el vecindario sea la red completa.

La siguiente Figura 5, muestra la evolución del tamaño del ego y los agujeros estructurales de la red durante los años 2010 al 2017.

Figura 5. Tamaño del ego y agujeros estructurales



En la Figura 5, se observa que el tamaño del ego aumenta, mientras que los agujeros estructuras disminuyen, durante el periodo de estudio. Este análisis, se centra en comparar en forma general el tamaño o vecindario del ego frente a los agujeros estructurales de la red, y para el contraste de esta hipótesis se realiza una regresión lineal simple.

Por lo cual una red de centros de salud procura contar con un tamaño óptimo para facilitar el acceso a los servicios y garantizar estándares de calidad en aquellos servicios cuyo nivel de calidad depende del volumen de entrega y para lo cual se requiera entre otros, maximizar las economías de escala para la operación de la red.

5. DISCUSIÓN

La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha definido a las redes integradas de servicios de salud como una red de organizaciones que presta, o realiza las gestiones necesarias para asegurar la prestación de servicios de salud equitativos e integrales a una población definida, y que está dispuesta a rendir cuenta pública de sus resultados clínicos y económicos, y por el estado de salud de la población a la que sirve. Para lo cual dicho organismo, también plantea la necesidad de fortalecer los sistemas de salud a través de las redes integradas de servicios de salud,

combatiendo la segmentación y fragmentación de los sistemas de salud para avanzar hacia la prestación de servicios de salud más equitativos e integrales (OPS, 2010).

La WHO (2008a) plantea que las redes integradas de servicios de salud, son las que logran mejorar la accesibilidad del sistema, reducir la fragmentación, evitar la duplicación de infraestructura y servicios, disminuir los costos de producción, mejorar la eficiencia global del sistema, y responden mejor a las necesidades y expectativas de las personas.

En cuanto a los *costos de producción*, para Shortell, Gillies y Anderson (1994) se obtienen mejoras a través de la relación costo-efectividad de los servicios, debido a la reducción de: hospitalizaciones innecesarias; la utilización excesiva de servicios y exámenes diagnósticos; los tiempos de estadía hospitalaria, lo que produce mejorías en las economías de escala y de producción conjunta, aumenta los volúmenes de producción lo que se asocian a su vez con mejorías en la calidad de la atención y en conjunto aumenta la productividad del sistema. Lo que desde la perspectiva:

- *Financiera*: El aumento de la producción mejora los márgenes operacionales totales y los flujos de caja e ingresos totales netos ente otros.
- *Clínica*: La continuidad asistencial se asociaría a mejorías en la efectividad clínica, en la capacidad de respuesta de los servicios, en la aceptabilidad y en la eficiencia del sistema de salud.
- *Del paciente*: Facilitarían el acceso oportuno a servicios del primer nivel de atención; mejoran el acceso a otros niveles de atención cuando son requeridos, lo que evita la duplicación y/o repetición innecesaria de historias clínicas, procedimientos diagnósticos y trámites burocráticos, por lo que se mejoran los procesos de decisión y facilitarían la implementación de estrategias de autocuidado y seguimiento de problemas de salud crónicos.

De igual modo independiente a estos hallazgos, los investigadores plantean la necesidad de realizar estudios de análisis de redes para demostrar la causalidad entre la integración de servicios de salud y su impacto a nivel clínico, salud poblacional y satisfacción de los pacientes (Gillies, Shortell, Anderson, Mitchell y Morgan, 1993).

6. CONCLUSIONES

El presente artículo tuvo como objetivo analizar la integración y capacidad operativa de las redes sanitarias. Para ello se desarrolló un marco conceptual sobre el cual se basó este estudio y, posteriormente se aplicaron medidas del análisis de redes para poder determinar la relación del aumento de la vecindad de un centro de salud.

A partir del marco teórico se puede afirmar que la integración de las redes asistenciales, también se expresa como el acceso oportuno a los servicios, asegurando continuidad de la atención y congruencia de los servicios con las necesidades. Lo cual permite disminuir las listas de espera, las derivaciones tardías, repeticiones innecesarias del historial clínico y de las pruebas diagnósticas o la indicación de intervenciones que no tienen en cuenta las particularidades culturales de algunos grupos poblacionales, lo que produce alta insatisfacción de los usuarios de estos servicios.

Utilizando diversas bases de datos se aplicó el estudio a una red pública de salud de Chile conformada por más de 100 centros de salud, la cual poseía más de 800 mil derivaciones durante el periodo bajo análisis. Los resultados del estudio permitieron obtener hallazgos destacables, porque las métricas utilizadas representan un mecanismo que contribuye a la articulación de la red y aumenta la capacidad operativa de las redes sanitarias, lo cual permitió confirmar la hipótesis bajo estudio.

Sin embargo, la falta de integración en una red asistencial se manifiesta como baja coordinación y articulación entre los distintos niveles y sitios de atención, lo que incluye baja capacidad de resolución. Por lo que estudios de vecindad, ego y agujeros estructurales, permiten identificar los factores causales para intervenirlos oportunamente, lo cual

contribuye a mejorar la integración y la capacidad operativa de la red asistencial y permite disminuir las áreas no cubiertas de la red

7. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

Este trabajo ha sido financiado por la Universidad del Bío-Bío, a través del Proyecto de Investigación.

8. REFERENCIAS

- Altman, N. (1992). An introduction to kernel and nearest-neighbor nonparametric regression. *The American Statistician*, volume 46(3), 175-185.
- Borgatti, S., & Everett, M. (1999). Models of core/periphery structures. *Social Networks*, volume 21, 375-395.
- Borgatti, S., & Everett, M. (2006). A graph-theoretic perspective on centrality. *Social Networks*, volume 28(4), 466-484.
- Cover, T., & Hart, P. (1967). Nearest neighbor pattern classification. *IEEE Transactions on Information Theory*, volume 13(1), 21-27.
- Fernández, D. (2008). El análisis de redes sociales aplicado al estudio de la estructura de las industrias culturales. En congreso I+C: Investigar la Comunicación, Santiago de Compostela, España, 30 enero al 1 febrero 2008, pp. 1-16.
- Freeman, L. (1978). Centrality in social networks: Conceptual clarification. *Social Networks*, volume 1, 215-239.
- Gillies, R., Shortell, S., Anderson, D., Mitchell, J., & Morgan, K. (1993). Conceptualizing and measuring integration: Findings from the health systems integration study. *Hospital & health services administration*, volume 38(4), 467-489.
- Granovetter, M. (1973). The strength of weak ties. *The American Journal of Sociology*, volume 78(6), 1360-1380.
- Haines, V., Godley, J., & Hawe, P. (2011). Understanding Interdisciplinary Collaborations as Social Networks. *Am J Commun Psychol*, volume 47(1-2), 1-11.
- Hanneman, R., & Riddle, M. (2005). *Introduction to social network methods*. Riverside: University of California Riverside.
- Herrero, R. (2000). La terminología del análisis de redes. *Problemas de definición y traducción*. *Política y Sociedad*, volumen 33, 199-206.

- Madariaga, C., y Ávila-Toscano, J. (2012). Análisis de redes sociales. En Ávila-Toscano, J. (Coord.), *Redes sociales y análisis de redes: Aplicaciones en el contexto comunitario y virtual* (pp. 97-131). Barranquilla, Colombia: Corporación Universitaria Reformada.
- Mascia, D., Angeli, F., & Di Vincenzo, F. (2015). Effect of hospital referral networks on patient readmissions. *Social Science & Medicine*, volume 132, 113-121.
- Matei, S. (2011). Analyzing Social Media Networks with NodeXL: Insights from a connected world by Derek Hansen, Ben Shneiderman, and Marc A. Smith. *International Journal of Human-Computer Interaction*, volume 27(4), 405-408.
- Organización Panamericana de la Salud (2010). *Redes integradas de servicios de salud: Conceptos, opciones de política y hoja de ruta para su implementación en las Américas*. Washington, D.C. Serie la renovación de la atención primaria de salud en las Américas, número 4.
- Seidman, S. (1983). Network structure and minimum degree. *Social Networks*, volume 5, 269-287.
- Shortell, S., Gillies, R., & Anderson, D. (1994). The new world of managed care: Creating organized delivery systems. *Health Affairs*, volume 13(5), 46-64.
- Teja, R., Almaguer, G., Rendón, R., y López, N. (2014). Redes y análisis organizacional: roles, posiciones y poder de fragmentación de las relaciones sociales y comerciales *Revista global de negocios*, volumen 2(1), 11-39.
- Tsypin, M., & Röder, H. (2007). On the Reliability of kNN Classification. In *proceedings of the World Congress on Engineering and Computer Science 2007: WCECS 2007, 24-26 October 2007, San Francisco, USA*.
- Valente, T., & Fujimoto, K. (2010). Bridging, Locating critical connectors in a social network. *Soc Networks*, volume 32(3), 212-220.
- Wendel, M., Prochaska, J., Clark, H., Sackett, S., & Perkins, K. (2010). Interorganizational network changes among health organizations in the Brazos Valley, Texas. *The Journal of Primary Prevention*, volume 31(1-2), 59-68.
- World Health Organization (2008). *Integrated health services - what and why?* Technical Brief.

GEOGRAPHICAL DISTRIBUTION OF THE ENERGY SECTOR IN SPAIN

EDUARDO SÁNCHEZ GARCÍA
Universidad de Alicante

FRANCISCO GARCÍA LILLO
Universidad de Alicante

LORENA RUIZ FERNÁNDEZ
Universidad de Alicante

ESTHER POVEDA PAREJA
Universidad de Alicante

1. INTRODUCTION

The most recent origins of the study of industrial agglomeration go back to the work of the British economist Alfred Marshall, developed at the end of the nineteenth century and the beginning of the twentieth century. This author was critical of the factory system, and developed an alternative scenario, represented by the territorial agglomeration of small companies in delimited socioeconomic contexts, specialized in one or several phases of the productive process of a main industry (concept of "Marshallian industrial district"). Thus, through the different editions of his work "Principles of Economics", developed between 1890 and 1920, Marshall determined that there are at least two efficient productive models. On the one hand, the large firm composed of vertically integrated production units of considerable size and, on the other, the geographical agglomeration of many relatively small firms linked to a main industry and specializing in one or more stages of its production process.

Until the 1960s, the production model was based fundamentally on "Fordist" criteria, such as mass production and technological standardization, a consequence of the assumption of the factory system as an

efficient and effective method of production, and the presence in the market of large integrated companies derived from the various processes of vertical integration undertaken in that period, mainly in search of the generation of economies of scale and/or scope, and the reduction of transaction costs. These processes were favored by an unprecedented increase in the consumption of goods and services and a relative homogenization of demand.

According to Becattini (2002), the prevailing conception among economists of the time, in terms of production theory, focused on the "factory system", which assumed that the most efficient and effective production method was one in which all or most of the activities of the production process were concentrated in the same factory and/or company with a high degree of vertical integration. However, despite the availability of capital and some scope for variable cost reduction, large integrated firms incurred high fixed operating costs, and generally lacked the flexibility to adapt quickly to an increasingly dynamic environment (Becattini, 1979).

They proved to be particularly sensitive to the effects of recessionary business cycles. This was evident in the global crisis of the 1970s, which was marked by high inflation, unstable demand, and a significant increase in the degree of dynamism of the business environment. This situation posed a real challenge for the large integrated companies derived from the production model predominant up to that time, the "factory system". In this crisis scenario, the industrial district re-emerged as an effective production and development model which, although it had been identified decades earlier by Marshall, had to wait more than half a century for certain conditions to arise in the environment that would allow it to re-emerge and be accepted as a viable option for industrial development.

According to Sforzi (2008), this fact took place thanks to the Italian researcher Giacomo Becattini, through his research as director of the "Research Institute for the Economic Programming of Tuscany" (IR-PET). In them, Becattini analyzed the particularities and the evolution of the socioeconomic system of the Italian region of Tuscany and determined that the agglomeration of companies specialized in a main

industry favors the generation of certain external economies, the increase of the size of the companies and the socioeconomic development of the region in which they are located. This would lead to a change in the conception of the productive process, and to a gradual increase in the relevance of the territorial factor in business performance.

Therefore, it can be determined that it was Giacomo Becattini who recovered the Marshallian concept of industrial district. A few years later, another prominent author, Michael Eugene Porter, would contribute to increase its popularity through various works, in which he introduced for the first time the term "cluster", which has been established as a broad concept that, today, encompasses almost all territorial agglomerations of companies related to a main industry, regardless of their particular characteristics, which positions the industrial district as a particular type of cluster (Porter and Ketels, 2009).

The aim of this paper is to determine the degree of territorial agglomeration of the electricity, gas, steam, and air conditioning supply sector in the different regions of Spain in relation to the national average, both at regional and provincial level. For this purpose, two coefficients have been calculated: one to determine agglomeration based on the number of companies, and another for employment. For this purpose, secondary data extracted from the SABI database have been collected and analyzed. This source has been selected due to the high level of detail with which the information is shown, which allows for an exhaustive analysis of the distribution of the sector under study. After this introduction, the following sections detail the relevance of the subject and sector under study. Next, the research methodology is explained, and the results obtained are presented and discussed. Finally, conclusions and possible future lines of research are presented.

2. RELEVANCE OF INDUSTRIAL AGGLOMERATION AS A FACTOR OF COMPETITIVENESS

Nowadays, knowledge and innovation are fundamental factors for the generation of competitive advantages by companies (Anning-Dorson, 2018; Marco-Lajara *et al.*, 2018). However, the high degree of

dynamism of the environment, the accelerated pace of development of new technologies, the instability of demand and the increasing degree of globalization of the economy, greatly hinder the success of innovation processes undertaken by companies (Sanchez, 2014; Alexe and Alexe, 2016). Because of this, organizations must invest in them a huge number of resources and capabilities to ensure, as far as possible, their successful completion, as well as their effective integration and combination, especially in the case of technological innovations. In this regard, access to a broad set of valuable resources and capabilities can be crucial for the competitiveness of firms (Acosta-Prado *et al.*, 2014; Dereli, 2015). Thus, in many cases the development of innovations requires the interaction and cooperation of multiple actors in terms of information, knowledge, and other resources, in favor of certain social or economic objectives (Klerkx and Proctor, 2013; Pyburn and Woodhill, 2014).

In this regard, the study of territorial agglomeration of firms and employees belonging to a main industry or sector and its effects on innovative and entrepreneurial performance has gradually gained relevance in recent decades and, especially, in recent years, as a tool to cope with the unprecedented increase in competitiveness at the global level (Ferrary, 2011; Mazet *et al.*, 2013; Brunswicker and Vanhaverbeke, 2015; Yström and Aspenberg, 2017; Della Peruta *et al.*, 2018; Nestle *et al.*, 2019). The analysis of this phenomenon is not limited to a certain type of industries but has been carried out in both traditional and knowledge-intensive industries (Žižka *et al.*, 2018; Albors-Garrigos and Hervas-Oliver, 2019; Troisi *et al.*, 2021).

Historically, location has proved to be a key issue for companies, as in many cases it has been a requirement for controlling the means of production. The flow of goods, capital, the life cycle of products, transport networks and competition mechanisms, among other factors, have evolved over time according to the needs of the market and the technology available at any given time, influencing industrial organization.

However, the gradual globalization of the economy in recent decades, coupled with accelerated technological development, especially in the field of ICT and international freight transport, has given companies

access to resources [capital, goods, information, technology, etc.] from almost any corner of the world. One might expect that this situation would lead to a reduction in the impact of the location of companies on their competitiveness since, in this context, the logic suggests that the characteristics of the environment in which organizations are located cease to be of vital importance as factors of competitiveness, something that has not happened in practice.

Porter (1998) points to a remarkable paradox, which is related to the increase in global competition. This is location as an essential factor for the creation and maintenance of competitive advantage. In particular, the agglomeration of firms and other agents belonging to a main industry located in each geographical environment is presented as a source of competitive advantage in the face of the phenomenon of globalization. The paradox consists in the following: because globalization, and the development of ICT and transport networks have allowed any organization access to global markets [so that all entities, regardless of their location and size, and at a relatively low cost, have access to resources from any point on the planet], the location of companies should have lost importance as a source of competitive advantage.

However, empirical evidence seems to indicate that location plays an essential role as a factor of success for firms. Thus, especially in developed economies, there is a wide range of examples of regions in which clusters of firms specialized in one main industry or sector are located and enjoy great global competitive success. In these regions there are also several productive factors and entities external to the companies, which drive the development of higher levels of specialization and productivity in the companies of the region.

In relation to the above, the following are some current examples. If a consumer wants a high-performance car, he or she will probably think of companies in southern Germany. In case of looking for exclusive designer fashion items, customers will most likely visit those companies located in different regions of Northern Italy. Other examples are high-tech companies located in Silicon Valley or the film industry concentrated in Hollywood.

However, one does not have to leave Spain's borders to find this type of strategic agglomeration, which allows its companies to maintain a solid competitive position in the face of increasing global competition. For example, in the province of Alicante there are some of them: the footwear cluster in the region of the middle and low Vinalopó, textile cluster in Crevillente or the emergence of the new Maritime Cluster in Alicante, driven by the Volvo OceanRace event, among others. However, Spain has many success stories, such as the ceramics cluster in Castellón or the aerospace cluster in the Basque Country.

According to Resbeut *et al.* (2019), the location of firms in environments that present high levels of industrial agglomeration favors the technical specialization of their processes and knowledge, as well as those of those other organizations located geographically nearby that perform complementary activities. Moreover, this and other factors such as cultural proximity, complementarity of resources and capabilities, and the level of trust existing in the company's relationships, both internally and externally, are shown to be relevant elements that favor the successful achievement of collaborative innovation processes (Huang *et al.*, 2015; Abu El-Ella *et al.*, 2016; Kratzer *et al.*, 2017; Nestle *et al.*, 2019; Yun *et al.*, 2020). According to McEvily and Zaheer (1999), in the context of a cluster, various interorganizational networks are generated that favor interaction among its members, so that the probability of developing competitive advantages is positively related to the number, degree and strength of existing relationships.

Because companies, especially SMEs, are not capable of internally generating all the knowledge they require (Marco-Lajara *et al.*, 2019), the location factor is fundamental, insofar as the geographical and cognitive proximity of specialized agents can favor its generation and dissemination in the region (Lorenzen, 2001ab; Maskell, 2001; Asheim and Coenen, 2005; Etzkowitz and Klofsten, 2005). Knowledge is a social good and its generation is largely based on the construction and/or possession of different types of relational networks by a series of individuals and/or entities, in which resources are communicated, transferred or exchanged according to a series of norms, values and objectives common to all its members, which drives the generation and

dissemination of ideas, information and knowledge, especially of a tacit type and, consequently, the innovative performance of the participating companies (Nieves and Osorio, 2013).

According to Parra-Requena *et al.* (2010), industrial agglomeration in territorial clusters can favor the creation and development of fruitful relational networks, in which new knowledge flows with fewer restrictions. Efficient and effective learning environments are generated in such contexts (Lorenzen, 2018; Rozkwitalska and Lis, 2020), which can contribute to the increase of the knowledge base of cluster firms. In addition, the local mobility of specialized human capital, and the existence of a common culture and common goals, favor the diffusion of knowledge among firms in the region, which allows generating innovation opportunities (Doh and Acs, 2010; Delgado *et al.*, 2014; Li, 2014).

3. RELEVANCE OF THE SECTOR UNDER STUDY

This research work focuses its analysis on the electrical energy sector in Spain, specifically on those companies engaged in activities that fall under section D, division 35 of the list of National Codes of Economic Activities (CNAE-2009). These are the activities of electricity, gas, steam, and air conditioning supply. The National Classification of Economic Activities (CNAE-2009) was developed as part of an international standardization process of the grouping and classification of economic activities called "Operation 2007", whose main objective is to facilitate the performance of reliable and comparable statistical analyzes between countries. Its structure presents 4 levels (section or activity, division, group, and class), and has been applied since the year 2009. It has been developed based on the worldwide "ISIC Rev.4" (International Standard Industrial Classification) and the European "NACE Rev.2" (Nomenclature of Economic Activities of the European Community) classifications, to which it is linked by means of correspondence tables. In the case of the selected sector, the identification code and the subcategories of the activities of electricity, gas, steam and air conditioning supply are the same in the three detailed classifications. The following relevant feature concerning the research context should

be noted. The subsector of the production, transport and distribution of electrical energy, according to the INE data corresponding to the financial year 2019, covers 98.14% of the total number of companies that make up section D, division 35 of CNAE 2009.

According to Buesa and Molero (1998), this industry allows the set of agents that make up the socioeconomic context to assimilate technological progress and generate innovations and favors their growth and development. In particular, the activities carried out by companies belonging to CNAE 35 are of great relevance for the development of countries in all areas. According to the World Bank, energy is a fundamental factor that impacts both directly and indirectly on the level of wealth and social welfare of the population. According to this institution, in addition to improving their quality of life in a direct way, it allows societies to invest in industry and innovation and, consequently, to increase their level of wealth and social welfare. Thus, the sector under study is essential for the existence and development of industry. Due to its relevance, access to "affordable, safe, sustainable and modern energy for all" has been included as a goal in the list of Sustainable Development Goals (SDGs).

The global energy industry is currently undergoing an intense process of change, driven by social and political pressures to reduce the carbon footprint in the atmosphere. A transformation of energy sources is taking place globally, with the aim of increasing their security and sustainability. In this context, the belonging of companies to specialized environments can favor the development and incorporation of innovations of a very diverse nature, and thus facilitate the inevitable process of transition towards a more sustainable, affordable, and respectful with living beings and the natural environment energy model.

4. METHODOLOGY

To achieve the objective set out in this paper, an analysis has been carried out of the number of companies and employees in the sector under study in each of the provinces of the Spanish territory in the year 2019. This information has been compared with the total volume of

companies and employees in each of the established regions, with the aim of determining the degree of agglomeration of the sector in each of them.

This analysis has been carried out on the basis of secondary data extracted from the SABI database. It has been decided to use the information contained in this database because it presents a very detailed breakdown of the business information. It allows us to visualize the number of employees of each company and financial year and, based on this data, the total number of employees and companies in the sector in each province has been calculated. In this way, by accessing the exact number of employees of each company, it has not been necessary to resort to other less precise measurement options, such as the calculation of the midpoint in the case that the data had been obtained by means of ranges. This allows for a more exhaustive analysis of the distribution of companies and employees in the sector than with other sources that present more aggregated data. Based on this data, the agglomeration coefficient of the sector in each of the regions established has been calculated, which has been determined from the following formula:

$$\text{Agglomeration coefficient} = \frac{\frac{\text{Number of units of the sector at regional level}}{\text{Total number of units at regional level}}}{\frac{\text{Number of units of the sector at national level}}{\text{Total number of units at national level}}}$$

These coefficients have been widely used in many empirical works related to the study of industrial agglomeration in clusters (Shaver and Flyer, 2000; Folta *et al.*, 2006; Kukalis, 2010; Díez-Vial, 2011; McCann and Folta, 2011; Marco-Lajara *et al.*, 2016). The calculation of these coefficients makes it possible to determine in a clear and comprehensible way the regional distribution of firms and employees belonging to a given sector or industry. The calculated coefficients are interpreted as follows. A value greater than unity indicates that the degree of agglomeration is higher than the national average, and the higher the value, the greater the degree of agglomeration of the sector or industry in the geographical area in question.

The population is made up of the companies and employees belonging to the sector under study. Due to the peculiarities of the territorial

organization of the country, it has been decided to take the Autonomous Community (hereinafter C.A.) and the province as territorial delimitations. In this way, the seventeen Autonomous Communities and fifty provinces that make up the national territory have been taken into account, as well as the autonomous cities of Ceuta and Melilla. The analysis process has been carried out as follows. Based on the data obtained from SABI, the companies belonging to the sector under study were identified. According to this database, the number of active companies in Spain for the year 2019 whose main activity falls under the CNAE 35 code is 13,339 companies.

Subsequently, the data has been ordered by province, obtaining the number of companies in the sector on an Autonomous Community and provincial level. Given that SABI allows for the visualization of the number of employees of each company and financial year, based on this data, the total number of employees of the companies in the sector in each Autonomous Community and province has been calculated. With regard to the measurement of the variables, in order to measure the degree of agglomeration of the companies in the sector under study, the formulas previously indicated have been used for the calculation of the two agglomeration coefficients. As has been indicated, a value higher than unity would reflect a degree of agglomeration higher than the national average, both in relation to the number of employees and the number of companies.

5. RESULTS

This section presents the results of the study. To try to obtain as much information as possible about the distribution of the companies and employees in the sector in Spain, an initial analysis has been carried out by Autonomous Community, so that the results offer a general perspective of the degree of agglomeration of the sector in each of the seventeen autonomous communities. The results offer a general perspective of the degree of agglomeration of the sector in each of the seventeen autonomous regions.

Next, both agglomeration coefficients are detailed, based on the number of companies and employees, at the level of Autonomous Communities, in a descending order, which allows to visualize in a simple way those regions that present a higher degree of agglomeration of companies and employees of the sector under study. A.C., in a list ordered in descending order, which allows us to visualize in a simple way those regions that present a greater degree of agglomeration of companies and employees in the sector under study.

Navarra	3,294	Extremadura	0,652
País Vasco	2,626	Castilla La-Mancha	0,620
Madrid	2,226	Cataluña	0,568
Cantabria	1,130	Murcia	0,563
Aragón	0,907	Galicia	0,547
La Rioja	0,880	Andalucía	0,500
Asturias	0,876	Melilla	0,492
Comunidad Valenciana	0,784	Canarias	0,414
Castilla y León	0,750	Baleares	0,330
Ceuta	0,729		

Agglomeration coefficient of the companies in the sector on an autonomous community level:

La Rioja	2,047	Andalucía	0,681
Navarra	1,870	Galicia	0,661
Castilla y León	1,828	Cataluña	0,549
Madrid	1,772	Asturias	0,452
Castilla La-Mancha	1,645	Cantabria	0,371
Aragón	1,588	Baleares	0,345
Extremadura	1,233	Ceuta	0,333
Murcia	1,194	Canarias	0,304
País Vasco	1,037	Melilla	0,238
Comunidad Valenciana	0,899		

It can be observed that employment in the sector presents a higher degree of agglomeration in only 4 Autonomous Communities. although these are higher agglomeration coefficients. On the other hand, a higher degree of agglomeration of companies in the sector than the national average is observed in 9 Autonomous Communities. although their agglomeration coefficients are, in general terms, lower than those presented by employment.

It seems interesting, therefore, to analyze the average number of employees in the sector per company in each of the Autonomous Communities. It is therefore interesting to analyze the average number of employees in the sector per company in each of the Autonomous Regions, as these differences should be reflected in the business size. In those territories where there is a relatively high agglomeration coefficient of employment in the sector in relation to that of the companies, there should be larger companies than in the rest. Graph 1 shows the average number of employees per company at regional level, based on secondary data obtained from the SABI database. In addition, below, by way of summary, we indicate the two territories with the highest and lowest number of employees per company, respectively, indicating in each case the average number of employees per organization, and their employment and company agglomeration coefficients.

- Cantabria:

Average number of employees per company: 18,040

Agglomeration coefficient of employment in the sector: 1,130

Agglomeration coefficient of companies in the sector: 0,371

- País Vasco:

Average number of employees per company: 15,680

Agglomeration coefficient of employment in the sector: 2,626

Agglomeration coefficient of companies in the sector: 1,037

- Castilla y León:

Average number of employees per company: 2,370

Agglomeration coefficient of employment in the sector: 0,750

Agglomeration coefficient of companies in the sector: 1,828

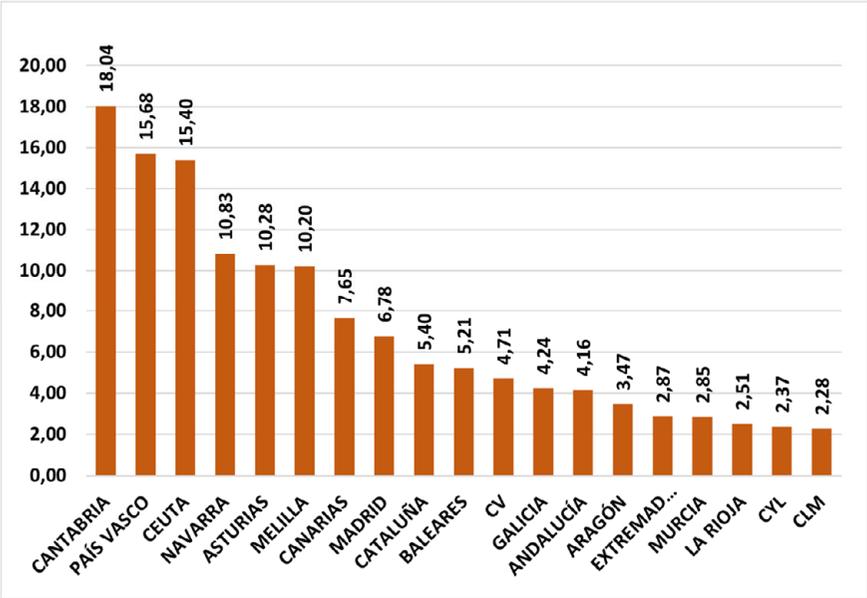
-Castilla La-Mancha:

Average number of employees per company: 2,280

Agglomeration coefficient of employment in the sector: 0,620

Agglomeration coefficient of companies in the sector: 1,645

CHART 1. Average number of employees per firm and autonomous community



Source: Own elaboration.

It has thus been found that in those regions in which the employment agglomeration coefficient in the sector is significantly higher than that calculated based on the number of companies, the average size of the companies, measured in terms of the average number of employees per company in each province, is also significantly higher than in the rest of the regions. Although the results presented by autonomous communities and cities allow us to become aware of the general distribution of companies on a national level, it has been observed that some of the provinces that make up the same Autonomous Community present different levels of agglomeration. Due to this, the level of detail of the analysis has been increased, to try to determine with greater precision which regions present higher levels of agglomeration of companies and employees in the sector.

The agglomeration coefficients of employment and companies in the sector at the provincial level are shown below. In this case, due to the volume of data, they are presented in a descending order, from top to bottom and from left to right.

Agglomeration coefficients of employment in the sector at provincial level:

Vizcaya	4,743	Granada	0,589
Navarra	3,294	Murcia	0,563
Madrid	2,226	Las Palmas	0,558
Albacete	1,875	Palencia	0,543
Valencia	1,168	Cuenca	0,537
Sevilla	1,164	León	0,525
Cantabria	1,130	Barcelona	0,510
Soria	1,128	Melilla	0,492
Lleida	1,127	Segovia	0,490
Zamora	0,992	A Coruña	0,483
Zaragoza	0,957	Cáceres	0,463
Huesca	0,953	Teruel	0,456
Tarragona	0,948	Almería	0,433
Ávila	0,897	Pontevedra	0,345
La Rioja	0,880	Baleares	0,330
Asturias	0,876	Ciudad Real	0,330
Burgos	0,852	Girona	0,302
Álava	0,826	Toledo	0,301
Valladolid	0,819	Guadalajara	0,296
Castellón	0,772	Tenerife	0,269
Badajoz	0,764	Alicante	0,258
Salamanca	0,757	Jaén	0,224
Ceuta	0,729	Málaga	0,194
Ourense	0,707	Guipúzcoa	0,183
Lugo	0,674	Cádiz	0,140
Córdoba	0,630	Huelva	0,059

Agglomeration coefficients of the companies in the sector at provincial level:

Albacete	4,395	Zaragoza	1,497
Soria	2,910	Badajoz	1,497
Álava	2,794	Burgos	1,472
Ávila	2,557	Cuenca	1,453
Zamora	2,533	Granada	1,378
Lleida	2,256	Segovia	1,352
Salamanca	2,212	León	1,214
Huesca	2,175	Murcia	1,194
La Rioja	2,047	Teruel	1,190
Palencia	1,969	Guadalajara	1,188
Castellón	1,967	Ourense	1,088
Valladolid	1,880	Almería	1,080
Navarra	1,870	Lugo	1,048
Madrid	1,772	Córdoba	0,964

Ciudad Real	0,958	Pontevedra	0,423
Vizcaya	0,955	Cantabria	0,371
Valencia	0,936	Baleares	0,345
Sevilla	0,895	Girona	0,342
Cáceres	0,803	Ceuta	0,333
Toledo	0,683	Tarragona	0,331
Jaén	0,627	Las Palmas	0,322
A Coruña	0,626	Tenerife	0,285
Alicante	0,556	Málaga	0,253
Guipúzcoa	0,491	Huelva	0,240
Barcelona	0,480	Melilla	0,238
Asturias	0,452	Cádiz	0,180

In this case, it is observed that, as occurred in the first analysis by Autonomous Community, employment in the sector presents agglomeration coefficients higher than the national average in only 9 provinces. In this case, it can be observed that, as in the first analysis by Autonomous Community, employment in the sector presents agglomeration coefficients higher than the national average in only 9 provinces, while companies present a degree of agglomeration higher than the national average in 27 provinces. Based on the results obtained, it also seems interesting to show the average number of employees in the sector per company on a provincial level. The information has been extracted from the SABI database and, following the same system as above, is shown in the following list.

Vizcaya	30,10	Pontevedra	4,09
Cantabria	18,04	Zaragoza	3,97
Tarragona	17,20	Málaga	3,71
Ceuta	15,40	Lugo	3,29
Navarra	10,83	Burgos	3,23
Asturias	10,28	Cáceres	3,06
Melilla	10,20	Ourense	2,95
Las Palmas	9,48	Murcia	2,85
Sevilla	7,56	Lleida	2,82
Valencia	6,96	Badajoz	2,81
Madrid	6,78	Córdoba	2,81
Tenerife	5,45	Valladolid	2,74
A Coruña	5,42	Soria	2,65
Barcelona	5,42	Toledo	2,62
Baleares	5,21	La Rioja	2,51
Cádiz	5,02	Huesca	2,47
Girona	4,62	Almería	2,44

Alicante	2,38	Álava	2,15
León	2,37	Jaén	2,12
Albacete	2,32	Cuenca	2,10
Granada	2,24	Zamora	2,07
Guipúzcoa	2,23	Ciudad Real	1,98
Teruel	2,23	Ávila	1,97
Castellón	2,22	Salamanca	1,87
Segovia	2,19	Huelva	1,79
Guadalajara	2,17	Palencia	1,68

In this case also, by way of summary, the two territories with the highest and lowest number of employees per company, respectively, are indicated, indicating in each case the average number of employees per organization, and their employment and company agglomeration coefficients.

Vizcaya:

Average number of employees per company: 30,100
 Agglomeration coefficient of employment in the sector: 4,743
 Agglomeration coefficient of companies in the sector: 0,955

Cantabria:

Average number of employees per company: 18,040
 Agglomeration coefficient of employment in the sector: 1,13
 Agglomeration coefficient of companies in the sector: 0,371

Huelva:

Average number of employees per company: 1,790
 Agglomeration coefficient of employment in the sector: 0,059
 Agglomeration coefficient of companies in the sector: 0,24

Palencia:

Average number of employees per company: 1,680
 Agglomeration coefficient of employment in the sector: 0,543
 Agglomeration coefficient of companies in the sector: 1,969

It can be observed that, as has occurred in the analysis by Autonomous Communities, those provinces whose agglomeration coefficient in the sector is significantly greater than that of companies, the average number of employees per company is greater than in the territories where this type of difference is not present, or where it is present. It can be observed that, as has occurred in the analysis by Autonomous Communities, those provinces whose agglomeration coefficient of employment in the sector is significantly higher than that of companies, the average number of employees per company is higher than in the territories where this type of difference is not present, or vice versa.

6. CONCLUSIONS

Once the previous verification has been carried out, and with the purpose of concluding which are the regions that present a higher and lower degree of agglomeration of the sector, respectively, we have resorted to the product of both coefficients, as a means to unify the agglomeration index of the sector in each region.

Firstly, a list is presented which shows the degree of agglomeration of the sector in each of the autonomous regions into which the Spanish territory is divided.

Navarra	6,160	Cantabria	0,419
Madrid	3,944	Asturias	0,396
País Vasco	2,723	Galicia	0,362
La Rioja	1,801	Andalucía	0,341
Aragón	1,440	Cataluña	0,312
Castilla y León	1,371	Ceuta	0,243
Castilla La-Mancha	1,020	Canarias	0,126
Extremadura	0,804	Melilla	0,117
Comunidad Valenciana	0,705	Baleares	0,114
Murcia	0,672		

On the other hand, in relation to the analysis on a provincial level, it is concluded that the sector presents the following degrees of agglomeration in relation to the national average in each of the regions, detailed in order of importance.

Albacete	8,243	Teruel	0,543
Navarra	6,159	Almería	0,468
Vizcaya	4,528	Córdoba	0,465
Madrid	3,943	Cantabria	0,419
Soria	3,283	Asturias	0,396
Lleida	2,543	A Coruña	0,395
Zamora	2,511	Cáceres	0,372
Álava	2,309	Guadalajara	0,351
Ávila	2,294	Ciudad Real	0,316
Huesca	2,073	Tarragona	0,314
La Rioja	1,801	Barcelona	0,245
Salamanca	1,674	Ceuta	0,243
Valladolid	1,539	Toledo	0,205
Castellón	1,518	Las Palmas	0,180
Zaragoza	1,432	Pontevedra	0,146
Burgos	1,254	Alicante	0,144
Badajoz	1,143	Jaén	0,141
Valencia	1,093	Melilla	0,117
Palencia	1,069	Baleares	0,114
Sevilla	1,042	Girona	0,103
Granada	0,812	Guipúzcoa	0,090
Cuenca	0,781	Tenerife	0,077
Ourense	0,769	Málaga	0,049
Lugo	0,706	Cádiz	0,025
Murcia	0,672	Huelva	0,014
Segovia	0,663		
León	0,637		

Based on the above, it is concluded that in those regions in which the agglomeration coefficient of employment in the sector is significantly higher than that of firms, the average number of employees per firm is higher than in regions in which these dissimilarities do not exist or occur inversely.

Finally, it has been considered interesting to submit the following comments made by Steven Paul Jobs, founder of Apple, in a 1995 documentary on the Public Broadcasting Service (PBS) television network called "Triumph of the Nerds: The rise of accidental empires". These comments have been considered to reflect very well the rationale behind the benefits of geographic agglomeration of organizations specialized in a main industry in terms of their level of performance and competitiveness.

In this documentary, Steve Jobs told an interesting parable, detailed below, which seems to summarize very well the causes behind the success

of clusters as a tool to increase the innovative performance and competitiveness of companies.

"When I was a child, there was a widowed man who lived in the street where I lived. He was about eighty years old, and it was scary to see him. I got to know him a little bit. I think he might have paid me to mow his lawn or something. One day he said, 'come to my garage, I want to show you something'. He pulled out his old, dusty rock polisher. It was a motor with a coffee can and a little band between them. He said, 'come with me', we went round the back and pulled out some rocks. Ugly, ordinary rocks. We put them in the can with some liquid, closed the can and he started the engine. He said, 'come tomorrow'. I went the next day and we opened the can. We took out some beautiful, polished rocks. The same ordinary rocks that had gone in, rubbed against each other, creating friction, and a little bit of noise, and out came these beautiful, polished rocks...That has always been in my mind when I think of a team working very hard on something they are passionate about. It's through the team, through a group of extraordinarily talented people, clashing with each other, with arguments, with fights at times, with noise and working, that they polish each other and polish their ideas and, as a result, you get beautiful rocks".⁴¹

This parable allows us to understand in a simple way the main reason why the territorial agglomeration of companies specialized in a main industry or sector allows them to increase their competitiveness over those located geographically dispersed.

Based on this approach, companies and governments can take certain actions to try to maximize the competitiveness of the companies located in a cluster with a high degree of agglomeration and, consequently, the socio-economic development of the region in question, since the sources of competitive advantage are to be found both within the companies and in the context in which they are located. A competitive cluster, well endowed with valuable external agents for the exercise of the activity of the companies dedicated to its main industry, creates a

⁴¹ Accessed on Sep. 16/2021. Text extracted from <https://acortar.link/eiuyqW>

favorable context for the development of innovations and the generation of competitive advantages.

This work has certain limitations, the two most important of which are the following. The institutional framework in the regions is not analyzed, nor are the actions of regional government organisms aimed at promoting the development of the sector studied. In relation to possible future lines of research, in addition to extending the work by analyzing the elements set out in the limitations section, this work establishes a basis on which to study the effect of industrial agglomeration in territorial clusters on a wide range of interesting variables directly or indirectly related to business performance.

8. REFERENCES

- Abu El-Ella, N., Bessant, J., and Pinkwart, A. (2016). Revisiting the honorable merchant: The reshaped role of trust in open innovation. *Thunderbird International Business Review*, 58(3), 261-275.
- Acosta-Prado, J. C., Bueno Campos, E., and Longo-Somoza, M. (2014). Technological capability and development of intellectual capital on the new technology-based firms. *Cuadernos de Administración*, 27(48), 11-39.
- Albors-Garrigos, J., and Hervás-Oliver, J. L. (2019). Disruptive innovation in traditional clusters: the case of the kerajet ceramic tile cluster in Spain. *Applied Sciences*, 9(24), 5513.
- Alexe, C. G., and Alexe, C. M. (2016). The importance of the dimensions of the innovation management in evaluating the innovation capability of the firms in the machine building industry in Romania. *Procedia Technology*, 22(1), 999-1005.
- Anning-Dorson, T. (2018). Innovation and competitive advantage creation. *International Marketing Review*, 35(4), 580-600.
- Asheim, B. T., and Coenen, L. (2005). Knowledge bases and regional innovation systems: Comparing Nordic clusters. *Research policy*, 34(8), 1173-1190.
- Becattini, G. (1979). From the industrial sector to the industrial district. Some considerations on the research unit of industrial economics. *Journal of Industrial Economics and Policy*, 1, 721.
- Becattini, G. (2002). From Marshallian industrial district to contemporary "district theory". A brief critical reconstruction. *Journal of Regional Research*, 1, 9-32.

- Brunswick, S. and Vanhaverbeke, W. (2015). Open innovation in small and medium-sized enterprises (SMEs): External knowledge sourcing strategies and internal organizational facilitators. *Journal of Small Business Management*, 53(4), 1241-1263.
- Buesa, M., and Molero, J. (1998). *Industrial economics of Spain: organization, technology and internationalization*. Madrid, ES: Civitas.
- Delgado, M., Porter, M. E., and Stern, S. (2014). Clusters, convergence, and economic performance. *Research Policy*, 43(10), 1785-1799 (2014).
- Della Peruta, M. R., Del Giudice, M., Lombardi, R., and Acosta, P. S. (2018). Open innovation, product development, and inter-company relationships within regional knowledge clusters. *Journal of the Knowledge Economy*, 9(2), 680-693.
- Dereli, D. D. (2015). Innovation management in global competition and competitive advantage. *Procedia-Social and behavioral sciences*, 195, 1365-1370.
- Díez-Vial, I. (2011). Geographical cluster and performance: The case of Iberian ham. *Food Policy*, 36(4), 517-525.
- Doh, S., and Acs, Z. J. (2010). Innovation and social capital: a cross-country investigation. *Industry and Innovation*, 17(3), 241-262 (2010).
- Etzkowitz, H., and Klofsten, M. (2005). The innovating region: toward a theory of knowledge-based regional development. *R&D Management*, 35(3), 243-255.
- Ferrary, M. (2011). Specialized organizations and ambidextrous clusters in the open innovation paradigm. *European management journal*, 29(3), 181-192.
- Folta, T. B., Cooper, A. C., and Baik, Y. S. (2016). Geographic cluster size and firm performance. *Journal of Business Venturing*, 21(2), 217-242.
- Huang, H. C., Lai, M. C., and Huang, W. W. (2015). Resource complementarity, transformative capacity, and inbound open innovation. *Journal of Business & Industrial Marketing*, 30(7), 842-854.
- Klerkx, L., and Proctor, A. (2013). Beyond fragmentation and disconnect: Networks for knowledge exchange in the English land management advisory system. *Land use policy*, 30(1), 13-24.
- Kratzer, J., Meissner, D., and Roud, V. (2017). Open innovation and company culture: Internal openness makes the difference. *Technological Forecasting and Social Change*, (119), 128-138.
- Kukalis, S. (2010). Agglomeration economies and firm performance: The case of industry clusters. *Journal of Management*, 36(2), 453-481.

- Li, P. F. (2014). Horizontal versus vertical learning: Divergence and diversification of lead firms in the Hangji toothbrush cluster. *China Regional studies*, 48(7), 1227-1241.
- Lorenzen, M. (2001a). Localized learning and policy: academic advice on enhancing regional competitiveness through learning. *European Planning Studies*, 9(2), 163-185.
- Lorenzen, M. (2001b). Ties, Trust, and Trade, *International Studies of Management & Organization*, 31(4), 14-34.
- Lorenzen, M. (2018). The geography of the creative industries: Theoretical stocktaking and empirical illustration. In Clark, G.L., Feldman, M.P., Gertler, M.S. and Wojcik, D. (Eds), *The New Oxford Handbook of Economic Geography*. (pp. 305-323). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Marco-Lajara, B., Claver-Cortés, E., Úbeda-García, M., and Zaragoza-Sáez, P. D. C. (2016). Hotel performance and agglomeration of tourist districts. *Regional Studies*, 50(6), 1016-1035.
- Marco-Lajara, B., Claver-Cortés, E., Úbeda-García, M., García-Lillo, F., and Zaragoza-Sáez, P. C. (2019). The role of internal knowledge generation and external knowledge acquisition in tourist districts. *Journal of Business Research*, 101, 767-776.
- Marco-Lajara, B., Zaragoza-Sáez, P. del C., Claver-Cortés, E., and Úbeda-García, M. (2018). Hotel performance and knowledge sources in Spanish tourism districts. *Current Issues in Tourism*, 21(17), 1988-2013.
- Maskell, P. (2001). Towards a knowledge-based theory of the geographical cluster. *Industrial and corporate change*, 10(4), 921-943.
- Mazet, F. C., Primard, K. G., and Scheid, F. (2013). Open innovation processes within clusters-the role of tertius iugens. *Management Decision*, 51(8), 1701-1715.
- McCann, B. T., and Folta, T. B. (2011). Performance differentials within geographic clusters. *Journal of Business Venturing*, 26(1), 104-123.
- McEvily, B., and Zaheer, A. (1999). Bridging ties: A source of firm heterogeneity in competitive capabilities. *Strategic management journal*, 20(12), 1133-1156.
- Nestle, V., Täube, F. A., Heidenreich, S., and Bogers, M. (2019). Establishing open innovation culture in cluster initiatives: The role of trust and information asymmetry. *Technological Forecasting and Social Change*, 146(1), 563-572.
- Nieves, J., and Osorio, J. (2013). The role of social networks in knowledge creation. *Knowledge Management Research & Practice*, 11(1), 62-77.

- Parra-Requena G., Molina-morales, F. X., and García-Villaverde, P. M. (2010). The mediating effect of cognitive social capital on knowledge acquisition in clustered firms. *Growth and change*, 41(1), 59-84.
- Porter, M. E. (1998). Clusters and the new economics of competition. *Harvard Business Review*, 76(6), 77-90.
- Porter, M. E., and Ketels, C. (2009). Clusters and industrial districts: common roots, different perspectives. In Becattini G., Bellandi M., and De Propis, L. (Eds.), *A Handbook of Industrial Districts* (pp. 172-183). Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing.
- Pyburn, R., and J. Woodhill (2014). *Dynamics of Rural Innovation - A primer for emerging professionals*. Arnhem, NL: LM Publishers.
- Resbeut, M., Gugler, P., and Charoen, D. (2019). Spatial agglomeration and specialization in emerging markets: Economic efficiency of clusters in Thai industries. *Competitiveness Review: An International Business Journal*, 29(3), 236-252.
- Rozkwitalska, M., and Lis, A. (2020). Social learning in cluster initiatives. *Competitiveness Review: An International Business Journal*, Unpublished manuscript. <https://doi.org/10.1108/CR-10-2019-0099>, last accessed 2020/12/22.
- Sánchez, F. J. S. (2014). *Métodos de investigación social y de la empresa*. Madrid, ES: Ediciones Pirámide.
- Sforzi, F. (2008). Unas realidades ignoradas: de Marshall a Becattini. *Mediterráneo Económico*, (13). 43-54.
- Shaver, M. J., and Flyer, F. (2000). Agglomeration economies, firm heterogeneity, and foreign direct investment in the United States. *Strategic Management Journal*, 21(12), 1175-1193.
- Troisi, O., Visvizi, A., and Grimaldi, M. (2021). The different shades of innovation emergence in smart service systems: the case of Italian cluster for aerospace technology. *Journal of Business & Industrial Marketing*, 36(3), 1-25.
- Yström, A., and Aspenberg, H. (2017). Open for innovation? Practices supporting collaboration in Swedish regional clusters. *International journal of innovation management*, 21(5), 1-28.
- Yun, J. J., Zhao, X., Jung, K., and Yigitcanlar, T. (2020). The culture for open innovation dynamics. *Sustainability*, 12(12), 5076.
- Žižka, M., Valentová, V., Pelloneová, N., and Štichhauerová, E. (2018). The effect of clusters on the innovation performance of enterprises: traditional vs new industries. *Entrepreneurship and Sustainability Issues*, 5(4), 780-794.

VINCULANDO LA INNOVACIÓN Y LA ECONOMÍA SOCIALES Y SOLIDARIA. EL CASO DE ETIKALIA INMOBILIARIA ÉTICA Y SU DESARROLLO

ASIER ARCOS-ALONSO

Universidad del País Vasco UPV/EHU

ANDER ARCOS ALONSO

Solidaridad Internacional

AMAIA GARCIA-AZPURU

Universidad del País Vasco UPV/EHU

ANDONI KORTAZAR

Universidad del País Vasco

1. INTRODUCCIÓN

Etikalia surgió en el año 2014 con el ánimo de dar una respuesta socialmente innovadora desde el emprendimiento de la Economía Social y Solidaria (ESS en adelante) a la falta de acceso a la vivienda en el País Vasco.

Con el objetivo específico de facilitar el derecho a tener una vivienda digna, desde la empresa privada se introduce la visión ética en el sector inmobiliario y se adopta un modelo de negocio que garantice su sostenibilidad económica y social. Esto se viabiliza mediante la implementación de la triple cuenta de resultados -económicos, sociales y medioambientales-, buscando permear a las personas beneficiarias de la innovación como sujeto activo en el ciclo de desarrollo de su propio emprendimiento.

Etikalia sustenta su carácter innovador en la creencia de que las innovaciones sociales deben ser sociales tanto en sus medios como en sus fines, y se definen como nuevas ideas (productos, servicios y modelos) que simultáneamente dan respuesta a las necesidades sociales y crean

nuevas relaciones sociales o colaboraciones generando bienestar en la sociedad y al mismo tiempo produciendo mejora en su capacidad para actuar.

En el presente capítulo se analiza si Etikalia S.L. se puede considerar una experiencia exitosa de Innovación Social -IS en adelante- en tanto que ha venido a aportar solución de una problemática: la falta de acceso a una vivienda digna, que afecta cada vez a una capa de población más amplia, y que ni el Estado ni el mercado son capaces de solucionar de manera satisfactoria.

Desde el punto de vista de la IS y la ESS se discutirá si el negocio es compatible con la ética y se tratará de dar una respuesta a esta cuestión examinando en detalle el caso de la empresa social Etikalia inmobiliaria ética. Como se verá, la *IS* es aquella que tiene como objetivo satisfacer las necesidades sociales de una manera que tenga en cuenta las condiciones de trabajo, la educación y el desarrollo comunitario.

1.1. LA INNOVACION SOCIAL

La literatura sobre IS se puede clasificar en torno a tres temas principales: innovación tecnológica, relaciones sociales y el impacto que tiene en la sociedad. Actualmente la mayoría de la literatura científica proviene de una perspectiva sociológica de las relaciones sociales, mientras que son mínimas las publicaciones que están asociadas con la innovación tecnológica (Lasa-Altuna, 2020).

El surgimiento de la Economía Social entre el siglo XIX y principios del siglo XX sentó las bases para establecer los límites modernos de la IS gracias a la creación de nuevos modelos y estructuras institucionales, que facilitan la acumulación paulatina de una economía social como alternativa frente al capitalismo industrial (Defourny y Nissens, 2013). De hecho, cuando se habla de innovación se vincula directamente con el capitalismo, sin embargo, cuando esta innovación viene acompañada de un componente social, hace referencia a una cara amable, que se preocupa por la cohesión social y que en la mayoría de los casos aborda a la sociedad civil y a los derechos de la ciudadanía (Eizaguirre, 2016).

En los intentos de la Unión Europea por luchar contra la pobreza, se pueden encontrar uno de los factores que quizá más han propiciado el interés por la IS, considerado como el concepto de estructuración de un nuevo enfoque que pretendía el desarrollo de la región (Moulaert et al., 1997). Tal y como señalan Moulaert et al. (2005) el desarrollo integrado se estableció como una alternativa a las estrategias históricas y sectoriales para el desarrollo local. Sin embargo, para lograr el éxito de tal desarrollo local era necesario conseguir la integración de aspectos como la economía, vivienda, educación, formación, democracia local, la cultura, etc. En esta dinámica integradora la IS es crucial para satisfacer las necesidades humanas insatisfechas y para gestionar las relaciones entre individuos y grupos en barrios o territorios más amplios.

Después del movimiento de desarrollo urbano se observa el resurgimiento de la Economía Social como un nuevo movimiento que aboga por la colaboración y por la ayuda a aquellos colectivos más desfavorecidos como consecuencia de la crisis de 2008 (Moulaert et al., 2017). Según los mismos autores, en esta última oleada algunas investigaciones sobre IS han atenuado el elemento emancipatorio y la ESS se presenta como un instrumento para la racionalización del Estado del Bienestar.

Algunas de las menciones a la IS como concepto se pueden encontrar en la red de investigación SINGOCOM donde, como señalan Moulaert y Ailenei (2005), se comenzó a acuñar el término de IS como concepto científico en términos de análisis territorial y análisis de la innovación. No obstante, es preciso resaltar que se había recurrido con anterioridad a este término como reacción de algunos/as autores/as a los puntos de vista tecnológicos y gerenciales de la innovación, así como a las estrategias de innovación en economía, sociología y administración de empresas (Hillier et al., 2004).

Dentro de la literatura existente se observan diferentes postulados que enfatizan diversos aspectos específicos, pero que, en última instancia, proporcionan una serie de dimensiones complementarias para examinar la IS (Moulaert y Ailenei, 2005).

La ciencia de gestión, por su parte, enfatiza en las interrelaciones dinámicas entre reestructuración organizacional y aprendizaje. En este sentido, como señalan Moulaert y Ailenei (2005) la comunicación, la adaptación, el aprendizaje y los actos creativos dentro de las organizaciones se fusionan en la intersección de los cambios estructurales y comportamientos innovadores generando oportunidades para la IS. Un segundo enfoque vincula el éxito comercial con mejoras sociales y medioambientales, de tal modo que la investigación sobre emprendimiento social o ético ha derivado en importantes hallazgos sobre IS en temas como la autogestión o la provisión ecológica.

En cuanto al tercer enfoque, fundamentado en la creatividad y las artes, tiene en cuenta no sólo los procesos de aprendizaje y los resultados generados, sino que también presta atención a ideas que pueden inspirar la IS.

Un cuarto enfoque pone el énfasis en la importancia de la estructura social como elemento catalizador, al tiempo que considera el conjunto de limitaciones para la IS en un territorio (Moulaert y Ailenei, 2005).

Se pueden encontrar trabajos que han tratado de establecer una definición universal de la IS, tarea que no resulta fácil dado que ésta se muestra especialmente contingente sobre las condiciones sociales e históricas de las que surge. No obstante, Moulaert et al. (2017) establecen que existen dos principios fundamentales que caracterizan la IS:

- La IS no se puede reducir a un único campo de estudio, sino que se relaciona con una amplia diversidad de actividades encaminadas a abordar problemas sociales y necesidades humanas.
- La IS no separa los medios de los fines, tratando dichos problemas como inherentes a las relaciones sociales. Esta consideración conlleva a modificar las relaciones adoptando nuevas prácticas sociales, arreglos institucionales y formas de participación.

Teniendo en cuenta lo anterior, los límites de la IS van más allá de satisfacer diferentes necesidades, puesto que ésta puede suponer una

mejora de las oportunidades a largo plazo para individuos y comunidades mediante el uso de medios más eficientes y sostenibles, que permitan a la sociedad enfrentar sus desafíos. No obstante, algunos/as autores/as ponen de manifiesto que la IS debería generar un impacto transformador más profundo (Moulaert et al., 2007).

A pesar del uso extendido de la IS en los actuales contextos y un uso recurrente del mismo, este término no ha sido tratado en profundidad (Moulaert y Ailenei, 2005), sino que ha dado como resultado un conglomerado de definiciones. Este conjunto de definiciones puede resultar ambiguo e incluso algo impreciso en ocasiones como consecuencia de las múltiples interpretaciones y contextualizaciones a las que la IS es sometida.

Dentro de este conglomerado se puede identificar, a grandes rasgos, que algunos/as autores/as identifican la IS como un proceso mediante el cual una idea se transforma en un producto/servicio que satisface ciertas necesidades de la población, o bien en una iniciativa novedosa que mejora la eficacia de la actividad pública. Por otra parte, otros/as autores/as resaltan la dimensión social de la innovación tecnológica, es decir, la parte correspondiente a la participación y gestión del talento humano.

Por su parte, Ayob et al. (2016) limitan este amplio concepto a tres propuestas específicas. Las primeras propuestas, derivadas de la literatura sociológica pero también presentes en la tecnología y el cambio social, la ciencia política y la literatura de diseño de pensamiento. Así, el concepto de IS implica la aplicación de nuevas formas de colaboración entre individuos u organizaciones, y a menudo relaciones renovadas y más horizontales entre el gobierno, la sociedad civil y la ciudadanía. Requiere conversión, en suma. La segunda propuesta, que proviene de la literatura y la ciencia política de la tecnología y el cambio social, puede llevarnos a una nueva relación social y de poder en estas innovaciones sociales. “Finalmente, la tercera propuesta, que aparece en la literatura sobre administración y gestión empresarial, argumenta que la innovación debería tener un impacto positivo en la sociedad desde un punto de vista funcional, aumentando la calidad y cantidad de vida” (Lasa-Altuna, 2020, p.52).

Ante este contexto de definiciones polisémicas, Mulgan (2007) simplifica el concepto estableciendo que la IS consiste en "nuevas ideas que funcionan". Este autor considera que la IS hace referencia a la búsqueda de nuevas ideas que funcionan para alcanzar objetivos sociales. Sin embargo, esta definición es demasiado amplia, puesto que abarca una gran diversidad de fenómenos. Ante esta situación se puede establecer una definición más acotada como actividades y servicios innovadores que están motivados por el objetivo de satisfacer una necesidad social y que son predominantemente desarrollados y difundidos a través de organizaciones cuyos fines primarios son sociales.

Una de las definiciones de IS más aceptada es la proveniente del Centro de Investigación sobre Innovaciones Sociales en Quebec:

"La IS es una intervención lanzada por actores sociales para alcanzar una meta, satisfacer necesidades específicas, proporcionar una solución o aprovechar una oportunidad para cambiar las relaciones humanas por iniciativas, transformar el alcance de la acción o proponer nuevas direcciones culturales" (Bouchard, 2013).

Se trata, pues, de que la IS de respuestas específicas a problemas específicos. Autores como Lévesque (2006) o Moulaert et al. (2013) entienden que la misma aporta soluciones de carácter progresivo a problemas como la inequidad, la falta de inclusión social, siendo una herramienta de desarrollo y avance social. Presentan la IS como la fuerza impulsora detrás de la investigación multidisciplinaria y al mismo tiempo como una guía para la actividad colectiva (Lasa-Altuna, 2020).

Asimismo, según la Oficina de consejeros de Política Europea -BEPA en sus siglas en inglés- (2014) el modo más operativo de definir la IS actualmente en la formulación de políticas es a través del análisis de la amplitud de los términos *social* e *innovación*. En esta línea Phills et al. (2008) definen la IS como

"una solución novedosa para una sociedad de un problema que es más efectiva, eficiente, sostenible o justa que la solución existente y para las cuales el valor creado corresponde principalmente a la sociedad en su conjunto en lugar de particulares" (p. 41).

Según su definición, una innovación es verdaderamente social cuando el equilibrio se inclina hacia el valor social (beneficios para la sociedad

en su conjunto), en lugar de hacia el valor privado (beneficios para empresarios/as o inversores solamente).

Etxezarreta et al. (2014) establecen que la IS es una categoría interdisciplinar para la investigación científica que da cuenta de los cambios en las sociedades donde se aplica. Estos cambios se refieren a la acción colectiva, políticas públicas, movimientos sociopolíticos, organizaciones formales e informales.

Ahora bien, para que un proceso social o aprendizaje, sea considerado IS debe incidir en estas tres dimensiones aportadas por Klein et al. (2012):

- Gobernanza; al medirse los términos de consulta, concertación y reconocimiento de las partes involucradas, pues la IS es colectiva y democrática. Algunos ítems de medición serían los tipos de alianza, que pueden ser informativas, cooperativas o colaborativas.
- Co-producción y co-construcción; pues en esta dimensión se contempla la participación de los actores en movimientos sociales, elaboración de políticas públicas, etc.
- Economía plural; pues estudia la contribución de los diversos actores a la pluralidad de formas de propiedad y desarrollo económico. Esta dimensión puede medirse según significancia económica de la IS en las cadenas de valor, hibridación de recursos, etc.

Las IS, por tanto, son el motor que crea acciones colectivas ofreciendo soluciones distintas a aquellas de las prácticas dominantes al poner la economía al servicio de las personas y la sociedad. Sin embargo, la transformación social no puede aparecer por la simple multiplicación de Innovaciones Sociales, sino que es necesaria la vinculación de los movimientos sociales y su objetivo emancipatorio para configurar nuevas reglas (Klein et al., 2016).

1.2. LA ECONOMÍA SOCIAL Y SOLIDARIA Y SU VÍNCULO CON LA INNOVACIÓN SOCIAL

Askunze (2013) explica que desde que surgió el capitalismo han existido diversas iniciativas que algunas organizaciones han impulsado como respuesta a la desigualdad e injusticia que este sistema ha generado. Así, como parte de estas prácticas a finales del siglo XIX y como consecuencia del cooperativismo y el mutualismo nace la ESS.

Entre las características que presenta la ESS se encuentran: las demandas sociales que intenta atender; los actores que están detrás de estas iniciativas; y el deseo explícito de un cambio social. Así, a diferencia de la economía convencional, que baraja conceptos como capital, mercantilismo público y privado y búsqueda de beneficios máximos, la ESS busca construir relaciones equitativas y justas respecto a la producción, distribución, consumo y financiación, siendo la justicia, la cooperación y ayuda mutua sus cimientos.

Así, la ESS se define por ciertas características específicas que comparten valores, principios y normas y cuya finalidad social es diferente a la de la economía convencional. Características que ayudan a identificar organizaciones diferentes del sector público y privado, que tienen capacidad de combinar iniciativa empresarial privada con colectiva, y métodos de gobernanza para lograr sus objetivos alejados del puro beneficio. Es aquí donde interrelaciona la Economía Solidaria con la IS, pues dado que estas organizaciones no son ni totalmente privadas ni gubernamentales, se esfuerzan por satisfacer necesidades que ni las lucrativas ni las del Estado satisfacen, considerándose así, impulsoras clave de formas múltiples de IS, pues desarrollan y ofrecen productos y servicios para segmentos ignorados, ofreciendo nuevas oportunidades (Bouchard, 2011).

Según Bouchard (2011) y Richez-Battesti et al. (2012), la ESS se convertirá en el motor de esta IS. Por un lado, en un enfoque más funcionalista de la IS, la ESS tiende a satisfacer necesidades que el Estado o el mercado no satisfacen, dada su capacidad para detectar y responder a la demanda social, movilizandoo recursos de mercado y no de mercado. Por otro lado, en una concepción más transformadora de la IS, la ESS,

desde el comienzo de su historia, ha experimentado, en relación con las luchas sociales, nuevas formas de respuesta a las necesidades económicas y sociales al alterar las normas e instituciones existentes.

El concepto de IS, por lo tanto, representa parte de las dimensiones normativas contenidas en el proyecto y los valores de la ESS, al tiempo que permite extraerse de una visión de la ESS dominada por los estatutos legales (cooperativas, mutuales, asociaciones y fundaciones). También contribuye a una modernización de la retórica de la ESS, que aparece como una herramienta de señalización en una economía muy competitiva. Pero si no todas las empresas de ESS producen IS, tampoco es toda IS el único hecho de ESS.

Por su parte Eizaguirre (2016) aduce que, aunque existen estudiosos que no ven claramente la relación que existe entre la ESS y la IS (Conil, 2014; Estivill, 2014), otros reconocen claramente su vinculación. Tal es el caso de Laurent Fraisse (2013) y el mismo Eizaguirre (2016) que aportan tres razones para explicar más claramente la vinculación entre ESS e IS:

- Señalan que los objetivos sociales de la actividad económica están muy presentes en las empresas de la ESS;
- Las prácticas de la ESS han sido muy activas en la innovación de las formas empresariales dando pie a empresas con estatutos no capitalistas, basadas en la autogestión.
- La ESS contribuye a la comprensión del papel que juegan las prácticas económicas de índole no capitalista, con el fin de conseguir bienestar social, desarrollo económico y regeneración ambiental.

De otro lado, Richez-Battesti, Petrella y Vallade (2012) plantean que existen enfoques llevados a cabo por muchos investigadores/as o actores de la ESS, que consideran que la IS es probable que lleve las semillas de una transformación social sostenible centrada en la participación de las partes múltiples interesadas y sobre la democracia en los territorios.

Aduce Richez-Battesti que, en ausencia de una definición clara basada en criterios reconocidos colectivamente, el uso de la categoría "IS"

constituye un instrumento utilizado por los actores (de la ESS y las comunidades locales, entre otros) como una palanca para promover el desarrollo de sus acciones.

Las iniciativas que, a nivel práctico, se identifican con la ESS se manifiestan en todos los ámbitos del proceso económico. Estas iniciativas se desenvuelven a nivel organizativo de manera que los procesos de producción de bienes y servicios respondan a una lógica diferente de desarrollar la actividad económica. Méndez (2015) aduce que las iniciativas de ESS plantean una estrategia que puede calificarse de innovadora, al movilizar una serie de actores para dar respuesta a problemas y retos debidos a la crisis económica y las políticas de austeridad. Sin embargo, para el autor lo importante de las iniciativas de ESS es su aporte en términos de imaginación y creatividad en clave colectiva con el fin de transformar la realidad e impulsar un cambio social y el empoderamiento comunitario, es decir, IS. Además, al igual que otros autores, Méndez (2015) vincula el tipo de IS que desarrollan las iniciativas de ESS al territorio-contexto concreto. Aduce que la crisis económica o social ha originado respuestas de resiliencia urbana más inclusiva. Subraya la importancia de un conjunto heterogéneo de redes colaborativas a nivel local basadas en relaciones de reciprocidad y proximidad.

Recapitulando, el carácter transformador es intrínseco a la IS al contribuir transformar la realidad vigente a diferentes niveles, y contar con elementos evidentes de confluencia con los postulados de la ESS. Comparten el fin último de hacer algo para aportar un cambio que afecte a la sociedad. Esto puede hacer que las entidades de ESS se signifiquen como agentes de IS al atender a demandas sociales no satisfechas por el Sector Público ni el privado y poner en práctica iniciativas que den respuesta a éstas desde lo colectivo (Lasa-Altuna (2020), Méndez, 2015). Usualmente, este tipo de entidades han atendido a demandas que o bien no eran rentables económicamente, y, por ende, quedaban fuera de la oferta, o bien que el Sector Público no llegaba a atender por razones diversas (tardanza en la respuesta, falta de flexibilidad, anquilosamiento y excesiva burocracia, disparidad de prioridades políticas, etc.). Y no sólo eso. Entidades de ESS han abordado, con originalidad y eficacia, problemáticas que afectan a colectivos en situación de

vulnerabilidad extrema que, de otra manera, hubieran agravado su situación de riesgo de exclusión social. Léase: servicios de atención a distancia para personas mayores o con movilidad reducida, servicios de reciclaje y contratación de personas en riesgo de exclusión o en vías de inclusión, empresas sin ánimo de lucro enfocadas a la mejora de la empleabilidad, incluso servicios bancarios y financieros o creación de *start-ups*. En todos estos casos, las entidades de ESS han demostrado ser capaces de innovar y ofrecer alternativas que respondan de una manera flexible a las demandas de la sociedad (Arcos-Alonso, 2021).

Uno de los elementos clave más generalizado para superar dificultades y situaciones de crisis es la estrecha vinculación de la organización con la comunidad y su territorio, así como contar con apoyos externos, es decir, con la vinculación con actores sociales, políticos y económicos.

Decir también que las entidades de ESS se ubican en el entorno socio-económico en una posición que las hace especialmente proclives a buscar salidas innovadoras a problemas o carencias detectadas. La propia lógica de las dinámicas en que se devuelven estas entidades en el día a día, la disparidad y heterogeneidad de agentes que las componen y con quienes se desenvuelven, hace que vivan en un estado continuo y sostenido de búsqueda creativa de ideas que a la vez les siga dando legitimidad en relación a sus bases y al mantenimiento de sus valores; mientras que se busca una mayor eficiencia y eficacia en términos económicos para el desarrollo de su misión como agente social.

De este modo se puede afirmar que desde la perspectiva de la ESS la igualdad de oportunidades entre personas en general, y entre hombres y mujeres en particular, tiene una gran importancia en la búsqueda de una sociedad justa y equitativa. Así, la provisión de un tipo de trabajo determinado, y el garantizar una participación realmente equitativa y efectiva en el seno de las entidades de ESS tiene un papel central.

En definitiva, este tipo de iniciativas son capaces de buscar ideas innovadoras, que respondan de una manera ágil y eficiente a problemáticas de carácter local y global. Buscan, en suma, la transformación del entorno social y económico en clave de mejora individual y colectiva.

2. OBJETIVOS

- Objetivo general:

Analizar el carácter de agente de IS de Etikalia Inmobiliaria ética, como entidad de ESS.

- Objetivos específicos:
 - Objetivo específico 1: Analizar Etikalia Inmobiliaria ética teniendo en cuenta los siguientes aspectos clave: áreas de trabajo de la entidad, ubicación espacial, redes, servicios ofertados y volumen de actividad.
 - Objetivo específico 2: Identificar los elementos característicos que tiene una entidad que se signifique como agente de IS.

3. METODOLOGÍA

La metodología utilizada es cualitativa, aportando una comprensión profunda del caso estudiado, a partir de las voces de las personas protagonistas recogidas a través de un diario de campo. El método de análisis elegido es el estudio de caso.

3.1. MÉTODO:

Stake (1988 p.11) define el estudio de casos como “el estudio de la particularidad y de la complejidad de un caso singular, para llegar a comprender su actividad en circunstancias importantes”. Álvarez y San Fabian (2012) añaden otras características básicas de los estudios de caso, que los diferencian de otros métodos de estudio:

El investigador ha de tratar de observar la realidad con una visión profunda y, asimismo, ha de tratar de ofrecer una visión total del fenómeno objeto de estudio, reflejando la complejidad de este. Estudian fenómenos contemporáneos analizando un aspecto de interés de estos, exigiendo al investigador una permanencia en el campo prolongada. Si dan procesos de negociación entre el investigador y los participantes de forma permanente. Los estudios de caso incorporan múltiples fuentes de datos y el análisis de estos se ha de realizar de modo global e interrelacionado (p.3)

Así, la elección del método se justifica por las siguientes razones:

- Ser un método que corresponde al enfoque cualitativo de investigación y permite describir, analizar y comprender en profundidad un fenómeno o proceso determinado dentro de una realidad particular.
- Ubicarse dentro del enfoque ideográfico, que pretende comprender en profundidad una realidad social o educativa -individuo, grupo, institución (Etikalia)-, destacando aquellos aspectos, variables o relaciones más significativas, y, poder así extraer esas variables y confrontarlas con los criterios de IS.

3.2. FASES:

Teniendo en cuenta las etapas del diseño de investigación, se describen cuatro fases:

- Fase 1. Acercamiento al contexto de estudio y proceso de negociación de entrada.
- Fase 2. Elaboración de los instrumentos de recogida de información. El proceso fue abierto en busca de indicadores que ayudaran a comprender mejor la realidad de Etikalia.
- Fase 3. Recogida y producción de información: Recogida de información a través de entrevistas en profundidad.
- Fase 4. Análisis de información y elaboración de informe.

3.3. TÉCNICAS DE PRODUCCIÓN DE DATOS:

A lo largo del estudio se aplicaron diferentes técnicas de análisis. En concreto, a lo largo del proceso se aplicaron las siguientes técnicas:

g. Análisis documental:

- El análisis de documentos fue la primera técnica utilizada. Las fuentes primarias y secundarias de información aportaron datos e información relevante, que una vez sistematizada fue empleada en el estudio. Tipos de fuentes:

- Fuentes primarias: Entre ellas nombrar páginas web, informes, estatutos, balances de cuentas y planes estratégicos de la entidad.
- Fuentes secundarias: Bases de Datos (Scopus Database, Proquest Central, Clarivate, Dialnet; Google Academico), informes, artículos científicos, documentación gubernamental y memorias.

h. Entrevistas en profundidad:

Se llevaron a cabo un total de tres entrevistas informales, recogidas posteriormente en forma de notas de campo. El guión se centró en elementos claves de la entidad: su génesis, su gestión, organización, y evolución de indicadores cuantitativos, para el periodo 2014-2022.

4. RESULTADOS

4.1 EL CASO: ETIKALIA INMOBILIARIA ÉTICA

4.1.1. NACIMIENTO DE ETIKALIA Y SU DESARROLLO ORGANIZACIONAL Y DE FUNCIONAMIENTO (2014-2022)

Etikalia nació en el año 2014 para cambiar la manera de operar en el sector privado inmobiliario, donde usualmente los resultados económicos son el objeto primordial. Se inscribió como Sociedad Limitada; sin embargo, se decidió constituirlo como entidad sin ánimo de lucro a nivel de estatutos internos. A resultas de ello, los beneficios no se iban a revertir en las personas socias de capital, sino que serían destinados a la propia empresa y a su fin social, que no era otro que el de contribuir a que cada vez más personas tuvieran acceso a una vivienda (Arcos-Alonso, García-Alonso y García-Álvarez, 2022).

Se decidió primar el bien social sobre el beneficio económico, siempre garantizando la sostenibilidad y pervivencia de la empresa. Ello devino, por tanto, en un reenfoque donde el acto económico estaba al servicio del bien común y de la sociedad en su conjunto. Debido a ello, se adaptaron los métodos de trabajo a esta filosofía a nivel interno y

organizativo, así como de cara a la clientela. El fin último era generar empleo de calidad, confianza en el cliente y favorecer el acceso a la vivienda.

Asimismo, se decidió poner el medioambiente como uno de los pilares a los que tenía que responder la empresa con sus resultados. A este efecto, se decidió impulsar la utilización del parque de viviendas construido y, mediante ventas y alquileres se conseguiría una menor necesidad de construcción de nueva vivienda, reduciendo el impacto ambiental de las nuevas construcciones (Etikalia, 2022).

Estos tres pilares fundacionales -social, medioambiental y económico-, que se traducen en la triple cuenta de resultados de Etikalia, derivaron en la necesidad de trabajar los aspectos éticos de la empresa con determinismo y de manera participada. Así, se estableció una serie de medidas que fueron adoptadas a la hora de poner en marcha la empresa, y que siguen vigentes con leves adaptaciones. Requisitos establecidos a cumplir por parte de las personas trabajadoras de Etikalia (Etikalia, 2022):

- Priorizar el alquiler inmobiliario como alternativa habitacional, primándolo sobre la venta.
- Comenzar a trabajar en red. Se acercó a redes locales de ESS y empresas del entorno como modo de generar sinergias y aprendizaje mutuo. Por ejemplo, insertándose en redes como REAS Euskadi, Economía del Bien Común y “soy sostenible”.
- Priorizar el crecimiento orgánico de la empresa como filosofía de crecimiento, por delante de posibles acuerdos de partenariatado y/o absorciones o fusiones.
- Renunciar expresamente a participar en operaciones especulativas y a obtener beneficios económicos a costa de las personas trabajadoras.

- Ofrecer precios competitivos mediante la siguiente fórmula: No se cobrarían comisiones a terceras personas por servicios como seguros, certificados de eficiencia energética etc.
- Apostar por un modelo de negocio donde la mediación entre los intereses de las personas arrendatarias y arrendadoras fuera central (no siendo una mera empresa de transacción de servicios). Se combinó el problema de quien necesitaba una vivienda con el de quien tenía una vivienda vacía, buscando soluciones que permitieran anular mutuamente ambos problemas y satisficieran a ambas partes.
- Priorizar el transporte público en los desplazamientos de la empresa.
- Apostar por ir más allá en su labor y, acercar y sensibilizar a sus diferentes grupos de interés (*stakeholders*), de manera que se animaran a participar en el mercado inmobiliario de forma ética y en coherencia con sus valores personales.
- Apostar por una intermediación donde no se dieran relaciones asimétricas de poder entre arrendador y arrendatario, intentando Etikalia garantizar este punto mediante sus políticas de empresa y servicios prestados.
- Priorizar la excelencia de servicio sobre la obtención de excedentes.
- Evitar taxativamente el fraude, tanto a Administraciones Públicas (transacciones en dinero negro) o de ayudas sociales.
- Nuevas fórmulas de acceso a la vivienda e innovación.
- Escucha activa respecto a las personas arrendadoras de cara a facilitarles un servicio lo más personalizado posible.
- Compartir saberes, aprendizajes y dialogo activo. Se compartirían las ideas y nuevas fórmulas de trabajo con empresas aliadas afines a la filosofía de Etikalia.

Así, como primera fórmula de negocio se potenció el alquiler como mejor solución habitacional. El rasgo diferenciador del producto que ofrecía era el ofrecer un “Alquiler Seguro”, basado en la prevención y compromiso permanente del profesional. “Lo verdaderamente necesario es disponer de medidas preventivas que nos permitan reducir desde el principio el riesgo de la operación de alquiler” (Etikalia, 2022). Ello se concretaba en combinar medidas preventivas y paliativas. Las primeras se basaban en una buena selección del inquilino/a (para lo que se dispuso de un triple filtro de metodología propia) y la gestión profesional y eficaz del alquiler con posterioridad a la firma del contrato, que es cuando podían aparecer problemas. Por otro lado, las paliativas tenían que ver con el ofertar un seguro de alquiler para cubrir posibles incidencias que pudieran surgir (Arcos-Alonso, García-Alonso y García-Álvarez, 2022).

Se lograría así transmitir seguridad y tranquilidad a ambas partes, arrendadora y arrendataria. El proceso establecido cristalizó en los siguientes pasos:

- Ajustar la renta a precios de mercado a nivel local, previa estimación en base a precios y características particulares del inmueble. El objeto sería acercar la estimación lo máximo a la realidad socioeconómica del entorno.
- Analizar la solvencia económica y fiabilidad de la parte arrendataria. Se seguiría el criterio básico de no destinar, salvo excepciones, más de un 40% de los ingresos totales mensuales de la unidad convivencial.
- Formalizar el contrato y trámites burocráticos transparentes y acordes a la legislación, rechazando otras fórmulas no ortodoxas o contrarias a la regulación vigente.
- Mediar de manera integral entre la parte arrendataria y arrendadora durante todo el periodo de vigencia del alquiler de cara a ofrecer la máxima tranquilidad y seguridad. Esto incluía servicios relativos a incidencias, averías en el inmueble, incidencias varias etc.

- Posibilitar la contratación de un seguro de pago de alquiler. El seguro se haría cargo de posibles rentas no abonadas, desperfectos por vandalismo, etc.
- Tipo de honorarios: Una mensualidad al arrendatario. También una mensualidad en el caso del arrendador, incluyendo un año de gestión integral del inmueble.

A lo largo del periodo 2014-2022 fueron surgiendo cambios y se dieron vaivenes que aconsejaron u obligaron a modificaciones determinantes para mejorar la gestión, satisfacer a la clientela y garantizar la sostenibilidad de la empresa. Así, se dieron los siguientes:

- Cambio de oficina: De cara a poder ser más eficientes en la respuesta a su clientela se cambió la sede a un centro de negocios donde cohabitaban con diferentes empresas.
- Se decidió expandir el negocio a las provincias de Gipuzkoa y Álava.
- Nuevos proyectos innovadores “Rehousing”, en partenariatio con entidades del sector de ESS y con el apoyo de la Diputación Foral de Bizkaia. El objeto fue afinar la definición de los servicios de una inmobiliaria ética.
- Adscripción a la Red de Economía Alternativa y Solidaria - REAS-, Red de Economía del Bien Común. Ello llevó aparejado nuevas medidas e instrumentos de mejora de la calidad, ética y transparencia como el Balance del bien común y Auditoría Social de REAS, de cara a facilitar detectar áreas de mejora en cuanto a impacto social y ambiental.
- Mejora de los servicios de fotografía de inmuebles e instalación de un portal inmobiliario propio en su *web* a petición de la clientela.
- Abordar la venta de inmuebles como alternativa habitacional tan válida como el alquiler a partir del año 2016.

- En 2020, ante la positiva evolución que se da en el mercado alavés, se decide abrir una nueva sede física en Vitoria-Gasteiz.

Así, se abordó un nuevo y novedoso sistema de cobro por la gestión de los servicios de Etikalia. El objeto fue establecer un sistema de cobro por gestión de venta lo más equitativo y real posible en relación con el coste por horas trabajadas para cada cliente, huyendo, por tanto, de las comisiones en base a porcentaje de precio de venta (Arcos-Alonso, García-Alonso y García-Álvarez, 2022). Surgió así la idea de aplicar las siguientes medidas (Etikalia, 2022):

- No se cobraría en base a comisión de porcentaje sobre precio de venta –mayoritario en el resto de inmobiliarias-, sino que se estableció un mecanismo de cobro acorde con las horas trabajadas en cada opción de venta.
- Siempre que la venta fuera en exclusividad se cobraría un máximo de 5.000 euros por venta.
- Hasta una cifra de venta determinada se cobraría la mejor opción para el cliente, o bien el 3% de la venta o 5.000 euros.

Por último, surgieron nuevas ideas, nuevos arreglos (Moulaert, 2017), que en línea con la filosofía de Etikalia, y con ánimo de responder a las necesidades de sus *stakeholders* de manera innovadora fueron implementados a lo largo de los últimos años:

- Se estableció un servicio de noticias gratuitas de interés para los *stakeholders* de la empresa donde se ofrecían contenidos acerca de la actualidad inmobiliaria y tendencias futuras, consejos prácticos sobre qué tener en cuenta a la hora de contratar un alquiler, poner una vivienda a la venta o suscribir un seguro (Etikalia, 2022).
- Se aplicaron nuevas técnicas como el *home staging*, una técnica de marketing inmobiliario que posibilita que distintos tipos de posibles compradores vean fácilmente cómo esa vivienda se puede adaptar a sus necesidades (Etikalia, 2022).

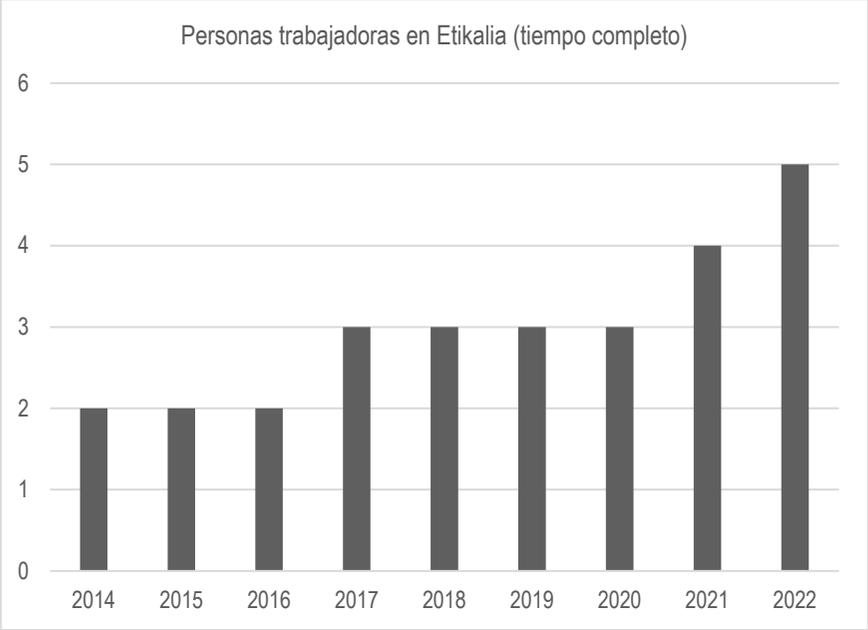
- Se comenzó a aplicar el *Big Data* al sector inmobiliario, lo que devino en la mejora de su servicio, ajustando mejor las valoraciones de los alquileres e inmuebles a la venta al valor real del mercado (Etikalia, 2022).
- Se intentó aplicar innovaciones tecnológicas en la gestión de tareas de la organización con el objeto de mejorar el funcionamiento de la empresa y el desempeño de las personas empleadas, así como la calidad de su trabajo (Etikalia, 2022).

4.1.2 DATOS CUANTITATIVOS DE ETIKALIA (2014-2022)

El presente subapartado de resultados cuantitativos se recoge brevemente cuál ha sido la evolución de Etikalia en base a diversos indicadores que ilustran la senda de crecimiento sostenido (no exenta de vaivenes) que ha tenido durante el periodo 2014-2022.

En primer lugar, se muestra el indicador de número de personas contratadas a jornada completa por la empresa. Como se puede observar en el gráfico 1, la evolución positiva ha sido constante, creciendo su intensidad a partir del año 2020. En la actualidad hay cinco personas contratadas a tiempo completo.

Gráfico 1: Evolución del número de personas contratadas a tiempo completo en Etikalia (2014-2022)



Fuente: Elaboración propia a partir de Arcos-Alonso, García-Alonso y García-Álvarez (2022).

En cuanto al nivel de facturación de Etikalia durante el periodo 2014-2021, se puede observar un crecimiento sostenido. En efecto, la tabla 1 recoge cómo durante los primeros años de la empresa (2014-2017) el crecimiento de facturación fue exponencial (de entorno a un 135% anual de media), para a partir de ahí, estabilizarse, y mantener notables tasas de crecimiento interanual de entre el 9-25% anual. Únicamente en el año 2020 se produce una bajada, inducida por el parón económico derivado de las medidas tomadas para hacer frente a la pandemia COVID-19.

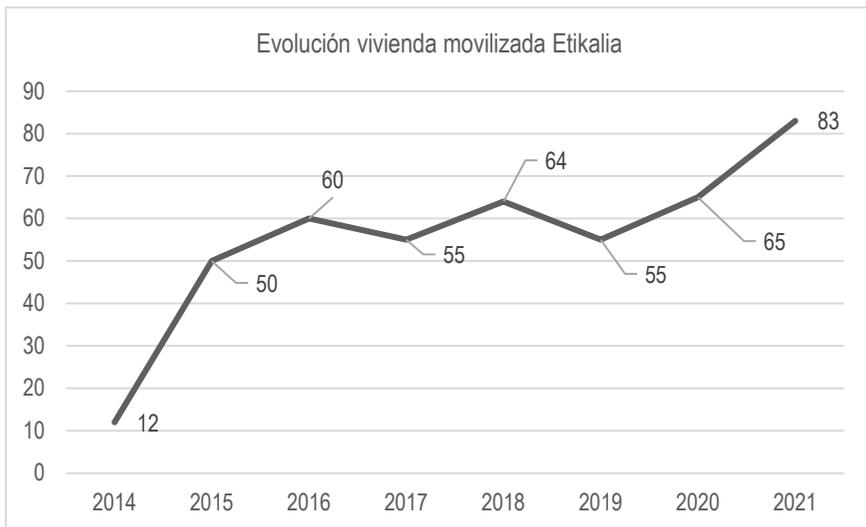
Tabla 1: Evolución de la facturación de Etikalia (2014-2020)

Año	Facturación bruta	Facturación (año base 2014)	Índice interanual**
2014	10.870,00 €	1	1
2015	38.587,35 €	255%	255%
2016	63.304,60 €	482%	64%
2017	117.475,23 €	981%	86%
2018	128.253,95 €	1080%	9%
2019	158.980,68 €	1363%	24%
2020	144.845,58 €	1233%	-9%
*Nota: números índice con base 2014			
**Nota: Índice interanual			

Fuente: Elaboración propia a partir de Arcos-Alonso, García y García (2022).

Otro indicador cuantitativo de interés es la evolución del número de vivienda movilizada por Etikalia desde sus inicios. El gráfico 2, a grandes rasgos, se corresponde con el número de contratos de alquiler y compraventa realizados durante el periodo. En este caso, tal y como sucede con los demás indicadores, se observa un fuerte crecimiento durante el primer periodo de existencia de la empresa para a partir de los primeros tres o cuatro años, primero tomar velocidad crucero, y luego crecer de manera sostenida. Por su lado, el fuerte crecimiento que se da entre 2020 y 2021 se corresponde con la apertura de la sede física en Vitoria-Gasteiz y el incremento de operaciones en el entorno alavés. Ello apunta a la pertinencia de expandirse, siguiendo la filosofía de crecimiento orgánico, que, además, ha posibilitado la contratación de más personal.

Gráfico 2: Evolución del número de vivienda movilizada por Etikalia (2014-2021)



Fuente: Elaboración propia.

5. DISCUSIÓN

A la luz de los resultados mostrados en el apartado anterior pueden discutirse varios puntos acerca del desempeño de Etikalia y su carácter de IS en tanto que empresa de ESS:

Etikalia es una empresa sin ánimo de lucro y perteneciente a varias redes de ESS que se inserta en un negocio, el inmobiliario, maduro y altamente competitivo en precios y oferta. Es, precisamente, en este nicho de mercado donde la entidad se ha asentado poniendo por delante sus propias señas y particularidades. Trabaja de manera ética y transparente, da igual peso a la dimensión social, medioambiental y económica, considera su ecosistema de *stakeholders* como algo que va más allá de sus clientes/proveedores/trabajadores/as, asimilando, por tanto, su entorno socioeconómico inmediato. Ello resulta en consonancia con varios de los elementos de imbricación con el territorio aducidos por autores como Eizaguirre (2016), Etxezarreta (2014), Lasa-Altuna (2020), Moulaert (2005, 2017), Richez-Battesti, Petrella y Vallade (2012), entre otros.

El trabajar en red, compartir saberes, hibridar recursos mercantiles y no de mercado, y gestionarse de manera democrática se alinea con varias de las dimensiones -Gobernanza, Economía plural, principalmente y no tanto en cuanto a la co-construcción y co-producción de políticas públicas, a tenor a de los datos recabados- necesarios para que el proceso social o aprendizaje sea considerado IS (Klein et al., 2012)

En cuanto a su fin, Etikalia trata de resolver un problema social, el problema de acceso a la vivienda, buscando alternativas donde ni el Estado, ni hasta ahora explícitamente el sector privado ha sabido gestionar acertadamente. Desde esta perspectiva básica, Etikalia pudiera considerarse de IS, a tenor de varias de las definiciones de IS analizadas (BEPA, 2014, Bouchard, 2013; Mulgan, 2007). Por otro lado, trata de resolver un claro problema de inequidad en el acceso a la vivienda al procurar en sus fines movilizar vivienda vacía y facilitar su acceso (Levesque, 2006; Moulaert et al., 2013).

La mejora en términos cuantitativos de contratación, facturación y vivienda movilizada coincide con la implementación de medidas organizativas y de servicio tendentes a la mejora de la calidad y a la mejor satisfacción de las necesidades de sus *stakeholders*. Estas medidas, como se ha visto, aúnan servicios de pago innovadores en el mercado (alquiler seguro, aplicación de cobros ajustados al mercado local, aplicación de Big Data) con otros que tienen que ver con su filosofía y que no revierten en la cuenta de resultados ni en generar beneficios (Big Data también, noticias gratuitas sobre el mercado inmobiliario y buen manejo para arrendadores/arrendatarios/as, intermediación...). Ello es concordante con los postulados de la ESS, Al responder sus procesos de producción de bienes y servicios a una lógica diferente a desarrollada en la actividad económica (Askunze, 2013; Méndez, 2015)

En vista de todos estos elementos analizados, se aborda el apartado de conclusiones.

6.CONCLUSIONES

Para concluir, se puede afirmar que la empresa inmobiliaria Etikalia Inmobiliaria Ética cumple con los objetivos de una empresa de IS y de ESS. Así, la cuestión de si se trata de un negocio inmobiliario compatible con la ética puede responderse de manera afirmativa tras el análisis del caso.

Definiendo una empresa de IS como aquélla que satisface las necesidades sociales en términos de condiciones de trabajo, educación y desarrollo comunitario, y que tiene un impacto positivo en su comunidad y un propósito social, entonces Etikalia cumple estos requisitos pues da respuesta al problema social de la escasez de vivienda adecuada desde una perspectiva ética, que obviamente tiene un impacto positivo en la comunidad y un propósito social, como se ha podido constatar en apartados anteriores. Es decir, Etikalia intenta solucionar de manera innovadora un problema específico (Bouchard, 2013).

Etikalia aporta al mercado la venta y comercialización de nuevos productos innovadores. La creciente apreciación de Etikalia como referente social debido a sus vínculos con la región donde opera, es decir, el País Vasco (traducido esto en un sostenido crecimiento en base a los indicadores cuantitativos analizados), su potencialidad como aglutinante de diferentes agentes sociales públicos y privados, y su puesta en marcha de un modelo de negocio basado en la triple cuenta de resultados, apunta a poder considerarla como agente de ESS y de IS.

Por último, cabe preguntarse dos cuestiones para un análisis futuro:

- Etikalia, siendo agente de ESS; ¿es motor de IS? Bouchard (2011) y Richez-Battesti et al. (2012) ¿o al ser innovadora socialmente aporta a la ESS?
- Y ligado a lo anterior, la notable resiliencia mostrada por la empresa ante la crisis de COVID-19, ¿es debido a su imbricación al territorio y a la satisfacción y fidelidad de sus *stakeholders*?

Ambas cuestiones merecerán ser abordadas en futuras investigaciones.

7. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

Agradecemos en este capítulo a Etikalia Inmobiliaria Ética los datos aportados, así como su disposición para facilitar la investigación.

8. REFERENCIAS

- Arcos-Alonso, A. (2021). Ecosistemas de Economía Social y Solidaria en el País Vasco. Colección tesis doctorales. Leioa. UPV/EHU.
- Arcos-Alonso, A., y Garcia-Azpuru, A. (2021). Diferentes propuestas para el despliegue de la Economía Social y Solidaria: Ecosistemas, Sistemas, Mercados Sociales, Circuitos Solidarios y Redes Solidarias. GIZAEKOA-Revista Vasca de Economía Social//GEZKI, (18).
- Arcos-Alonso, A., y Morandeira, J. (2020). Ecosistemas locales de economía social y solidaria en la Comunidad Autónoma Vasca. Una aproximación desde las entidades. Revista Iberoamericana de Economía Solidaria e Innovación Socioecológica, 3, 37-59.
- Arcos-Alonso, A., García-Alonso, O. y García-Alvarez, M. (2022) *Etikalia Inmobiliaria Ética, ¿oximoron o realidad?* En Serie de casos de empresas alavesas Lafuente-Ruiz de Sabando (Coord). ESIC Editorial, Madrid. San Fabián, J. L., & Álvarez, C. (2012). La elección del estudio de caso en investigación educativa. *Gazeta de Antropología*, 28(1).
- Askunze, C. (2013). Más allá del capitalismo: alternativas desde la Economía Solidaria. Documentación social, (168), 91-116
- Ayob, N., Teasdale, S., & Fagan, K. (2016). How Social Innovation ‘Came toBe’: Tracing the Evolution of a Contested Concept. *Journal of Social Policy*, 45(4), 635-656. DOI: <https://doi.org/10.1017/S004727941600009X>
- Bisquerra, R. (2012). De la inteligencia emocional a la educación emocional. En: Bisquerra, R., Punset, E., Mora, F., García, E., López-Cassà et al. (Eds.), *¿Cómo educar las emociones? La inteligencia emocional en la infancia y la adolescencia* (pp. 24-35). Esplugues de Llobregat (Barcelona): Hospital Sant Joan de Déu.
- Bouchard, M. (2011). Introduction L’innovation sociale en économie sociale. (1-20). En Bouchard (Ed.), *L’économie sociale. Vecteur d’innovation L’expérience du Québec*. Presses de l’Université du Québec.
- Bouchard, M. (2013). Introduction: the social economy in Québec, a laboratory of social innovation. En Bouchard, M. (ed.) *Innovation and Social Economy: the Québec experience*, (3-24). University of Toronto Press.

- Conill, J. (2014): "Cultura econòmica alternativa. Canviar la mirada per observar el canvi", Àmbits de Política i Societat, Revista del Col·legi de Politòlegs i Sociòlegs de Catalunya, 1-7.
- Defourny, J. y Nyssens, M. (2013). Social innovation, social economy and social enterprise: what can the European debate tell us? En *The International Handbook on Social Innovation: Collective Action, Social Learning and Transdisciplinary Research* (pp. 40-52). Cheltenham: Edward Elgar.
- Eizaguirre Anglada, S. (2016). De la innovación social a la economía solidaria. Claves prácticas para el desarrollo de políticas públicas. CIRIEC-España. *Revista de debate sobre Economía Pública, Social y Cooperativa*, 88, 201-230.
- Fraisse, L. (2013). The Social and Solidarity-Based Economy as a New Field of Public Action: A Policy and Method for Promoting Social Innovation. En Mehmood, A., Hamdouch, A., Moulaert, F., MacCallum, D., Cheltenham: *The international handbook on Social Innovation. Collective action, Social Learning and Transdisciplinary Research*, Edward Elgar Publishing, (346-360)
- Estivill, J. (2014): "L'exercici Innovant de La Solidaritat", Àmbits de Política i Societat, Revista del Col·legi de Politòlegs i Sociòlegs de Catalunya, 1-5.
- Etxezarreta, E., Etxezarreta, A., Zurbano, M., & Estensoro, M. (2014). La innovación social en la Economía social y solidaria. Un marco teórico y metodológico para las entidades de REAS. XIV Jornadas de economía crítica, perspectivas económicas alternativas, Valladolid, España, 4 y 5 de septiembre. (83-147).
- Hillier, J., Moulaert, F. y Nussbaumer, J. (2004). Trois essais sur le rôle de l'innovation sociale dans le développement territorial. *Géographie, économie, société*, 6, (2) 129-152.
- Klein, J.L, Fontan, J.M, Harrisson, D y Levesque, B.(2012). La innovación social como factor de la transformación social: el caso del modelo quebequense. En Grellier, H; Gago, M & Arando, S. (coord.): *La Economía social y solidaria: ¿un paradigma más actual que nunca?*, Mondragon Bilduma: Arrasate (Gipuzkoa). Faltan páginas
- Lasa-Altuna (2020). Neoliberalismoari aurre egingo dion Berrikuntza Sozial eraldatzailea. *Gizarte Ekonomiaren Euskal Aldizkaria-Revista Vasca de Economía Social*, (16).49-67. <https://doi.org/10.1387/revs.21218>
- Lévesque, B. (2006). Le potentiel d'innovation et de transformation de l'économie sociale: quelques éléments de problématique. *Economie et Solidarités*, 37(2), 13-48.

- Méndez, R. (2015). Redes de colaboración y economía alternativa para la resiliencia urbana: una agenda de investigación. *Revista Biblio3W. Revista bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales*. XX, (1139)
- Moulaert, F. y Scott, A. J. (1997). *Cities. Enterprises and Society on the Eve of the 21st Century* 1st ed. London, Francis Pinter.
- Moulaert, F. y Ailenei, O. (2005): Social economy, third sector and solidarity relations: A conceptual synthesis from history to present. *Urban Studies*, 42(11): 2037-2053.
- Moulaert F., Martinelli F., Swyngedouw E. y González S. (2005), Towards alternative model(s) of local innovation. *Urban Studies*, 42 (11) 1969-1990.
- Moulaert, F., MacCallum, D., eta Hillier, J. (2013). Social innovation: intuition, precept, concept, theory and practice. En Moulaert, F., MacCallum, D., Mehmood, A & Hamdouch, A. *The International Handbook on Social Innovation* (13-24). Edward Elgard Publishing Limited.
- Mulgan, G. (2007). Social Innovation: What it is, why it matters and how it can be accelerated, Skoll Centre for Social Entrepreneurship. Working Paper <[http://eureka.sbs.ox.ac.uk/761/1/ Social_Innovation.pdf](http://eureka.sbs.ox.ac.uk/761/1/Social_Innovation.pdf)>.
- Moulaert, F., Mehmood, A., MacCallum, D. y Leubolt, B. (2017). Social innovation as a trigger for transformations-the role of research. Publications Office of the European Union.press
- Phills Jr. J.A., Deiglmeier K., & Miller D.T. (2008), Rediscovering Social Innovation. *Stanford Social Innovation Review*, 6 (3) 34-43.
- Stake, R.E. (1988). *Investigación con estudio de casos*. Madrid: Morata
- Richez-Battesti, N., Petrella, F., & Vallade, D. (2012). L'innovation sociale, une notion aux usages pluriels: Quels enjeux et défis pour l'analyse?. *Innovations*, 2, 15-36.

PREDICCIÓN DEL COMPORTAMIENTO CIUDADANÍA DEL CLIENTE Y SU VALOR ECONÓMICO-FINANCIERO PARA LA EMPRESA

JOSÉ RAMÓN SEGARRA MOLINER

Universitat Jaume I de Castellón (España)

1. INTRODUCCIÓN

El comportamiento de ciudadanía del cliente (CCB) es el comportamiento voluntario, discrecional y extra-rol del cliente (Groth, 2005), siendo el comportamiento in-rol el que la empresa requiere o espera de los clientes. Un resultado de servicio exitoso depende de las funciones de producción obligatorias del cliente que pueden garantizarlo (Zeit-haml et al., 2006), por lo que CCB no es necesario para la creación de valor exitosa, pero puede contribuir a mejorar el valor de las empresas y sus empleados, los propios clientes y otros clientes (Assiouras et al., 2019). Su interés radica en ayudar a la empresa a nivel global (Gruen, 1995, Bettencourt, 1997; Yi et al., 2011) debido a que CCB también es un tipo de comportamiento prosocial o ayuda directa activa entre los clientes de una empresa (Bove et al., 2009). Como una forma de compromiso activo o engagement (CE), CCB fortalece la relación de la marca con el cliente y reduce los costes del servicio, por lo que proporciona un gran valor a los gestores de marketing (Groth, 2005). Por lo tanto, la investigación debería estimar estos CCB que benefician financieramente a la organización y, más específicamente, considerar el valor de por vida del cliente (Bove et al., 2009; Gong & Yi, 2021).

Los investigadores aplican el valor de vida del cliente (CLV) en los principales modelos de la cadena de efectos que analizan la creación de valor y la co-creación desde una perspectiva centrada en el cliente. El CLV también es simplemente una medida del valor de los clientes como activos a largo plazo (Blattberg & Deighton, 1996) con el fin de aislar

el valor económico total de los clientes utilizando flujos de efectivo descontados (o margen), la tasa de retención y la tasa de descuento (Rust et al., 2000). Es una buena medida financiera indirecta de la valoración de la empresa (Gupta et al., 2004) porque CLV usa los comportamientos de los clientes antes de que sean visibles para los gerentes de marketing con el fin de modelar el valor de un cliente en el futuro. Rust et al., (2004) extienden el CLV a un cliente individual sobre la marca de una firma específica, demostrando la importancia de las percepciones y actitudes del cliente (equidad del cliente y sus subdimensiones: valor, marca y relación) en la gestión del CLV. Por lo tanto, CLV permite comparar una medida a nivel macro que se puede aplicar directamente para comprender el valor de la marca-empresa en el mercado (Zhang et al., 2010) y, en su caso, predecir los resultados financieros en función de los comportamientos del cliente, sean o no los necesarios para la prestación del servicio.

Este estudio responde a la siguiente pregunta: ¿Cómo predecir el impacto financiero del CCB en la industria de servicios? El objetivo de este estudio es analizar la brecha de investigación entre CCB y CLV. El punto de partida de la mejora de CLV es determinar qué impulsores lo hacen para establecer estrategias de retención y adquisición (Rust et al., 2004). Rust et al. (2000) sugieren valor, marca y relación como estos tres impulsores o tres acciones, por lo que revisamos la literatura previa de CCB para diseñar y proponer un modelo utilizando tres firmas-marcas de telecomunicaciones en el contexto de servicios contractuales. Posteriormente, también presentamos las hipótesis de nuestro modelo que incorpora tres antecedentes CCB con cada una de estas acciones: valor, marca y relación. Finalmente, utilizamos la segmentación orientada a la predicción PLS o POS (Becker et al., 2013) para formar dos grupos homogéneos de observaciones con el fin de profundizar en el análisis de los datos (muestra completa y dos segmentos) sobre la estimación del modelo. Probamos nuestras hipótesis utilizando la técnica de mínimos cuadrados parciales (PLS) y también evaluamos la calidad predictiva del modelo en función de la potencia predictiva, la capacidad predictiva, así como la relevancia predictiva considerando una muestra reservada para validar de la muestra final.

2. REVISIÓN TEÓRICA

2.1. CCB EN EL MARCO CEB

Las empresas que tienen como objetivo la rentabilidad a largo plazo, deben construir relaciones sólidas entre el cliente y la empresa, alentando a sus clientes a comprometerse más con la empresa (Verleye et al., 2014). El compromiso refleja un estado motivacional (Van Doorn et al. 2010), que ocurre en virtud de las experiencias interactivas focales de un individuo (es decir, el 'sujeto del compromiso') con un objeto particular (marca) o agente (empresa). Los comportamientos de compromiso activo del cliente o engagement (CEB) son manifestaciones que van más allá de las transacciones con una marca o empresa, resultantes de impulsores de motivación (Van Doorn et al., 2010). Para involucrar a los clientes como creadores activos de valor, las empresas de servicios desarrollan relaciones duraderas y más cercanas, por lo que los investigadores académicos reconocen la importancia sobre los roles de comportamiento que los clientes desempeñan como creadores activos de valor (Bove et al., 2009).

Los académicos distinguen entre dos roles clave de comportamiento del cliente: comportamientos in-rol del cliente y comportamientos extra-rol (Ahearne et al., 2005). El comportamiento in rol del cliente implica una transacción financiera sobre la participación del cliente que se requiere para el servicio (Yi & Gong, 2013). La participación del cliente contribuye a la experiencia de servicio del individuo u otros clientes que también se benefician a sí mismos (Dong y Sivakumar, 2017), pero los marcos de servicio tradicionales se centran en las acciones del cliente para la transacción de servicio o el encuentro de servicio. De hecho, Auh et al. (2019, p. 1012) llaman a la participación del cliente "una construcción de comportamiento con un enfoque utilitario que captura las inversiones de tiempo, esfuerzo y toma de decisiones de los clientes para mejorar los procesos y resultados de la prestación de servicios", por lo que la participación del cliente abarca "coproducción" o "comportamientos de "co-creación", por lo que los clientes contribuyen con su esfuerzo hacia la producción de servicios.

Kumar et al. (2010) sugieren evaluar el valor del compromiso activo del cliente o engagement para evitar subvalorar y sobrevalorar a los clientes, por lo que estos autores argumentan que este concepto de engagement tiene en cuenta tanto los comportamientos transaccionales como los no transaccionales de los clientes. Kumar et al. (2010) examinan el valor que se acumula para la empresa de servicios a partir del comportamiento de compromiso activo del cliente e identifican cuatro tipos de valor de participación del cliente (CEB): i) valor de vida útil del cliente (CLV), también conocido como comportamiento de compra del cliente; ii) valor de referencia de clientes que se obtiene de las referencias de nuevos clientes por parte de los clientes; iii) el valor de influencia del cliente que surge de la influencia de un cliente en otros clientes; y iv) valor del conocimiento del cliente que implica el conocimiento de los clientes de la marca y su capacidad para proporcionar retroalimentación para las mejoras e innovaciones del servicio. Por lo tanto, CLV se refiere al comportamiento de compra del cliente (transaccional) y el comportamiento del cliente no transaccional puede ser como el cliente actúa haciendo referencias a otros, influenciándolos o aportando conocimiento-feedback a la empresa.

A diferencia de los comportamientos in-rol del cliente, los comportamientos de extra-rol o adicional del cliente no implican una transacción financiera y no son necesarios para el servicio, pero estos comportamientos agregan valor a la empresa (Paulssen et al., 2019). Los comportamientos extra-rol del cliente se han definido como "actos voluntarios en nombre de los clientes" (Paulssen et al., 2019, p. 2504). Al igual que los empleados de una organización, los clientes pueden participar en una variedad de comportamientos dirigidos a una organización específica. Las manifestaciones discrecionales, voluntarias y / o extra-funcionales que definen a CCB también son una postura de comportamiento positivo, inducida por impulsores motivacionales, para expresar el compromiso del cliente con una empresa o marca más allá de la compra. La co-creación de valor de las empresas también se asocia con el beneficio de las manifestaciones de la intención del cliente de participar en un comportamiento ciudadano (Assiouras et al, 2019).

Conceptualmente, los comportamientos de ciudadanía del cliente (CCB) y el comportamiento de compromiso activo del cliente o engagement (CEB) capturan manifestaciones de comportamiento similares (Verleye et al., 2016). Estos autores revisan la literatura de los empleados de primera línea (front-line) de CEB y CCB para descubrir diferentes formas de comportamientos de participación del cliente, y concluyen que las expresiones de comportamiento de los CCB se superponen con las CEB. Mientras que Groth (2005) categoriza la conceptualización CCB en base a tres tipos de manifestaciones conductuales: a) aquellas orientadas a que la organización proporcione retroalimentación, b) aquellas orientadas a ayudar a otros clientes y c) aquellas orientadas a hacer recomendaciones, tanto Kumar et al. (2010) como Van doorn et al. (2010), categorizan de la misma manera sus conceptualizaciones en base a estos tres aspectos comunes para CEB. Como Paulssen et al. (2019) aseguran, múltiples facetas de CCB son en realidad constructos distintos que tienen diferentes impulsores motivacionales, por lo que no está claro qué influencia en sus facetas individuales y cuáles son los resultados. En resumen, la investigación sobre CCB implica una postura de comportamiento unidimensional en la que los clientes pueden optar por participar, con antecedentes y consecuencias.

2.2. ANTECEDENTES DE CCB EN EL MARCO DE CEB

Los rasgos y predisposiciones individuales de los clientes también pueden afectar la probabilidad y el nivel de compromiso activo del cliente (Van doom, 2010), debido a que pueden actuar como impulsores de motivación. Muchas de estas características individuales pueden influir en los procesos cognitivos y la toma de decisiones de manera predecible para afectar a los comportamientos. Por ejemplo, Anaza (2014) demuestra que la extraversión y la amabilidad del cliente se pueden considerar en una preocupación empática, que lleva a la satisfacción y CCB. Choi y Hwang (2019) estudian, como predictores de CCB, el papel de los rasgos personales de los clientes: amabilidad, extraversión, personalidad prosocial y proactiva. Hwang (2020) agrega otros dos rasgos de la personalidad prosocial (es decir, empatía y ayuda orientada hacia los demás) y la personalidad proactiva en CCB.

Según la teoría de la comparación social y los estudios de Festinger (1954), los individuos desean mejorarse a sí mismos, lo que los lleva a compararse con otros que creen que están mejor que ellos. La teoría de la comparación social se centra principalmente en los motivos de la comparación, analiza la teoría sociocognitiva que vincula los procesos de categorización y comparación con la evaluación de los objetos sociales. Se desarrolla sobre dos temas, el primero en torno a la motivación y los factores que influyen en el tipo de información de comparación social que las personas buscan de su entorno y el segundo sobre la autoevaluación y los factores que influyen en los efectos de las comparaciones sociales en los juicios de sí mismos. Si esto es así, es probable que los clientes evalúen atributos / elementos de bienes / servicios, como las percepciones de otras personas sobre lo que usan compran. Estos autoprosesos son importantes para activar el proceso de comparación social y llevan a extenderlo en el mantenimiento de la propia identidad social (Stets y Burke, 2014).

De hecho, Escalas y Bettman (2003) también argumentan que los clientes usan las marcas como un medio para expresar sus propias imágenes reales o ideales a sí mismos y a los demás, utilizando la teoría de la comparación social. La satisfacción de esta necesidad psicológica desarrolla una conexión entre clientes y marcas, debido a que “las personas están motivadas para crear una propia identidad favorable y consistente” (Escalas y Bettman, 2003, p. 340), por lo que los clientes utilizan las marcas como un medio de autoexpresión o la representación de su yo idealizado a los demás. La teoría de la comparación social también apoya la noción de que tal experiencia puede ser un proceso emocional (Festinger, 1954). La actitud y el apego a la marca se define como las conexiones psicológicas del cliente que se extienden más allá de lo positivo (amor y propiedad) para ver la marca como algo especial en un contexto más amplio (Keller, 2001). Cada vez más, las empresas buscan formas de crear fuertes conexiones emocionales de marca con los consumidores. Esto está sustentado en que tales conexiones llevan a niveles más altos de lealtad del consumidor, lo que aumenta el desempeño financiero de la empresa (Park et al. 2010).

Además, las personas poseen un impulso interno para comparar sus opiniones y habilidades con las de los demás y el proceso de interacción social satisface estas necesidades sociales para compararse con los demás (Festinger, 1954). La teoría del intercambio social se concentra casi exclusivamente en los efectos de la comparación entre alternativas (Blau, 1964; Homans, 1959), debido a que existe el nivel de comparación interna que se utiliza para comparar las recompensas con las expectativas de recompensa. De acuerdo con la teoría del intercambio social, los clientes consideran que su relación costo / beneficio personal es anterior a la aprobación social y evitar el juicio social negativo será un mecanismo de recompensa subyacente. En los intercambios sociales, cuando los clientes tienen una gran conciencia de su propia imagen, se inclinarán a participar en conductas de ayuda para evitar juicios negativos y obtener el reconocimiento de los demás (Tangney y Dearing, 2002). Luego, el cliente transmite valores personales a partir de la experiencia de consumo, así como los clientes también toman en cuenta la imagen social de la empresa para lograr un beneficio psicosocial (Chen y Chiu, 2009) o valor social positivo.

A su vez, la comparación entre alternativas también sustenta otros fundamentos de los procesos de comparación de los individuos con el fin de valorar sus resultados experimentados y compararlos con sus resultados esperados, por lo que determinan qué tan atractiva o satisfactoria es la relación (Thibaut y Kelley, 1959, p. 21). El cuidado mejora la creencia de actos de benevolencia que es la base para la construcción y transferencia de la confianza (White, 2005), así como un proceso cognitivo que reduce la disonancia asociada con tener creencias divergentes sobre otras partes percibidas como asociadas (Festinger, 1954). El comportamiento ciudadano o CCB crea un contexto social agradable, con más probabilidades de que los clientes disfruten y se beneficien de la experiencia del servicio (Lengnick-Hall et al, 2000), por lo que los socios (empleados o clientes) no tienen alternativas que buscar ya que la conexión de la relación es positiva. Por el contrario, una conexión negativa que amenaza la confianza y la cohesión de la relación (p.ej.: una conexión exclusiva con una regla o forma de intercambio único) puede suponer buscar y evaluar mejores alternativas para impulsar los

resultados del intercambio. En este sentido, el refuerzo recíproco y el sentido de obligación surgen de las normas personales de comportamiento, debido a que los clientes pueden sentir la necesidad de corresponder al "ir más allá" de sus obligaciones en el rol sólo cuando el empleado del servicio ha hecho lo mismo (Bove et al., 2009). Por lo tanto, es probable que los clientes que han sido receptores de otros comportamientos discrecionales correspondan al involucrarse en mayores niveles de CCB. Por ejemplo, los actos benévolos de facilitación de servicios son actos amables y caritativos, dentro del intercambio de servicios inmediato y pueden incluir tolerancia, paciencia y cortesía (Lengnick-Hall et al., 2000).

2.3. CONSECUENCIAS DE LA CCB EN EL MARCO DEL CEB

Generalmente, hay dos interpretaciones del compromiso activo del cliente. Mientras que los enfoques multidimensionales incorporan componentes psicológicos, por ejemplo, los sentimientos de los clientes hacia la identificación y participación con una marca, producto o servicio (Brodie et al., 2011; Vivek et al., 2012), los enfoques sobre las conceptualizaciones unidimensionales se basan en manifestaciones conductuales. (van Doorn et al., 2010; Kumar et al., 2010).

Por un lado, los clientes se identifican con una empresa o marca para satisfacer las necesidades de su autopercepción de sí mismos y las manifestaciones conductuales de esta identificación, además de convertirse en empleados a tiempo parcial de estas firmas y sus productos (por ejemplo, Bhattacharya y Sen, 2003). Vivek et al., (2012) explican este vínculo proponiendo que los clientes comprometidos pueden desarrollar actitudes más favorables hacia la empresa, marca o producto que asocian con el compromiso y, en consecuencia, pueden sentirse más leales.

En este sentido, algunos autores investigan la CCB sobre la lealtad basada en la teoría de la identidad social pensada en comunidades virtuales. Mandl y Hogreve (2020) encuentran una relación positiva entre CCB (ayuda y promoción) y la lealtad del cliente, como el comportamiento de recompra en la identificación de la comunidad de marca. La identificación de la comunidad de marca mitiga el efecto negativo de

los fallos en el servicio en las intenciones de recompra de los clientes, porque se perciben de manera menos negativa, así como las inversiones en la identificación de la comunidad de marca fomentan la ayuda y defensa favorables entre clientes que llevan a intenciones de recompra. Zhu et al. (2016) también analizan las comunidades de marcas de aerolíneas, ya que los clientes buscan soluciones en ellas. Sus resultados muestran que el apoyo informativo y emocional afecta significativamente al CCB en las dimensiones de retroalimentación a la empresa, recomendaciones y ayuda a otros clientes a través de la satisfacción del cliente.

Entonces, estos comportamientos y actitudes relacionados con CCB, preservan la continuidad de la relación en la comunidad (Algesheimer et al., 2005), siendo resultados como el compromiso afectivo, confianza, valor, participación comunitaria de la marca, lealtad, boca a boca (Vivek et al., 2012). A su vez, al aumentar los niveles de compromiso activo del cliente, las empresas también obtienen algunos de los resultados superiores esperados de desempeño organizacional, como el crecimiento de las ventas, las referencias a la marca, las contribuciones de mejora procedentes de los consumidores en los procesos de desarrollo de productos colaborativos y una rentabilidad superior (Hollebeek et al., 2014). No obstante, hay que tener en cuenta que la teoría de la identidad social es un enfoque que relaciona al individuo con el grupo de referencia, como comunidades virtuales, clubes, etc., mientras que la teoría de la comparación social se centra principalmente en las comparaciones individuales para mejorar su yo y lograr la propia identidad social. Por lo tanto, en esta investigación no nos centramos en relacionar esos rasgos de identidad entre el individuo y el grupo sino más bien, buscar los impulsos motivacionales a compararse para mejorar su identidad social.

Por otro lado, Van Doorn et al. (2010) aseguran que el compromiso activo tiene consecuencias positivas para los clientes (cognitivos, actitudinales, emocionales, físicos / de tiempo e identidad) y otros (bienestar del consumidor, económico, social, etc). Además de señalar, por definición, que no es necesariamente positivo ya que uno puede comprometerse negativamente con una empresa o marca. Además, el

compromiso activo proporciona una mayor previsibilidad de los resultados del comportamiento del cliente (Schau et al., 2009) y los clientes comprometidos son activos valiosos, por lo que algunos académicos han presentado el compromiso del cliente como una nueva métrica clave para medir el desempeño de la marca y la empresa (Kumar et al., 2010). De este modo, los marcos de referencia para el compromiso activo del cliente también destacan una amplia gama de consecuencias positivas para la empresa, incluida la retención de clientes, el valor del ciclo de vida del cliente / equidad del cliente y el rendimiento de nuevos productos (Verhoef et al., 2010).

La literatura establece que el compromiso activo del cliente se considera una contribución voluntaria de recursos a la empresa o su función de marketing (Jaakkola y Alexander, 2014; Kumar et al., 2010). En este sentido, los fundamentos teóricos sobre la forma y modalidad del compromiso activo del cliente abarcan una amplia gama de comportamientos, donde a nivel básico, se refiere al tipo de recursos (por ejemplo, tiempo versus dinero). Este tipo de comportamientos activos, voluntarios y discrecionales (rol adicional) por parte de los clientes también se refieren a CCB.

La literatura anterior denominada Organizational Citizenship Behavior (Bettencourt, 1997; Organ, 1988) consideraba a los clientes como recursos productivos de la empresa (“empleados parciales” y “buenos soldados”) que trascienden los modelos comerciales convencionales. CCB también se utiliza como recurso humano y predictor de los resultados en empleados, en términos de su desempeño, satisfacción o compromiso en el encuentro de servicio. Por ello, es un comportamiento activo por parte del cliente que se refiere a todas las formas tanto de participación y/o compromiso en el proceso de creación de valor (Yi et al, 2011).

Sin embargo, los comportamientos voluntarios de los clientes intentan mejorar sus conocimientos, habilidades y habilidades para el autodesarrollo del cliente y contribuir al proceso de servicio, debido a que "los clientes captarán este conocimiento tácito a través de la observación y el compromiso activo con la empresa" (Bell, Auh y Eisingerich, 2017). De esta manera, CCB aporta un valor extraordinario a la empresa, por lo que puede ser considerado como un comportamiento de creación de

valor por parte del cliente (Gong et al., 2016; Yi & Gong, 2013). Tanto la empresa como el cliente están involucrados en un proceso de producción conjunto, por lo que los clientes también actúan como actores creativos debido a que los empleados y los clientes aplican sus conocimientos y capacidades durante su uso (Vargo et al., 2008). Por supuesto, la diferencia esencial entre los comportamientos de co-creación y CCB es que uno abarca una enorme variedad de acciones voluntarias (Nguyen et al, 2014).

De hecho, CCB mejora los resultados del cliente a través de la autoconciencia (Hwang y Lee, 2019), la autoeficacia (Alves et al., 2016) o el apego psicológico (Li, Xie, Gao y Guan (2019), así como CCB mejora tanto el valor como el bienestar del cliente a través de la autodeterminación del cliente, pero este autoproceso cognitivo genera estrés en su rol de cliente (Gong et al., 2016). Además, en relación con la relación duradera entre la empresa y el cliente y el aprovechamiento del intercambio social, si el cliente percibió episodios o interacciones positivas, es más probable que participe en CCB. Por lo tanto, los clientes comparan los costos y beneficios de participar en comportamientos específicos, por ejemplo, el autosacrificio reduce las intenciones de participar en CCB, mientras que la conciencia de la autogestión pública de la imagen los aumenta (Dang y Arndt, 2017). Por ello, esto requiere un enfoque de investigación sobre cómo los empleados podrían beneficiarse de los sistemas de capacitación y recompensa para gestionar los CCB (Mustak et al., 2016), además de que es más interesante realizar estudios que examinen el compromiso real de los clientes en el comportamiento ciudadanía en lugar de la intención de comprometerse en el comportamiento ciudadanía (Hur et al., 2018).

2.4. DIMENSIONES DE CCB EN EL MARCO CEB

Los estudios no exploran sistemáticamente la naturaleza exacta de la dimensionalidad de CCB, por lo que su dimensionalidad precisa no está totalmente determinada (Yi & Gong, 2013). Una revisión reciente de Gong y Yi (2021) resume las dimensiones de CCB en el proceso de creación de valor como una categorización de: hacer recomendaciones, retroalimentación a la organización, ayudar a otros clientes, mostrar

afiliación a la relación, participación en las actividades de la empresa, actos benévolos de facilitación de servicios y flexibilidad. A su vez, estos autores también indican que gastar más en la organización y/o pagar primas de precio podrían clasificarse como dimensiones adicionales de CCB porque comprenden comportamientos discrecionales y extra-funcionales que benefician financieramente a la organización. Por tanto, las dimensiones de CCB pueden adaptarse mejor en función del propósito de la investigación.

En este sentido, Groth (2005) muestra tres dimensiones principales de CCB basadas en compradores / usuarios de Internet, y afirma que “las investigaciones futuras deben apuntar a replicar estos resultados y, en su caso, identificar dimensiones adicionales de CCB”. Primero, "Proporcionar retroalimentación a la organización" o "ayudar a la empresa" cuando el cliente proporciona la información adecuada o ayuda a mejorar la empresa. En segundo lugar, “ayudar a otros clientes”, como cuando les explica cómo usar el servicio correctamente o les ayudar a encontrar un adecuado producto-servicio. Es más, la literatura de marketing también asocia “ayudar a otros clientes” con un tipo de comportamiento prosocial (Bove et al, 2009). En tercer lugar, "hacer recomendaciones" después de utilizar el servicio de la empresa, por ejemplo con amigos y familiares, por lo que esto es similar al concepto de comportamiento WOM. En relación con la dimensión de “ayudar a la empresa”, la literatura de marketing reconoce la relación positiva entre CCB y satisfacción, valor de marca, lealtad, reputación corporativa y calidad de la experiencia (Balaji, 2014; Bartikowski y wash, 2011; Lii y Lee, 2012; Shahsavari y Faryabi, 2013). Wei et al., (2019) demuestra que proporcionar a los clientes una plataforma para compartir información aumenta CCB. Chen et al. (2019) muestran que la fuerza de la relación de la red media el impacto de la legitimidad organizacional en CCB. En relación con 'ayudar a otros clientes', Kim y Choi (2016) reconocen tres tipos de calidad de interacción de cliente a cliente en CCB a través de la calidad de la experiencia del cliente (interacción con amigos, interacción con el cliente vecino e interacción con la audiencia), así como la importancia de las características de los clientes cuando estas interacciones ocurren entre ellos (Jung y Yoo, 2017; Kim y Choi,

2016). Jung y Yoo (2017) muestran que la interacción positiva (negativa) de cliente a cliente está relacionada con el afecto de los clientes por el servicio y lleva a que ambos realicen CCB. En relación con 'hacer recomendaciones', la literatura de marketing reconoce que el comportamiento boca a boca positivo puede ser un componente de CCB (Yi & Gong, 2008; Bove et al, 2009; Anaza, 2014; Wei et al, 2019). Sin embargo, esta dimensión puede ser positiva o negativa y suele incluirse como parte del constructo de orden superior. Por ejemplo, la literatura reconoce que cuando el cliente hace recomendaciones (pe: WOM) se refiere al comportamiento del cliente para obtener una ganancia monetaria (comportamiento de compra del cliente), entonces sería parte de la medición de la lealtad intencional (Bailey et al., 2001). En general, los autores señalan que el dominio y los límites de CCB causan confusión conceptual y, al combinar la investigación cuantitativa y cualitativa, se derivan nuevos marcos.

De hecho, CCB es visto como un tipo de compromiso activo o engagement (CEB). Si la participación del cliente abarca muchas contribuciones de los clientes a las que se hace referencia como comportamientos voluntarios o de funciones adicionales, tiene un alcance más amplio. El pensamiento contemporáneo en muchos dominios sugiere que los roles de cliente y vendedor se están volviendo cada vez más borrosos y las organizaciones enfrentan desafíos para obtener información sobre los recursos que los clientes contribuyen a la creación conjunta de valor.

Los efectos sinérgicos e iterativos de la CEB sobre la co-creación de valor que se han establecido múltiples actores en una red a través de la difusión colectiva de recomendaciones e información, o mediante prácticas sociales en comunidades de marcas (Schau et al. 2009). En las interacciones con las empresas y sus empleados, como los clientes que proporcionan sugerencias para mejorar el servicio, genera ventajas en los costos para las empresas al tiempo que garantiza experiencias gratificantes para los clientes. Los estudios empíricos realizados en contextos en línea han demostrado que los clientes están motivados para participar en comportamientos no transaccionales porque esperan beneficios como un mayor conocimiento y reputación, beneficios sociales y beneficios económicos como el ahorro de costos. Las empresas

pueden facilitar la CEB proporcionando plataformas efectivas para el intercambio de información y la interacción, donde los clientes pueden bloguear, participar en otras formas de interacción de cliente a cliente, o escribir reseñas en línea, lo que afecta las actitudes y comportamientos de otros clientes hacia las empresas.

Los resultados que surgen de CEB pueden incluir la lealtad del cliente y la satisfacción con la marca y la comunidad, el empoderamiento, la confianza y el compromiso con otros miembros de la comunidad. Desde la perspectiva del marketing relacional, Vivek et al., (2012) definen el compromiso del cliente como "la intensidad de la participación de un individuo y su conexión con las ofertas y / o actividades organizacionales de una organización, que el cliente o la organización inician"; los resultados del compromiso del cliente son, por lo tanto, compromiso afectivo, confianza, valor, participación de la comunidad de marca, lealtad, boca a boca.

Con todo ello, el modelo considerado a analizar empíricamente relaciona el valor de vida del cliente (CLV) y tres dimensiones del comportamiento de ciudadanía del cliente (Groth 2005), a saber, a) el boca a boca, b) ayudar a otros clientes y c) ayudar a la empresa. Por un lado, el valor de vida útil del cliente (CLV) es una medida más sólida que el análisis histórico de la rentabilidad del cliente porque trata a los clientes como activos y los gastos de marketing como inversión (Gupta 2004). Rust et al. (2004) extienden el enfoque del valor de por vida de un cliente individual a la marca de una empresa específica, demostrando la importancia de las percepciones y actitudes del cliente (valor, marca y relación) en la dirección de CLV, ya que CLV utiliza los comportamientos del cliente antes de que sean visibles para el marketing.

Finalmente, resumir el propósito de este estudio, donde pretendemos analizar la relación entre Customer Citizenship Behavior (CCB) y Customer Life Value (CLV) a partir del marco teórico de Customer Engagement (CEB). Nuestro estudio aborda dos teorías desde la perspectiva del cliente: la teoría de la comparación social y la teoría del intercambio social. Los clientes en entornos contractuales, como la telefonía móvil y el acceso a Internet de nuestro estudio, tienden a permanecer al menos durante el período contractual y los clientes en entornos no

contractuales son libres de adquirir bienes / servicios de múltiples marcas simultáneamente (Burnham et al. 2003). Durante la relación contractual entre firma-marca y cliente, los clientes pueden acumular experiencias positivas y manifestar sus comportamientos discrecionales, voluntarios y extra-rol (CCB), por lo que probamos un modelo orientado a la predicción a partir de tres antecedentes motivacionales en CCB, con el fin de predecir estos CCB y sus consecuencias en la lealtad y valoración económico-financiera de la marca-empresa (CLV).

3. REFERENCIAS

- Ahearne, M., Bhattacharya, C. B., & Gruen, T. (2005). Antecedents and consequences of customer company identification: Expanding the role of relationship marketing. *Journal of Applied Psychology, 90*(3), 574–585.
- Algesheimer, R., Dholakia, U. M., & Herrmann, A. (2005). The social influence of brand community: Evidence from European car clubs. *Journal of Marketing, 69*(3), 19–34.
- Alves, H., Ferreira, J. J., & Fernandes, C. I. (2016). Customer's operant resources effects on co-creation activities. *Journal of Innovation and Knowledge, 1*, 69–80.
- Anaza, N. A. (2014). Personality antecedents of customer citizenship Behaviours in online shopping situations. *Psychology and Marketing, 31*(4), 251–263
- Assiouras, I., Skourtis, G., Giannopoulos, A., Buhalis, D., & Koniordos, M. (2019). Value co-creation and customer citizenship behavior. *Annals of Tourism Research, 78*, in press
- Auh, S., Menguc, B., Katsikeas, C. S., & Jung, Y. S. (2019). When does customer participation matter? an empirical investigation of the role of customer empowerment in the customer Participation–Performance link. *Journal of Marketing Research, 56*(6), 1012-1033.
- Bailey, J. J., Gremler, D. D., & McCollough, M. A. (2001). Service encounter emotional value: The dyadic influence of customer and employee emotions. *Service Marketing Quarterly, 23*(1), 1–25.
- Balaji, M. S. (2014). Managing customer citizenship Behaviour: A relationship perspective. *Journal of Strategic Marketing, 22*(3), 222–239.
- Becker, J., Rai, A., Ringle, C. M., & Völckner, F. (2013). Discovering unobserved heterogeneity in structural equation models to avert validity threats. *MIS Quarterly: Management Information Systems, 37*(3), 665-694.
DOI:10.25300/MISQ/2013/37.3.01

- Bell, S. J., Auh, S., & Eisingerich, A. B. (2017). Unraveling the customer education paradox: When, and how, should firms educate their customers?, *Journal of Service Research*, 20(3), 306–321.
- Bettencourt, L.A. (1997). Customer voluntary performance: customers as partners in service delivery, *Journal of Retailing*, 73, 3, 383-406
- Bhattacharya, C. B., & Sen, S. (2003). Consumer-company identification: A framework for understanding consumers' relationships with companies. *Journal of Marketing*, 67(2), 76–88.
- Blattberg, R.C., y Deighton, J. (1996): “Manage marketing by the customer equity test”, *Harvard Business Review* (July–August), pp. 126–144
- Blau, PM. (1964). *Exchange and power in social life*. New York: John Wiley and Sons.
- Bove, L., Pervan S., Beatty S. & Shiu E. (2009). Service worker role in encouraging customer organizational citizenship Behaviours, *Journal of Business Research*, 62, 698-702.
- Brodie, R. J., Hollebeek, L. D., Jurić, B., & Ilić, A. (2011). Customer engagement: Conceptual domain, fundamental propositions, and implications for research. *Journal of Service Research*, 14(3), 252-271.
- Burnham, T. A., Frels, J. K., & Mahajan, V. (2003). Consumer switching costs: A typology, antecedents, and consequences. *Journal of the Academy of Marketing Science*, 31(2), 109-126.
- Chen, X., Chen, Y., & Guo, S. (2019). Relationship between organizational legitimacy and customer citizenship Behaviour: A social network perspective. *Social Behaviour and Personality: An International Journal*, 47(1), 1–12.
- Chen, Y.L. & Chiu, H.C. (2009). The effects of relational bonds on online customer satisfaction. *The Service Industries Journal*, Vol. 29 No. 11, pp. 1581-1595.
- Choi, I. & Hwang, J., (2019). The role of prosocial and proactive personality in customer citizenship behaviors. *Journal of Consumer Marketing*, 36(2), pp. 288-305.
- Dang, A., & Arndt, A. D. (2017). How personal costs influence customer citizenship Behaviours. *Journal of Retailing and Consumer Services*, 39, 173–181.
- Diamantopoulos, A., & Sigauw, J.A. (2006). Formative Versus Reflective Indicators in Organizational Measure Development: A Comparison and Empirical Illustration. *British Journal of Management*, 17, 263–282.

- Dong, B., & Sivakumar, K. (2017). Customer participation in services: Domain, scope, and boundaries. *Journal of the Academy of Marketing Science*, 45(6), 944–965.
- Escalas, J. E., & Bettman, J. R. (2003). You are what they eat: The influence of reference groups on consumers' connections to brands. *Journal of Consumer Psychology*, 13(3), 339-348.
- Festinger, L. (1954). A theory of social comparison processes. *Human Relations*, 7, 117-140.
- Gong, T., & Yi, Y. (2021). A review of customer citizenship Behaviours in the service context. [服务情景下顾客公民行为的研究评述] *Service Industries Journal*, 41(3-4), 169-199.
- Gong, T., Choi, J. N., & Murdy, S. (2016). Does customer value creation Behaviour drive customer wellbeing?. *Social Behaviour and Personality: An International Journal*, 44(1), 59–76.
- Groth, M. (2005). Customers as good soldiers: Examining citizenship Behaviours in internet service deliveries. *Journal of Management*, 31 (1), 7-14.
- Gruen, T.W. (1995): “The outcome set of relationship marketing in consumer markets”, *International Business Review*, Vol.4, no.4, pp.447-469.
- Gupta, S., Lehmann, D. R., & Stuart, J. A. (2004). Valuing customers. *Journal of Marketing Research*, 41(1), 7–18
- Hollebeek, L.D., Glynn, M., & Brodie, R.J. (2014). Consumer brand engagement in social media: Conceptualization, scale development, and validation. *Journal of Interactive Marketing*, 28(2), 149-165.
- Homans, G. C. (1961). *Social Behaviour: Its elementary forms*. New York: Harcourt, Brace, & World.
- Hur, W., Kim, H., & Kim, H. K. (2018). Does customer engagement in corporate social responsibility initiatives lead to customer citizenship behaviour? The mediating roles of customer-company identification and affective commitment. *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 25(6), 1258–1269.
- Hwang, J., & Lyu, S. O. (2020). Relationships among green image, consumer attitudes, desire, and customer citizenship Behaviour in the airline industry. *International Journal of Sustainable Transportation*, 14(6), 437-447.
- Hwang, K., & Lee, B. (2019). Pride, mindfulness, public self-awareness, affective satisfaction, and customer citizenship behaviour among green restaurant customers. *International Journal of Hospitality Management*, 83, 169–179.

- Jaakkola, E., & Alexander, M. (2014). The role of customer engagement behavior in value co-creation: A service system perspective. *Journal of Service Research, 17*(3), 247-261.
- Kim, H. S., & Choi, B. (2016). The effects of three customer-to-customer interaction quality types on customer experiences quality and citizenship behavior in mass service settings. *Journal of Services Marketing, 30*(4), 384–397.
- Kumar, V., Aksoy, L., Donkers, B., Venkatesan, R., Wiesel, T., & Tillmanns, S. (2010). Undervalued or overvalued customers: Capturing total customer engagement value. *Journal of Service Research, 13*(3), 297-310.
- Lengnick-Hall, C. A., Claycomb, V., & Inks, L. W. (2000). From recipient to contributor: Examining customer roles and experienced outcomes. *European Journal of Marketing, 34*(3/4), 359–383.
- Mandl, L., & Hogreve, J. (2020). Buffering effects of brand community identification in service failures: The role of customer citizenship behaviors. *Journal of Business Research, 107*, 130-137.
- Mustak, M., Jaakkola, E., Halinen, A., & Kaartemo, V. (2016). Customer participation management: Developing a comprehensive framework and a research agenda. *Journal of Service Management, 27*(3), 250–275.
- Nguyen, H., Groth, M., Walsh, G., & Hennig-Thurau, T. (2014). The impact of service scripts on customer citizenship Behaviour and the moderating role of employee customer orientation. *Psychology and Marketing, 31*(12), 1096–1109.
- Organ, D. W. (1988). *Organizational Citizenship Behaviour: The good soldier syndrome*. Lexington, MA: Lexington Books.
- Park, C., MacInnis, D.J., & Priester, J. (2010). Brand attachment and brand attitude strength: conceptual and empirical differentiation of two critical brand equity drivers. *Journal of Marketing 74*(6), 1–17.
- Paulssen, M., Brunneder, J., & Sommerfeld, A. (2019). Customer in-role and extra-role behaviours in a retail setting: The differential roles of customer-company identification and overall satisfaction. *European Journal of Marketing, 53*(12), 2501-2529.
- Rust, R.T., Lemon, K.N., & Zeithaml, V.A. (2004). Return on marketing: using customer- equity to focus marketing strategy”, *Journal of Marketing, 68* (1), 109–127.
- Rust, R.T., Zeithaml, V.A., & Lemon K.N. (2000): *Driving Customer Equity: How Customer Lifetime Value Is Reshaping Corporate Strategy*, The Free Press, New York.

- Schau, H.J., Muniz, A.M., & Arnould, E.J. (2009). How brand community practices create value. *Journal of Marketing*, 73(5), 30-51.
- Shahsavari, A. & Faryabi, M. (2013). The effect of customer-based corporate reputation on customers' citizenship Behaviours in banking industry. *Research Journal of Applied Sciences, Engineering and Technology*, 6 (20), 3746-3755.
- Stets J. & Burke P.J. *Social Comparison in Identity Theory* in Communal Functions of Social Comparison, chapter 2, Edited by Zlatan Krizan, Iowa State University, Frederick X. Gibbons, University of Connecticut, Publisher: Cambridge University Press pp 39-59.
- Tangney, J.P., Dearing, R.L., 2002. Gender differences in morality. In: Bornstein, R.F., Masling, J.M. (Eds.), *The Psychodynamics of Gender and Gender Role*. *American Psychological Association*, pp. 251–269.
- Thibaut, J. W., & Kelley, H. H. (1959). *The social psychology of groups*. New York: Wiley.
- van Doorn, J., Lemon, K. N., Mittal, V., Nass, S., Pick, D., Pirner, P., & Verhoef, P. C. (2010). Customer engagement behavior: Theoretical foundations and research directions. *Journal of Service Research*, 13(3), 253-266.
- Vargo, S.L., Maglio, P.P. & Akaka, M.A. (2008). On value and value co-creation: a service systems and service logic perspective. *European Management Journal*, 26 (3), 145-152.
- Verhoef, P. C., Reinartz, W. J., & Krafft, M. (2010). Customer engagement as a new perspective in customer management. *Journal of Service Research*, 13(3), 247-252.
- Verleye, K., Gemmel, P., & Rangarajan, D. (2014). Managing engagement Behaviours in a network of customers and stakeholders evidence from the nursing home sector. *Journal of Service Research*, 17(1), 68–84.
- Verleye, K., Gemmel, P., & Rangarajan, D. (2016). Engaged customers as job resources or demands for frontline employees? *Journal of Service Theory and Practice*, 26(3), 363-383.
- Vivek, S. D., Beatty, S. E., & Morgan, R. M. (2012). Customer engagement: Exploring customer relationships beyond purchase. *Journal of Marketing Theory and Practice*, 20(2), 122-146.
- Wei, S., Ang, T., & Anaza, N. A. (2019). The power of information on customers' social withdrawal and citizenship Behaviour in a crowded service environment. *Journal of Service Management*, 30 (1), 23–47.
- White, T.B. (2005). Consumer trust and advice acceptance: the moderating roles of benevolence, expertise, and negative emotions. *Journal of Consumer Psychology*, Vol. 15 No. 2, pp. 141-148

- Yi Y. & Gong T. (2008). If employees “go the extra mile, do customers reciprocate with similar Behaviour?. *Psychol Mark*, 25 (10). 961–86
- Yi, Y., & Gong, T. (2013). Customer value co-creation Behaviour: Scale development and validation. *Journal of Business Research*, 66(9), 1279–1284.
- Yi, Y., Natarajan, R., & Gong, T. (2011). Customer participation and citizenship Behavioural influences on employee performance, satisfaction, commitment, and turnover intention. *Journal of Business Research*, 64(1), 87–95.
- Zeithaml, V.A.; Bitner, M.J. & Gremler, D. (2006): *Services Marketing, Integrate Customer Focus Across the Firm*, 4th ed., McGraw-Hill Irwin, New York, NY.
- Zhang, J., Dixit, A., & Friedmann, R. (2010). Customer loyalty and lifetime value: An empirical investigation of consumer packaged goods. *Journal of Marketing Theory and Practice*, 18(2), 127–139
- Zhu, D. H., Sun, H., & Chang, Y. P. (2016). Effect of social support on customer satisfaction and citizenship Behaviour in online brand communities: The moderating role of support source. *Journal of Retailing and Consumer Services*, 31, 287–293.

IMPACTO DEL PAGO DEL 2% DEL IMPUESTO A LA RENTA EN EL SECTOR HOTELERO ECUATORIANO, AÑO 2020

ADRIANA ESTEFANIA IÑIGUEZ MATUTE

JORGE LUIS GARCIA BACULIMA

Universidad Politécnica Salesiana, Ecuador

INTRODUCCIÓN

Según Mayorga et al. (2020) en lo que se refiere a materia tributaria en América Latina ha evolucionado de manera significativa, cabe mencionar que los tributos son considerados como una herramienta para obtener ingresos económicos para el estado, las reformas tributarias tienen la finalidad de incrementar estas recaudaciones y de esta manera dar sostenibilidad a un gasto público social creciente.

De igual manera Cepeda & Mera (2015) mencionan que la gestión tributaria es de vital importancia para el sistema impositivo, determinando así que la recaudación de impuestos constituye una parte muy importante para el presupuesto general del estado, no es únicamente responsabilidad del estado sino también de los contribuyentes, por esta razón es necesario generar una cultura tributaria paralela de manera que no se vean afectadas las pequeñas y medianas empresas, el pago de estos impuestos de una u otra forma han afectado directamente a la liquidez en los diferentes sectores económicos que conforman la economía ecuatoriana, es decir renunciar a recursos monetarios que podrían ser utilizados en mejorar la infraestructura, maquinaria, equipos entre otros.

En el Ecuador, el 31 de diciembre del 2019 fue expedida la Ley Orgánica de Simplicidad y Progresividad Tributaria, en la cual se crea el Régimen Impositivo para Microempresas, con la finalidad de implementar un modelo tributario simplificado de manera que los

contribuyentes cumplan con sus deberes formales y obligaciones con el estado ecuatoriano de manera oportuna, en donde se establece:

Los contribuyentes determinarán el impuesto a la renta aplicando la tarifa del dos por ciento (2%) sobre los ingresos brutos del respectivo ejercicio fiscal exclusivamente respecto de aquellos ingresos provenientes de la actividad empresarial. Los ingresos percibidos por las microempresas por fuentes distintas a la actividad empresarial se sujetarán al régimen general del impuesto a la renta y será de aplicación obligatoria para la microempresa (Ley Orgánica de Simplificación y Progresividad Tributaria, 2019, Art. 97.22)

Cabe mencionar que de acuerdo con el Art. 106 del Reglamento de Inversiones del Código Orgánico de la Producción (2018), se define como microempresa a la unidad productiva que posee entre 1 a 9 trabajadores y un valor de ventas anuales iguales o menores de trescientos mil (US \$ 300.000,00) dólares de los Estados Unidos de América. Así también es de vital importancia conocer que en el Ecuador el sector microempresarial es considerado como uno de los pilares fundamentales de la economía ecuatoriana, cabe recalcar que las microempresas representan el 90,87% del total de empresas que operan en el país por lo que es necesario lograr la supervivencia de estas (Rodríguez et al., 2019).

Sin embargo, con la aplicación de esta reforma tributaria se han generado varias consecuencias negativas, según estudio realizado por Tax Service & TFC Consultores Corporativos (2021), este impacto es desfavorable si se considera los efectos de la pandemia por el Covid 19 a nivel mundial, en especial al sector de servicios de alojamiento prestados por hoteles, hoteles de suites, apart hoteles, complejos turísticos, hosterías, generando gran incertidumbre sobre el nivel de sus ingresos lo que significa menor liquidez y ventas generando escasas ganancias al menos durante los próximos 2 años.

Según (CEPAL, 2021) la crisis actual por la pandemia ha causado una importante caída en la actividad turística, un menor flujo de turistas afectará negativamente el crecimiento económico y los niveles de empleo de las economías de América Latina y el Caribe, entre 2020 y 2023 las pérdidas acumuladas de esas subregiones oscilarán entre \$ 53 mil millones y \$ 75,4 mil millones para el Caribe; \$ 69,1 mil millones y \$

89,2 mil millones para América Central y México, y entre \$ 53 mil millones y \$ 72,4 mil millones para América del Sur.

Con respecto a Ecuador, se debe tener en cuenta que la actividad del turismo y las instituciones que prestan servicios complementarios aportó aproximadamente 2,2% al PIB del Ecuador en el 2019, sin embargo, para el 2020 disminuyó a 1,3% que para el 2020, lo que significa un menor ingreso económico para el país. El ingreso de turistas extranjeros es considerado como una importante fuente de generación de divisas para el país, sin embargo, a causa del COVID- 19 para el 2020 la llegada de turistas tuvo una variación negativa en 70,25% con relación al año anterior, lo que significa que las empresas que prestan servicios de alojamiento como hoteles, se vean afectados de manera directa, ya que dependen mayormente de los turistas extranjeros para la generación de ingresos (Ministerio de Turismo, 2020).

Así también, disminuyó la tasa de empleo de este sector en un 31,81% con respecto al año anterior, de la misma forma se vieron afectadas las ventas presentando una disminución del 49,5% con una pérdida de USD\$2.772 millones, las ventas netas de las primordiales ramas de esta actividad turística como es la prestación de hospedaje disminuyeron en 62,85% (Ministerio de Turismo, 2020).

A partir de entonces, estudios puntuales se vuelven necesarios, cabe mencionar que se ha evidenciado que los análisis existentes relacionados al impacto financiero que ha tenido la aplicación de la Ley de Simplificación y Progresividad Tributaria con respecto al pago del Impuesto a la Renta de las microempresas son escasos, y se presentan de manera generalizada, la mayoría de las referencias se presentan desde el punto de vista periodística.

2. OBJETIVO

Como objetivo principal se pretende analizar y describir el impacto financiero que tuvo el pago del Impuesto a la renta en las microempresas del sector Hotelero del Ecuador como resultado de la aplicación de la Ley Orgánica de Simplificación y Progresividad Tributaria para el ejercicio económico 2020. Los objetivos específicos son:

- Determinar el impacto de la recaudación tributaria generada por el pago del 2% del Impuesto a la Renta como resultado de la aplicación de esta ley en las microempresas del sector hotelero con respecto a la recaudación tributaria del 2019
- Determinar el grado de afectación en la liquidez de las microempresas hoteleras, generada por el pago del 2% del Impuesto a la Renta como resultado de la aplicación de la ley anteriormente mencionada.

3. METODOLOGÍA

La primera parte de la metodología para el presente trabajo de investigación consiste en establecer el área de estudio, para lo cual se utiliza el Catastro del Régimen Impositivo para Microempresas del periodo fiscal 2020 emitido por el Servicio de Rentas Internas SRI de Ecuador y así también el Catastro de Compañías de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, clasificándolas mediante código el I5510.01 del CIU que corresponde al sector de servicios de alojamiento prestados por hoteles, determinando que el área de estudio seleccionada son 75 microempresas activas que pertenecen a este sector.

La Bibliografía y variables a investigar, la segunda parte radica en establecer las bases teóricas del presente análisis, se realizará una investigación de tipo documental en donde se llevará a cabo una revisión bibliográfica en fuentes primarias y secundarias que incluyen libros, revistas académicas, entre otros, relacionados al análisis financiero, en específico, a los ratios financieras de liquidez.

La tercera parte de la metodología radicó en inferir el tamaño de la muestra, mediante la fórmula para poblaciones finitas o conocidas Hernández et al. (2014), se determina la muestra con un nivel de confianza del 95%, $Z= 1,96$ y un 5% de error. Al no contar con estudios anteriores de la proporción esperada se utilizó el valor $p=0,50$ (50%), que maximiza el tamaño de muestra, dando como resultado 63 microempresas a estudiar, se seleccionan únicamente aquellas que tengan registrada la información correspondiente al periodo 2020 en la Super Intendencia de Compañía Valores y Seguros.

La cuarta parte de la metodología consistió en analizar los estados financieros correspondientes al 2020 de las microempresas seleccionadas, utilizando para este análisis la siguiente razón financiera:

Tabla 1. Fórmula para el cálculo del Ratio Financiero

Factor		Indicadores Técnicos	Fórmula
Liquidez		Liquidez Corriente	Activo Corriente / Pasivo Corriente

Fuente: Superintendencia de compañías, Valores y Seguros (2021)

La liquidez corriente es considerada como un elemento clave para la organización, es la medida del riesgo que asume una empresa, un alto nivel de liquidez puede indicar un menor riesgo de la cobertura de deuda actual, así también puede significar un uso inadecuado de los activos corrientes (Georgeta y Nenu, 2016).

El presente análisis se realizó con el objetivo de responder las preguntas del presente trabajo de investigación ¿La recaudación tributaria generada en 2020 por las microempresas hoteleras por la aplicación del Impuesto a la Renta del 2% fue significativamente mayor a la recaudación del Impuesto a la Renta del año anterior? ¿Cuánto fue el grado de afectación en la liquidez que provocó el pago del 2% del Impuesto a la Renta en las microempresas hoteleras de Ecuador en el periodo analizado?

4. ANÁLISIS Y RESULTADOS

Después de haber realizado el análisis a la muestra de 63 microempresas que pertenecen al sector hotelero durante el periodo 2020, se determinó lo siguiente:

Tabla 2. Recaudación del Impuesto a la Renta del Sector Hotelero 2019 vs 2020 por provincias del Ecuador

Provincia	Renta total 2019	Renta de Microempresas 2020	Disminución de la recaudación	Disminución entre el año 2019 -2020
Azuay	\$ 676.737,42	\$ 16.256,45	\$ 660.480,97	-98%
Bolívar	\$ 445,55	\$ 1.588,15	\$ -1.142,60	256%
Cañar	\$ 11.719,39	\$ 3.601,03	\$ 8.118,36	-69%
Carchi	\$ 25.418,23	\$ 2.290,05	\$ 23.128,18	-91%
Chimborazo	\$ 56.938,19	\$ 6.276,64	\$ 50.661,55	-89%
Cotopaxi	\$ 39.164,66	\$ 4.093,96	\$ 35.070,70	-90%
El Oro	\$ 229.461,53	\$ 14.982,45	\$ 214.479,08	-93%
Esmeraldas	\$ 264.299,86	\$ 14.987,82	\$ 249.312,04	-94%
Galápagos	\$ 323.688,86	\$ 2.847,42	\$ 320.841,44	-99%
Guayas	\$ 2.962.852,36	\$ 29.177,66	\$ 2.933.674,70	-99%
Imbabura	\$ 217.794,47	\$ 8.767,63	\$ 209.026,84	-96%
Loja	\$ 102.763,50	\$ 9.579,92	\$ 93.183,58	-91%
Los Ríos	\$ 22.642,79	\$ 4.597,67	\$ 18.045,12	-80%
Manabí	\$ 439.988,55	\$ 20.061,29	\$ 419.927,26	-95%
Morona Santiago	\$ 4.546,95	\$ 5.505,16	\$ -958,21	21%
Napo	\$ 630.285,73	\$ 2.822,81	\$ 627.462,92	-100%
Orellana	\$ 104.714,28	\$ 5.236,38	\$ 99.477,90	-95%
Pastaza	\$ 2.683,01	\$ 2.464,27	\$ 218,74	-8%
Pichincha	\$ 3.364.661,84	\$ 24.262,88	\$ 3.340.398,96	-99%
Santa elena	\$ 146.798,49	\$ 8.188,89	\$ 138.609,60	-94%
Santo domingo	\$ 59.415,40	\$ 15.676,84	\$ 43.738,56	-74%
Sucumbíos	\$ 98.308,64	\$ 5.302,26	\$ 93.006,38	-95%
Tungurahua	\$ 337.499,03	\$ 14.031,11	\$ 323.467,92	-96%
Zamora Chinchipe	\$ 8.613,44	\$ 2.806,24	\$ 5.807,20	-67%
Total	\$ 10.131.442,17	\$ 225.404,98	\$ 9.906.037,19	-98%

Fuente: Elaboración propia

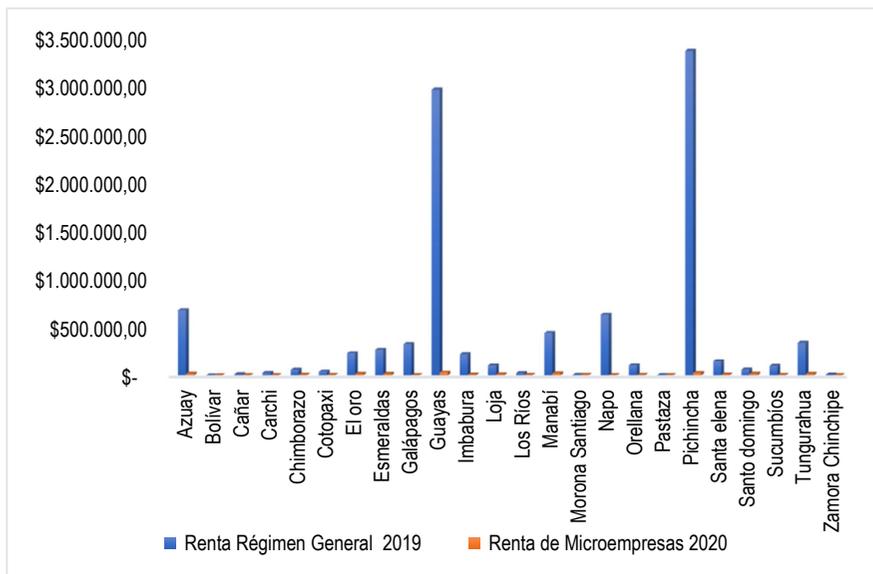
La tabla 2 responde a la primera interrogante del presente trabajo de investigación, los resultados evidencian que al respecto de la recaudación tributaria generada en 2020 por las microempresas hoteleras por la aplicación del Impuesto a la Renta del 2%, no fue significativa en términos monetarios, de manera general existió una disminución del 98% en la recaudación de este impuesto con respecto al 2019, esto podría darse debido a la pandemia por la cual se encuentra a travessando el turismo a nivel mundial, la disminución de llegadas de turistas al país afecta de manera directa a los hoteles, ya que estos generan ingresos por la prestación de servicios de hospedaje entre otros.

Es de vital importancia mencionar que el estado ecuatoriano proyectaba recaudar de manera general con la aplicación de esta ley USD 619, 5 millones en el 2020, logrando así cumplir con el acuerdo firmado con el Fondo Monetario Internacional, mismo que consistía en generar ingresos tributarios por USD \$ 14.772 millones, sin embargo, lo real recaudado fue 12.382 millones, lo que representa un déficit del 13% en la recaudación en comparación al 2019 (Becerra et al.,2020).

En lo referente a la recaudación del Régimen de microempresas para el año 2020, se recaudó USD \$ 76 millones según informe emitido por Andrade Marisol directora del SRI, dando como resultado un 72% menos a lo proyectado en la recaudación de este impuesto, se debe tener en consideración que alrededor del 34% de contribuyentes que pertenecen a este régimen han optado por no realizar dicha declaración.

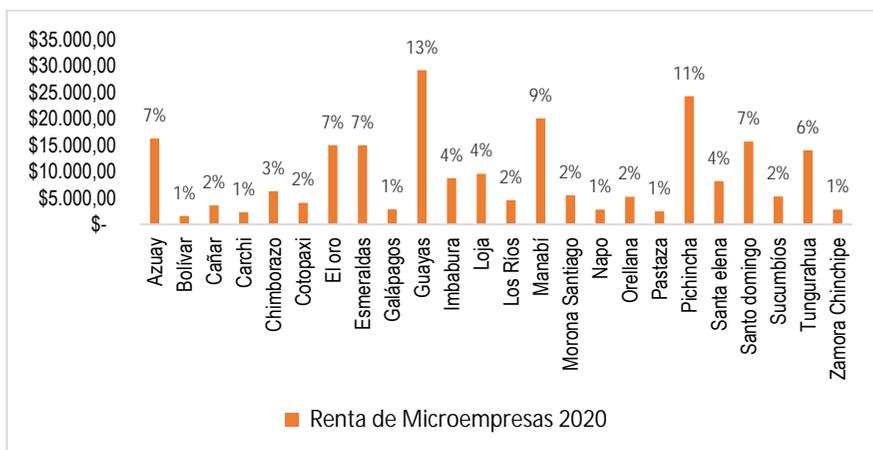
Tal como se había expuesto el inicio de los resultados de la presente investigación, la recaudación de este impuesto no fue significativa, sin embargo, se puede mencionar que en las provincias de Bolívar y Morona Santiago presentan un crecimiento en la recaudación del Impuesto a la Renta Microempresarial, no obstante, este escenario es totalmente opuesto en las diferentes provincias. Así también se puede acotar que, en comparación a lo recaudado en las diferentes provincias por el pago de este impuesto, son las provincias de menor recaudación, tal como se presenta en el gráfico 1 y 2.

Gráfico 1. Recaudación del Impuesto a la Renta del Sector Hotelero 2019 vs 2020 por provincias del Ecuador



Fuente: Elaboración propia

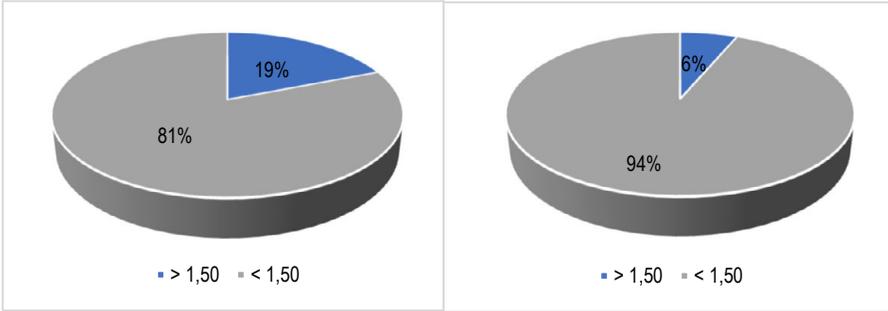
Gráfico 2. Porcentaje de aportación en la recaudación del Impuesto a la Renta del Régimen de Microempresas del Sector Hotelero 2020



Fuente: Elaboración propia

En cuanto a la segunda interrogante planteada en esta investigación, se pudo establecer lo siguiente:

Gráfico 2. *Liquidez de las microempresas analizadas 2019 vs 2020*



Fuente: Elaboración propia

Con base a los resultados obtenidos, se establece que el 81% de las microempresas del sector hotelero en el 2019 tenían una liquidez inferior a 1,50 valor referencial en la industria, lo que indica que, al cierre de dicho periodo, existía un déficit en sus flujos de efectivo, es decir, no estaban preparadas para hacerle frente a sus pasivos de corto plazo, sin embargo, solamente el 19% de la población analizada contaba con los recursos monetarios para cubrir sus obligaciones a corto plazo.

Mientras tanto en el 2020, el panorama de las microempresas del sector hotelero, se torna cada vez más preocupante, como consecuencia de la pandemia sufrida a nivel mundial, al restringirse los vuelos internacionales, la llegada de turistas a nuestro país disminuyó significativamente, repercutiendo en el nivel de ingresos por la prestación de sus servicios, es decir existió una variación del 81% al 94% de las microempresas que se encuentran con un nivel de liquidez inferior al 1,50 es decir, no poseen la suficiente liquidez para cubrir sus deudas a corto plazo, cabe mencionar que los tributos que se deben cancelar al estado se encuentran catalogados como obligaciones con el fisco en el pasivo a corto plazo. Sin embargo, el 6% de la población analizada se encuentra preparada para cubrir dichos pasivos.

Es por esto, que la liquidez de las microempresas hoteleras se ve afectada por el pago del impuesto a la renta como consecuencia de la aplicación de la Ley Orgánica de Simplificación y Progresividad Tributaria. En otras palabras, esta ley no fue beneficiosa para estas empresas ya que este impuesto se debe cancelar sobre los ingresos brutos, sin importar si al final del ejercicio económico existe utilidad o pérdida, de la misma forma no se consideran los costos y gastos en los que se incurre para la prestación de este servicio tales como, la mano de obra considerado como un rubro de gran importancia.

5. CONCLUSIONES

El Régimen Impositivo para microempresas fue creado con el objetivo de simplificar el proceso tributario, es decir al realizarse esta declaración de manera semestral, el estado pretendía ayudar en la liquidez de estas empresas, sin embargo, no se logró cumplir con esta finalidad, cabe mencionar que la administración tributaria otorgó prórrogas de pago a los contribuyentes de manera que puedan cancelar este impuesto, así también se ha optado por no cumplir con la declaración de este impuesto.

Cabe mencionar, que el pago de este impuesto ha ocasionado inconvenientes para los contribuyentes, a pesar de haber generado pérdidas económicas se encuentran en la obligación de cancelar este impuesto, en comparación al régimen general no sucede esto, por esta razón crear una normativa tributaria equitativa, con la finalidad de reducir esta carga tributaria.

En contexto, la liquidez de las microempresas se vio afectada en el 2020, dando como resultado que el 94% de estas posea menos de 1,50 dólares, que representa el nivel óptimo en la industria para cubrir sus obligaciones a corto plazo, este escenario se vuelve adverso, si se considera las pérdidas monetarias sufridas debido a la pandemia del COVID 19 en el sector hotelero, si a esto se suma la aplicación de ley anteriormente mencionada, ocasionando así que los contribuyentes opten por el cierre definitivo de estos negocios.

REFERENCIAS

- Ministerio de Turismo. (2020). *Rendición de cuentas*. Ecuador. Obtenido de <https://www.turismo.gob.ec/wp-content/uploads/2021/05/Presentacio%CC%81n-Informe-de-Rendicio%CC%81n-de-Cuentas-MINTUR-2020-compressed.pdf>
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2018). *Reglamento de Inversiones del Código Organico de la Producción*. Quito: Registro Oficial Suplemento 450.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2019). *Ley Organica de Simplificación y Progresividad Tributaria*. Quito: Registro Oficial N° 111.
- Becerra Molina, E., Calle Masache, O., Banegas Peña, T., y Espinoza Pillaga, H. (2020). Análisis de efectos tributarios en las Mipymes. . Una perspectiva e impacto del contenido de la Ley de simplificación y progresividad tributaria 2020. *ConcienciaDigital*, 111 -131. doi:<https://doi.org/10.33262/concienciadigital.v3i2.2.1249>
- CEPAL. (2021). *Evaluación de los efectos e impactos de la pandemia de COVID-19 sobre el turismo en América Latina y el Caribe*.
- Corporativos, T. S. (Marzo de 2021). *TFC Consultores Corporativos*. Obtenido de https://www.tfc.com.ec/uploads/noticia/adjunto/707/GRAVAR_CON_E_L_2_A_LA_MICROEMPRESA__ACIERTO_O_ERROR__1__compressed.pdf
- Georgeta L., y Nenu J., . (2016). Liquidity and Profitability Analysis on the Romanian Listed Companies. *Journal of Eastern Europe Research in Business & Economics, Vol. 2016*, 2-6. doi:10.5171/2016.161707
- Hernández Sampieri R., Fernández Collado, C., y Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la Investigación* (Vol. 6). México: McGRAW-HILL. doi:<http://observatorio.epacartagena.gov.co/wp-content/uploads/2017/08/metodologia-de-la-investigacion-sexta-edicion.compressed.pdf>
- Mayorga Morales, T., Campos Llerena, L., Arguello Guadalupe, C., y Villacis-Uvidia, J. (2020). Nuevas reformas tributarias y su impacto en la economía del Ecuador. *Revista Científica FIPCAEC (omento de la investigación y publicación en Ciencias Administrativas, Económicas y Contable)*, ISSN: 2588-090X, 5(18), 30-40.
- Rodríguez Arrieta, G. Cano Lara, E. y Ruiz Velez, A. (2019). La competitividad en las microempesas en Manta. *San Gregorio*, 1. doi:<http://dx.doi.org/10.36097/rsan.v1i35.1141>

- Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. (2021). Tabla de Indicadores. *SUPERCIAS*, 1. Obtenido de https://www.supercias.gob.ec/bd_supercias/descargas/ss/20111028102451.pdf
- Torradoa, M. (2016). El método Delphi. *REIRE Revista de innovación y educación*, 88-89. doi:10.1344/reire2016.9.1916
- Vela Cepeda, L. y Mera Rodríguez, W. . (2015). *Impacto de las reformas tributarias en el Sector Comercial del Cantón Tulcan* (Vol. 8). Tulcan: Sathiri CIIT UPEC. Obtenido de <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/396-Texto%20del%20art%C3%ADculo-1370-1-10-20180712.pdf>

SECCIÓN III

NUEVOS RETOS EN EL ENTORNO JURÍDICO
INTERNACIONAL

RETOS FISCALES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

EVA MARÍA SÁNCHEZ SÁNCHEZ
*Profesora Ayudante Doctor de
Derecho Financiero y Tributario
Universidad Rey Juan Carlos*

1. INTRODUCCIÓN

El movimiento vertiginoso de las nuevas tecnologías del comercio electrónico dentro del campo de la fiscalidad internacional es uno de los temas más importantes en el tratamiento de la tributación de esa parte de la economía, en cuanto a la adaptación de los ordenamientos jurídicos para el control de las actividades en que se desenvuelve la actividad humana.

La revolución del creciente desarrollo del comercio electrónico ha implicado una nueva forma a la hora de realizar las transacciones internacionales y también, como consecuencia, la manera de efectuar las inspecciones tributarias adecuadas para modernizar el área fiscal en su adaptación a los nuevos cambios vinculados a nuestra era.

Este importante papel que ha tomado el nuevo comercio a través de Internet ha revolucionado el comportamiento en la forma de realizar negocios y no ha dejado indiferente a nadie. De estas implicaciones, los efectos que se derivan deben centrarse en la conciliación de las tradicionales figuras tributarias adaptándolas a la nueva imposición a aplicar al comercio electrónico, teniendo en cuenta, las herramientas que estas nuevas tecnologías ofrecen al contribuyente en la agilización a la hora de cumplir con sus obligaciones y a la Administración como vías de información y control sobre los mismos.

El comercio electrónico es de tal envergadura que precisa un procedimiento uniforme, transparente y efectivo en cuanto a su tratamiento fiscal y jurídico a nivel global se refiere, que incita a los diferentes organismos como OCDE y a los Estados a seguir trabajando en análisis e investigaciones oportunas al respecto, en línea con los principios clásicos de fiscalidad internacional, dado que esta red de transacciones influye por igual en todos los sistemas tributarios nacionales.

La trascendencia del comercio electrónico viene dada por el considerable movimiento que registra a nivel mundial, debido a su proyección potencial de consumidores metidos en un titánico círculo comercial sin ubicación geográfica, sin que interese el lugar de residencia y, libre de horarios, que avanza a pasos agigantados y por ello, las nuevas tecnologías precisan de constantes retos y desafíos de la fiscalidad internacional, en el requerimiento de que esta forma de comercializar productos y servicios entre comerciantes y clientes no llegue a potenciar el fraude fiscal o la doble imposición internacional, erosionando con ello las concepciones tributarias clásicas que rigen la fiscalidad a nivel global.

El marco del comercio electrónico incorpora toda serie de actividades que engloban la compraventa electrónica o el intercambio de datos, mediante los cuales puede realizarse toda una serie de actividades con contenidos digitales vía online, operaciones de acciones o marketing entre otros y su crecimiento, por lo que hoy en día, es imparable.

2. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE RIGEN LA FISCALIDAD INTERNACIONAL

Ante la necesidad de analizar la problemática que el comercio electrónico representa para los sistemas tributarios nacionales, donde muchos gobiernos se han expuesto a afrontar menores ingresos, el reto de restablecer la recaudación es el propósito más importante de los tributos, al constituir el principal medio para la financiación de los bienes públicos. Las cuestiones más destacadas a resolver de las políticas fiscales y económicas generales de Derecho Tributario internacional se fundamentan en conceptos basados en la presencia física o el lugar de

establecimiento que puede conllevar el desarrollo de nuevos mecanismos de elusión y evasión fiscal.

En la actualidad nos encontramos en una época de desarrollo tecnológico y comercial, donde los principios tributarios que han guiado a los gobiernos en relación con el comercio tradicional deberían también ser considerados apropiados para su aplicación a la importante problemática de la fiscalidad en base al comercio electrónico. Este amplio conjunto de principios fiscales de “neutralidad, eficiencia, certeza y simplicidad, efectividad y justicia y flexibilidad” han sido objeto de modificación para su adecuación y continúan gozando de relevancia para regir la esfera fiscal del comercio electrónico internacional, por estimar que estos principios reforzados continúan siendo un gran referente en la actualidad. Junto a estos principios que ordenan la fiscalidad internacional, se encuentra el principio de justicia tributaria que fija como objetivo un sistema fiscal justo que considere la recta obligación de las normas, erigiéndose como el pilar más importante en la construcción de toda política fiscal.

En un escenario en el que asistimos a una compleja consolidación fiscal, se hace ahora más necesario que nunca, garantizar que se cumplan las obligaciones fiscales de todos los contribuyentes de modo equitativo, determinando las condiciones más relevantes de los principios fiscales analizados que deben ser asignadas al comercio electrónico, que serán detalladas en los párrafos posteriores.

La neutralidad ha de regir los sistemas tributarios para que sean equitativos ante los desiguales tipos de actividades económicas. Entre el comercio electrónico y el comercio convencional o tradicional, debe existir un impuesto que fiscalmente sea neutro para que contribuya a la eficiencia y el logro de una repartición justa en cualquier forma de negocio. La neutralidad implica además más progreso en la recaudación de impuestos y disminuye la discriminación a merced de una opción de comercio en concreto, lo que entraña que deberán aplicarse idénticos principios fiscales a cualquier modo de negocio.

La eficiencia en el sistema tributario debe reflejarse en el diseño de los impuestos, para conseguir que los costes de la imposición que soporta

el contribuyente en el cumplimiento de su deber fiscal y los gastos que se derivan de las administraciones tributarias se reduzcan al menor coste posible.

La simplicidad exige que las normas tributarias tienen que ser ciertas, entendibles y precisas, que supriman cualquier duda con respecto a los derechos y obligaciones tanto de los ciudadanos como de empresas, de manera que los obligados tributarios puedan conocer su situación antes de llevar a cabo cualquier operación, facilitando la comprensión de sus respectivas obligaciones fiscales. Un sistema tributario debe respetar el principio de simplicidad no solo para posibilitar el entendimiento y aplicación de los contribuyentes, sino también, para favorecer la eficiencia de la Administración tributaria en la planificación fiscal.

La efectividad debe ser plasmada por los sistemas tributarios para minimizar al máximo la posible comisión de evasión y fraude fiscal, en la misma medida que han de eliminar situaciones comprometidas de doble imposición o de no imposición involuntaria, generando la cuantía idónea de sus impuestos en tiempo y forma, para que las normas tributarias se apliquen en la práctica a todos los contribuyentes. Dado que, si lo que unos tienen que pagar y no lo hacen debido a las dificultades para exigirle el cumplimiento de sus obligaciones, el resto de los obligados tributarios tendrán la concepción de que el sistema tributario es injusto e ineficaz.

Por último, es importante la flexibilidad y dinamicidad que los sistemas tributarios en su gestión de recaudación deben manifestar y que ha de ser suficiente para poder satisfacer la necesidad de ingresos por la que atraviesan los gobiernos en la actualidad, adaptándose al ritmo de un escenario político variable derivada de los avances tecnológicos y comerciales, difíciles de predecir.

Como puede apreciarse, la revolución tecnológica ofrece nuevas posibilidades para mejorar la eficiencia de las administraciones fiscales, pero a su vez, revelan diferentes perspectivas de evasión fiscal. El desafío que se abre para las administraciones tributarias deberá consistir en beneficiarse de las ventajas que para la recaudación de los tributos manifiesta la red y al mismo tiempo salvaguardar las bases imponibles de

cada país sin que ello perjudique el desarrollo de esta nueva era tecnológica. Es decir, en una primera aproximación, habrá que examinar si los conceptos y principios fundamentales de la fiscalidad internacional que someten a imposición al comercio clásico son totalmente aplicables al comercio electrónico. La OCDE con el objetivo de alcanzar un consenso internacional, llegó a la conclusión de que los principios fiscales que guían el comercio tradicional deberán también aplicarse al comercio electrónico, adaptando el tratamiento que debe dársele a la citada renta, en consecución de un desarrollo armónico con criterios fiscales útiles y modernos.

En la medida que la economía digital continúa su desarrollo, es deseable continuar avanzando el trabajo sobre estos objetivos de financiación, en el seguimiento del Proyecto BEPS iniciado por la OCDE, para en un futuro poder reflejar la conclusión obtenida de un trabajo continuo sobre el comercio electrónico y avanzar en la ardua tarea de facilitar el consenso para que haya una solución viable sobre los Pilares 1 y 2, en la que el pasado julio de 2021 ya se avanzó y que debería implantarse y concluir con éxito, en su totalidad se espera en 2023, con el respaldo y cooperación internacional de todas las partes interesadas.

Por ello, la OCDE trabaja en su empeño de seguir avanzando hacia una solución multilateral basada en el consenso de todos los países, para resolver las diferencias de políticas críticas, que deberá ser un asunto que resolver en los próximos meses. La labor fiscal en el marco de la digitalización de la economía forma parte de esfuerzos muy grandiosos dentro de un marco global, que lleven a restablecer la estabilidad y garantizar la certidumbre en el sistema tributario internacional, atenuar los posibles riesgos de doble imposición y corregir probables solapamientos que puedan darse con las normas estatales, haciéndose necesario que, la riqueza de la economía digital sea gravada en la jurisdicción donde se genere, existiendo un equilibrio razonable a una tributación equitativa y justa.

3. LAS RECIENTES NORMAS DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL IVA PARA EL COMERCIO ELECTRÓNICO INTERNACIONAL

El IVA representa una gran fuente de ingresos para las Administraciones públicas de los Estados, que se ha visto mermada por la llegada de los negocios online que precisa de una reforma normativa armonizada a nivel internacional. En atención a este problema, el Consejo de Asuntos Económicos y Financieros de la Unión Europea (ECOFIN), encargado de los asuntos fiscales, ya aprobó un paquete normativo comunitario de reforma legislativa para facilitar el control del fraude fiscal sobre el pago del IVA derivado del comercio electrónico internacional, vigente desde 2020.

Ante esta perspectiva comercial, la Unión Europea ha acordado nuevas reglas para renovar el IVA con la voluntad de adaptar el sistema tributario actual a la era electrónica. Con estas medidas, se persigue facilitar la recaudación del IVA en el comercio electrónico internacional a través de las adquisiciones de bienes y servicios, para controlar el fraude en las transacciones digitales. De igual forma, se ha buscado reducir los costes que supone para las pymes cumplir con sus obligaciones formales del IVA y, asimismo eliminar la excepción de no estar obligados a repercutir el IVA para los pequeños envíos de los vendedores no pertenecientes a la UE que por su trato diferencial dejaban en desventaja a las empresas Comunitarias y por ello, ahora se beneficiarán al no perder competitividad respecto a las mismas. Todo ello repercutirá en los Estados miembros que incrementarán sus ingresos por la recaudación del IVA.

Estos acuerdos pretenden modernizar la imposición del IVA dentro del comercio electrónico internacional, en el ámbito de la Estrategia para el Mercado Único Digital al expandir la Ventanilla Única de la UE al registro del IVA a esta forma electrónica de comerciar para evitar que los proveedores de terceros países tengan que registrar el IVA de sus ventas online en todos los Estados miembros. Contexto en donde la libertad de movimientos de bienes y servicios esté garantizada.

Se espera que este conjunto de medidas de simplificación adaptará el sistema del IVA actual a la era digital, beneficiando a todas las empresas a partir de 2021, dado que al reducir la burocracia del impuesto se conseguirá un gran ahorro en los costes del comercio electrónico y un importante aumento en la recaudación del IVA que aportará mayores ingresos fiscales para los países europeos.

En fin, la Comisión Europea con la reforma de las normas del IVA, que entró en vigor el pasado mes de julio de 2021, ha tratado de establecer una mayor cooperación administrativa entre los países miembros europeos, con la finalidad de ayudar y facilitar la extensión de la ventanilla única (OSS) al comercio electrónico, en la confianza de que todas las operaciones comerciales internacionales sean declaradas a través de una sola entrada en cualquier Estado de la UE. Por todo ello y, con el ímpetu de garantizar una distribución más justa de los ingresos tributarios entre todos los países europeos, el IVA se abonará en el Estado miembro del consumidor final. Mediante este planteamiento, se persigue reducir el fraude fiscal, insistiendo en un sistema impositivo justo y eficaz en toda la Unión Europea.

La digitalización de la economía mundial afecta a todas las empresas, comportando que la gran diversidad de modelos empresariales que permite la tecnología no represente un desafío para la política fiscal. En 2021, aproximadamente el cincuenta por ciento de las grandes empresas que constituyen la mayor capitalización bursátil son tecnológicas y es que cada vez, se utiliza más los recursos digitales generando nuevas oportunidades, no solo para las empresas con nuevas oportunidades para asegurar su competitividad, sino también, para los ciudadanos y las Administraciones públicas que garantice una fiscalidad justa.

La Unión Europea ha comprendido que este nuevo paradigma exigía nuevas respuestas políticas y fiscales, para aprovechar las oportunidades que ofrece el sector digital y al mismo tiempo incidir en garantizar no solo una fiscalidad justa, sino también igualdad en condiciones de competencia, como requisito previo para generalizar la innovación, el desarrollo y crecimiento de éstas. Así pues, el principal reto ha sido reformar el marco fiscal internacional al que se ha acompañado con el Reglamento europeo sobre Cooperación Administrativa, por considerar

la Comisión Europea que los Estados miembros deben mantener una posición coordinada para un mayor impacto a nivel global.

4. EL COMERCIO ELECTRÓNICO Y SU INCIDENCIA EN LA REALIDAD SOCIOECONÓMICA

La aparición y desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) han venido para quedarse y su incidencia en la realidad socioeconómica mundial por su constante evolución, conforman una enorme complejidad al sustentar el comercio electrónico.

De hecho, el comercio electrónico se configura como una manifestación de la actual era tecnológica llamada sociedad de la información, que ha hecho posible las transacciones económicas de una manera diferente que responde con la creciente globalización socioeconómica. De esta manera, el comercio electrónico se muestra como impulsor de la globalización económica que internacionaliza a los contribuyentes y a los objetos imponibles, creando grandes retos fiscales derivados de la progresiva contradicción entre la llegada de la globalización económica y las Haciendas Públicas vinculadas a la clásica soberanía nacional.

Por ello, con la nueva economía en la cual se inscribe el comercio electrónico, las normas fiscales deben irse adaptando paulatinamente a los cambios sociales y económicos e incorporar un nuevo orden tributario a estas actividades económicas novedosas. En este sentido, se consolida la idea de que solamente una autoridad tributaria internacional como la Comisión Europea pueda someter a una tributación adecuada al comercio electrónico.

Este planteamiento, realmente se corresponde con lo que hemos expresado anteriormente, que la globalización económica y por ende el comercio electrónico, solo se le podría responder con soluciones fiscales universales y así se ha manifestado por el grupo de expertos de la Unión Europea declarando las medidas tributarias oportunas al respecto, dejando que los Estados nacionales se incorporen paulatinamente a esta armonización fiscal, aun manteniendo su autonomía económica.

Como es de esperar, estas medidas beneficiarán al comercio electrónico, por un lado, reducirán los costes que soportan las empresas derivados del cumplimiento de sus obligaciones formales para el pago del IVA en transacciones internacionales y por otro, se verán beneficiadas las empresas de la UE al no perder competitividad respecto de empresas que operan fuera del marco europeo y que no están obligadas a sufragar el IVA, quedando en clara desventaja y, también, a los Estados comunitarios que verán un mayor incremento por la recaudación procedente del impuesto, debido principalmente a la limitación del incumplimiento de las obligaciones tributarias en esta materia.

Dentro del conjunto de medidas adoptado por la Unión Europea que alberga una directiva y dos reglamentos, se especifica que, para garantizar una distribución más justa de los ingresos tributarios entre todos los Estados miembros, el IVA se abonará en el Estado miembro del consumidor, es decir, la imposición se realizará en el lugar de consumo. Igualmente, en las conclusiones del informe se plantea que no debe haber normas tributarias especiales para el sector del comercio electrónico, más bien, adaptar las normas generales para que sean aplicadas a las empresas online y sean tratadas de igual forma que las convencionales.

En consecuencia, no cabe diseñar un nuevo marco específico para hacer tributar el comercio electrónico, ni cambiar los conceptos y principios que actualmente existen en el Derecho Internacional Tributario, sino acomodar los ya existentes con un amplio respaldo de la gestión tributaria tomando en consideración las particularidades del comercio electrónico. En definitiva, se busca que en toda la Unión Europea exista cooperación administrativa entre todos los Estados miembros, estableciendo las medidas apropiadas dictadas por la Comisión Europea en los correspondientes ordenamientos nacionales y en espera de las recomendaciones que realice al respecto.

5. EL COMPORTAMIENTO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN LA FISCALIDAD ESPAÑOLA

El análisis más amplio que se puede hacer de la problemática que las nuevas tecnologías y el comercio electrónico están planteando a los sistemas tributarios estatales en referencia a la gestión de su fiscalidad, se basa en optar por considerar ajustar los tributos vigentes al comercio electrónico y proclamar que, las tecnologías actuales no solo ponen en manos de las Administraciones Tributarias nacionales eficaces herramientas para ayudar a los contribuyentes en su obligación de sufragar sus impuestos, sino que también incorporan nuevos métodos de control fiscal para que sean utilizados por los gobiernos.

La expansión de la economía digital ha puesto de manifiesto problemas en la fiscalidad internacional sobre el nuevo modelo de negocio, complicando los que desde años atrás amenazaban al comercio tradicional. La naturaleza global del comercio electrónico ha conllevado la volatilidad de los impuestos que suponen la mayor fuente de los ingresos fiscales totales de cualquier país, acentuando las dificultades de la tributación internacional hasta tanto no se ponga en marcha la regulación adecuada necesaria para cubrir las lagunas y ambigüedades existentes.

La OCDE preocupada por la tensión existente en la fiscalidad internacional sobre el volumen de negocio digital, venía aconsejando que los Estados miembros no adoptasen un tratamiento fiscal unitario para el comercio electrónico en el ámbito internacional, sino que tuviera su base en una necesaria armonización de la normativa comunitaria, abogando por que los principios fiscales que orientan las políticas impositivas del comercio tradicional se impusieran también a la fiscalidad del comercio electrónico.

Resaltando a su vez, que toda disposición en vía de aplicación de estos principios al comercio electrónico que fueran adoptadas dentro del marco nacional y cualquier adaptación de estos en materia de fiscalidad internacional, deberían organizarse de forma que preservaran la soberanía fiscal de los Estados, asegurando con ello un reparto equitativo en cuanto a la imposición del comercio electrónico entre los diferentes Estados con el paradigma de evitar la doble imposición.

También se ha trabajado para abordar las implicaciones que suscita la fiscalidad del comercio electrónico a escala mundial desde la Organización Mundial del Comercio (OMC) que, juntamente con la Unión Europea han manifestado su preocupación por la fiscalidad indirecta, para que el sistema IVA comunitario proporcione la seguridad jurídica, simplicidad y neutralidad en todo el desarrollo del comercio electrónico.

Desde esta perspectiva, las Instituciones europeas han manifestado su propuesta de que la fiscalidad del comercio electrónico únicamente puede ser acometida con éxito desde el ámbito internacional, siendo necesario la cooperación entre Administraciones Tributarias estatales, dentro de un espacio normativo armonizado al respecto.

De esta manera, la Administración Tributaria española ha seguido fielmente los edictos normativos del modelo comunitario europeo sobre este nuevo escenario de cambios sociales, tecnológicos, económicos y organizativos que supone el comercio electrónico, como se señalaba en el “Informe de la Comisión para el Estudio del Impacto del comercio electrónico en la fiscalidad española”, para prevenir los riesgos en la adaptación de las políticas a esta nueva era.

En efecto, tempranamente y consciente de los retos de las nuevas tecnologías, la Secretaría de Estado de Hacienda se apresuró a constituir esta Comisión Administrativa para que evaluara y estudiara el impacto del comercio electrónico en la fiscalidad española, con el ideal de que su labor debería servir también para fijar una posición del Estado español en los foros internacionales expertos donde más se han involucrado y se están examinando sus consecuencias, entre ellos, la Unión Europea (UE), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y la Organización Mundial del Comercio (OMC), lo que ha permitido realizar un ordenamiento jurídico que ha servido como punto de referencia a otros Estados e instituciones internacionales.

El hecho de que España sea un Estado miembro de Instituciones como la UE y la OCDE incluyendo la OMC que defienden no alterar la normativa fiscal internacional vigente, sino la necesidad de adaptar la gestión y la Administración tributaria existente a las nuevas tecnologías de

la información y las comunicaciones (TIC), es tarea que viene desarrollando la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT), lo que ha llevado a construir el marco general de tributación del comercio electrónico desde una perspectiva práctica, pensada en consensuar los modelos tributarios en funcionamiento con los ajustes adecuados para adaptarla al comercio electrónico, resultando ser pionera fuera de nuestras fronteras.

Es por ello, que la Administración tributaria española ha respondido con su gestión y legislación fiscal al desarrollo fiscal del correo electrónico sin que se haya pretendido crear un nuevo modelo propio de fiscalidad al margen del que se ha configurado por las Instituciones internacionales a las que pertenece la AEAT.

La iniciativa fiscal española ha tratado de aportar una novedosa Administración Tributaria avanzada en tecnología y en la configuración de una gestión tributaria favorable para reducir al máximo los costes de los contribuyentes que estimule el cumplimiento voluntario de sus obligaciones tributarias y también, los propios de la Administración Tributaria en su gestión de recaudación.

Por todo lo cual, puede afirmarse que en España como país comunitario se contempla una clara sintonía para defender la necesaria cooperación entre las Administraciones Tributarias y entre los agentes económicos y sociales de cada Estado con sus respectivas Administraciones desde la perspectiva de la gestión tributaria interna y externa.

En fin, puede decirse conscientemente, que la Administración Tributaria española se encuentra en un buen nivel fiscal frente al comercio electrónico, favorecido por las iniciativas legales, financieras, económicas y organizativas que, desde la Administración se han ido adoptando paulatinamente, por la preocupación suscitada.

Sin embargo, la gestión que alberga las relaciones entre la Administración Tributaria y el contribuyente deben incorporar medios informáticos y telemáticos para cualquier actividad económica. Una Administración moderna como la española debe seguir evolucionando e integrándose en las nuevas técnicas electrónicas en cualquier ámbito de la sociedad para abordar la gestión en el comercio electrónico como parte

de los servicios que componen las relaciones entre ambos, en el esfuerzo de convertir el sistema tributario en un sistema gestionado electrónicamente, adoptando las medidas fiscales al respecto de operaciones comerciales por medios electrónicos.

No obstante, para que tanto la Administración como el contribuyente pueda gestionar su información electrónicamente, se requiere un paquete de elementos digitales útiles que comportan una serie de novedades como son, la certificación electrónica; registros censales digitales; bases de datos para realizar los modelos de declaración; direcciones de correo electrónico; asistencia y colaboración con otras Administraciones Tributarias o la utilización del certificado electrónico.

La incorporación de las citadas técnicas electrónicas por la Administración Tributaria española a partir de 1998 supuso un gran impulso cualitativo muy notorio al implantar las condiciones generales para proceder a la “presentación por vía telemática de declaraciones de la renta para las grandes empresas”. Desde entonces, se han venido sucediendo ampliaciones para presentar los modelos de declaraciones tributarias de las PYMES y de Impuestos para todos los contribuyentes, que ha redundado en un sobresaliente éxito en la actualidad.

La llegada de las tecnologías de la información que engloban el comercio electrónico ha permitido el desarrollo y gestión de los procedimientos tributarios, consiguiendo que la Agencia Tributaria española utilice las tecnologías más avanzadas existentes hoy en día en beneficio de los contribuyentes, dándoles la oportunidad de acceder a través de internet a una gran variedad de servicios sin desplazamientos y simplificando los trámites con el consiguiente ahorro de costes. Ello ha dado lugar, a que la Administración Tributaria española se encuentre en la vanguardia respecto de otros países, en el progreso de las actividades del comercio electrónico dando cumplimiento a sus declaraciones fiscales.

6. LA AFECTACIÓN PARA EL COMERCIO ELECTRÓNICO DEL CAMBIO NORMATIVO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL IVA

La Comisión ha actuado en consecuencia realizando un planteamiento común a toda la Unión Europea para garantizar que la digitalización facilite el comercio transfronterizo y sirva de apoyo al crecimiento empresarial, dado que la economía mundial se está digitalizando y las empresas deben aprovechar estas oportunidades para seguir siendo competitivas, al tiempo que se realice una fiscalidad eficaz y equitativamente justa. Por tanto, el principal reto que se planteaba era concebir un marco fiscal moderno donde se pudiera cosechar las oportunidades del sector digital, pero al mismo tiempo, garantizar su tributación para lo que serían necesarias nuevas normas internacionales que acabasen con este desafío.

Ese enfoque integral y moderno para la fiscalidad del comercio electrónico ha sido analizado por la Comisión Europea, quien en los últimos años ha propuesto medidas técnicas definitivas para que el sistema del IVA en el futuro dentro de la Unión Europa termine con el problema del fraude fiscal.

La Comisión Europea a través de este conjunto de medidas, ha presentado las propuestas que modifican esencialmente las normas referentes al IVA para facilitar el funcionamiento de las empresas que operan en toda la Unión Europea y, que unido con los principios fundamentales que ya había planteado en octubre del pasado año, crear un espacio único comunitario favorable para la aplicación del IVA que contribuya a impedir el fraude fiscal que actualmente afecta a los presupuestos generales de los Estados miembros por importe aproximado de 50.000 millones de euros cada año. Es preciso, que los países miembros reactiven este sistema definitivo del IVA aplicable al comercio electrónico, en la consecución de detener el fraude actual, sobre todo, de las grandes empresas como “Amazon, Apple Inc.”, entre otras, líderes indiscutibles del comercio electrónico mundial.

A ello se refirió Pierre Moscovici ya en 2018, cuando expresó que “las propuestas que presentamos representan los últimos toques de la

revisión del sistema del IVA de la UE. Con ellas se abrirá el camino a una normativa más sencilla, a menos burocracia y a un sistema más sencillo, gracias a la ventanilla única en línea para los comerciantes. Ha llegado el momento de que nuestros Estados miembros confíen los unos en los otros en lo que respecta a la recaudación del IVA aplicable a las operaciones dentro de la UE. Estimamos que nuestra propuesta de reforma podría reducir en un 80 % los 50.000 millones de euros que se pierden cada año a causa del fraude del IVA transfronterizo. Espero que los Estados miembros aprovechen ahora esta oportunidad para poner en marcha un sistema del IVA de calidad para la UE”.

Llevar a la práctica la citada normativa sobre el IVA de la Comisión exigirá importantes cambios, entre los principales se encuentra definir el comercio electrónico como una sola operación comercial, basada en el principio de imposición en el Estado miembro de destino, es decir, la recaudación del IVA se llevará a cabo en donde se consuman las mercancías o servicios, lo que conllevará una radical disminución del fraude fiscal.

Otra de las disposiciones establecida en las normas es la introducción de una “ventanilla única” que a través de un único portal en línea hará posible que todos los comerciantes para realizar la gestión de su IVA les resulte lo más fácil posible. Este sistema también facilitará a las empresas que no pertenecen a la Unión Europea y sin embargo venden sus productos a empresas europeas que no tengan que registrarse en cada Estado miembro a efectos del IVA, ya que podrá realizarlo en su nombre cualquier representante. De igual manera, habrá menos burocracia, se reducirán los trámites administrativos en las operaciones entre empresas de Estados miembros, lo que hará que se reduzcan los costes.

En consecuencia, la brecha en el fraude del IVA ataca los recursos propios de los Estados miembros de la Unión Europea, por lo que resultaba necesario las medidas tomadas por la Comisión para mejorar la recaudación de este impuesto en toda la Unión Europea. La Comisión venía considerado de forma reiterada la urgente reforma del IVA con la implantación de un sistema definitivo del IVA en el marco europeo para el seguimiento de un futuro territorio único en la aplicación comunitaria del mismo y simplificando su recaudación.

7. CONCLUSIONES

El ambicioso paquete de medidas legislativas que plantea la creación de un mercado único digital europea de aplicación del IVA entró en vigor el 1 de julio de 2021, con el objetivo de cercar el fraude fiscal que actualmente afecta los presupuestos de los Estados miembros y otorgarles mayor flexibilidad en la fijación de los tipos impositivos del mismo.

Estas medidas supondrán la realización de una normativa más sencilla y con menos burocracia al reducir los trámites administrativos. De igual manera, se pondrá en marcha también una ventanilla única para tratar las transacciones transfronterizas de la misma forma que las nacionales, lo que configurará un sistema más simple para facilitar a todos los comerciantes europeos la gestión de la imposición del IVA.

Otra de las propuestas acordadas es la que definirá el comercio electrónico como una única operación gravada, dando lugar a que los productos sean soportados en el país de destino de los bienes, lo que ayudará a que la relación entre los Estados miembros sea de mayor confianza en la distribución de la recaudación del IVA.

La expectativa está centrada en que estas normas favorezcan al comercio electrónico, al disminuir los costes que proceden de la realización de las obligaciones formales del IVA en operaciones internacionales; a las empresas de la Unión Europea que no minorarán su competitividad en lo que se refiere a empresas de fuera de la Unión no obligadas a repercutir IVA y, a los Estados Miembros que verán incrementada su recaudación por el IVA y también ayudará a impulsar el empleo, el crecimiento, la inversión y la aptitud.

En efecto, la colaboración de los países a nivel internacional es necesaria para poner fin a la evasión fiscal. En consecuencia, desde 2021 más de 130 países están colaborando dentro del marco inclusivo de la OCDE/G20 sobre BEPS, para garantizar que los beneficios empresariales sean gravados cuando se realicen actividades económicas y poner fin a las estrategias de evasión fiscal por parte de las empresas, que

explotan desajustes y lagunas en las normas fiscales para evitar el pago de los impuestos que les corresponde.

Estas perspectivas, inducen a los Estados miembros a establecer las medidas oportunas en sus propios ordenamientos nacionales, para crear una cooperación fiscal en toda la Unión Europea que beneficie la entrada de más ingresos tributarios a sus arcas y favorezca el estado de bienestar y social de cada país. Teniendo presente que reducirá drásticamente el fraude fiscal y seguirá favoreciendo el incremento comercial a nivel mundial. De todos depende un desarrollo tributario más armónico, legal y moderno.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- A.E.A.T. (2000). Informe sobre el impacto del comercio electrónico en la fiscalidad española. Comisión para el estudio del impacto del comercio electrónico en la fiscalidad española. Instituto de Estudios Fiscales.
- Becerril Gil, A. (2020). Cybersecurity and E-commerce in Free Trade Agreements. *Mexican Law Review*. 13 (1), 3-29.
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/mexican-law-review/article/view/14808>
- Budova, D. y López Pombo, D. (2020). La tributación indirecta en España ante la digitalización de la economía. *Información Comercial Española (ICE): Revista de economía*. (917), 93-111.
<https://doi.org/10.32796/ice.2020.917.7140>
- Calvo Vérguez, J. (2021). La nueva fiscalidad del comercio electrónico en el IVA. *Quincena Fiscal*. (1-2), 7-16.
- De Mita, E. (2019). I principi di neutralità fiscale e proporzionalità ai fini della disciplina dell'IVA europea e nazionale: dagli studi di settore agli indici sintetici di affidabilità fiscale. *Diritto e pratica tributaria*. 90 (3), 1061-1190.
- García Fusté, J. (2020). La tributación en el IVA de las importaciones de bienes de escaso valor a partir de 1 de julio de 2021. *Carta Tributaria: Revista de opinión*. (67). <https://www.smarteca.es>
- García Novoa, C. (2019). Los grandes retos fiscales de la economía digital desde la perspectiva europea. En VV.AA., *4ª Revolución industrial: la fiscalidad de la sociedad digital y tecnológica en España y Latinoamérica* (1ª ed., pp. 25-67). Thomson Reuters-Aranzadi.

- Gómez Requena, J.A. (2020). The allocation of taxing rights for highly digitalised business models: in search of a fair a neutral solution. *Revista técnica tributaria*. (18), 117-141.
- Jorge Vázquez, J.; Chivite Cebolla, M.P. y Salinas Ramos, F. (2019). La transformación digital en el sector cooperativo agroalimentario español: situación y perspectivas. *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*. (95), 39-70.
- Llorente Barroso, C.; Pretel Jiménez, M.; Abad Alcalá, L.; Sánchez Valle, M. y Viñarás Abad, M. (2018). Administración electrónica y comercio electrónico como instrumentos para un envejecimiento activo. *Aula Abierta*. 47 (1), 87-96.
- López Espadafor, C.M. (2019). Trends and sources of international taxation. *Cuadernos de derecho transnacional*. II (1), 438-458.
- Muleiro Parada, L.M. (2019). El futuro de la tributación de la economía digital en la Unión Europea. *Crónica tributaria*. (170), 109-142.
- (2019). Las propuestas comunitarias en el marco de la fiscalidad de la economía digital. *Fórum Fiscal: la Revista tributaria de Álava, Bizcaia y Gipuzcoa*. (250). <https://www.smarteca.es>
- Nocete Correa, F.J. (2018). Los desafíos fiscales de la economía digital: luces y sombras de la Acción 1 BEPS e incidencia en el Concierto Económico. En *VV.AA., Concierto económico y BEPS* (pp. 98-139). Instituto Vasco de Administración Pública-Gobierno Vasco.
- OECD (2021): Addressing the Tax Challenges Arising from Digitalisation- Economic Impact Assesment: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project [en línea]. OECD Publishing. <https://www.oecd.org/tax/beps/brochure-addressing-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-july-2021.pdf>
- (2021, March). OECD Economic Outlook, Interim Report. OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/34bfd999-en>
- (2021, July). OECD Secretary-General Tax Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors. OECD. <https://www.oecd.org/tax/oecd-secretary-general-tax-report-g20-finance-ministers-july-2021.pdf>
- Poncela García, M.L. (2019). Impacto de las tecnologías digitales en la transformación del comercio internacional. *Cuadernos de Información Económica*. (268), 67-76.
- Rodríguez Losada, S. (2019). El difícil camino hacia una tributación internacional justa de la economía digital: el nuevo nexo basado en una presencia económica significativa y otras alternativas para afrontar los retos de la e-economy en la fiscalidad directa del siglo XXI. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*. (6), 151-171.

- Sánchez Sánchez, E. (2016). El principio de igualdad en materia tributaria. Thomson Reuters-Aranzadi.
- (2021). El principio de no confiscatoriedad en materia tributaria. Thomson Reuters-Aranzadi.
- Sol Rosa, J. (2020). IVA en el comercio electrónico. Pasado, presente y futuro. Consell obert: Recull informatiu del Consell General de Col·legis de Graduats Socials de Catalunya. (354), 27-30.
- UN (2021, 6 April). Tax consequences of the digitalized economy: issues of relevance for developing countries. 22st Session of the Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters.
https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2021-04/CITCM%2022%20CRP.1_Digitalization%206%20April%202021.pdf

REGLAMENTACIÓN DE LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS INTERNACIONALES

ESPERANZA GÓMEZ VALENZUELA
Universidad de Almería

1. INTRODUCCIÓN

1.1. FASES DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

A) La oferta en la contratación electrónica

a) Elementos de la oferta

La oferta se trata de una propuesta que una de las partes dirige a otra para celebrar con esta un contrato. Se trata de una declaración contractual, a través de la cual el contrato estará formado cuando se produzca la aceptación de la citada oferta. En el ordenamiento español para que una declaración emitida por una de las partes en el contrato se considere oferta debe tener los requisitos esenciales del contrato de forma que pueda quedar perfeccionado con la sola aceptación del destinatario (art. 1261 Cc).

La oferta contractual ha de emitirse con la intención de obligarse, este elemento subjetivo es igualmente requerido en la contratación electrónica. En el caso de la oferta que se realiza a través de Internet, la diferencia reside en el medio a través del que el contratante oferente realiza la oferta, pero la finalidad es la misma que en otras modalidades de contratación *offline*. Del mismo modo, la oferta ha de ser clara y precisa de manera que, como se ha indicado supra, baste la aceptación de la otra parte para que el contrato se perfeccione.

En el caso de la contratación electrónica debe tenerse en cuenta que conforme al art. 5 de la DCE, los Estados deben garantizar que el PSSI (el oferente en la relación contractual) permita a los destinatarios del servicio y a las autoridades competentes acceder con facilidad y de forma directa y permanente a una serie de datos. De otro lado, los Estados miembros garantizarán que cuando los SSI hagan referencia a precios, éstos se indiquen claramente y sin ambigüedades, y se haga constar en particular, si están incluidos los impuestos y los gastos de envío. Con respecto al Derecho español, la LSSICE no regula los requisitos de la oferta para que tenga validez jurídica, se limita a regular el tiempo de vigencia de esta, con remisión a la legislación específica (art. 27.3). En el ámbito de la contratación electrónica la oferta se configura de un modo similar en los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, pero existen divergencias en algunos de sus elementos.

b) Validez y vigencia de la oferta. Revocabilidad y retirada

Debe indicarse que la oferta es válida y produce sus efectos durante el tiempo en el que el oferente la mantenga. Puede ocurrir que en la propia oferta se indique el plazo de su duración, por cuanto se extinguirán los efectos si no se acepta en el plazo prescrito. El oferente está obligado a mantener la oferta durante el plazo indicado, transcurrido el mismo sin haberse aceptado la oferta caducará. Cuando en la oferta no se exprese la duración, el oferente podrá modificarla siempre que esta no haya sido aceptada. En cualquier caso, el oferente debe actuar de buena fe, comunicando al destinatario la citada modificación que este podrá aceptar o no.

En el caso de España, existe la presunción de revocabilidad de la oferta, aunque sin llegar a considerar como revocable incluso aquélla que específicamente se formula como irrevocable. En cambio, en el ámbito internacional existen diferencias con respecto a esta cuestión. En primer lugar, existen sistemas que establecen que el oferente no podrá revocar la oferta hasta que el destinatario la haya rechazado o haya dejado transcurrir sin aceptarla el tiempo suficiente para considerar razonable la revocación. Este es el caso del BGB alemán (arts. 145-149); y en segundo extremo, los que consideran que la oferta es revocable mientras el

contrato no se haya perfeccionado (Sistema del Derecho Francés y de todos los Códigos de tradición Latina).

Por su parte, el sistema italiano, tiene un matiz ya que si el aceptante ha emprendido de buena fe la ejecución del contrato antes de haber tenido conocimiento de la revocación, el proponente ha de indemnizarle los gastos y las pérdidas sufridas por la iniciada ejecución (art. 1328 Cc) .

De otro lado, en el Derecho inglés se considera que, en ausencia de un contrato que prevea la irrevocabilidad de la oferta ésta puede ser revocada, incluso aunque en la propia oferta se indique su carácter irrevocable.

En cualquiera de los sistemas mencionados, en todo caso, es necesario que el oferente se obligue a mantener la oferta por un tiempo determinado, la revocación carece de efecto durante ese plazo.

Todo lo expuesto es aplicable al contrato electrónico con algunas variaciones que no modifican las cuestiones esenciales sobre validez vigencia y revocabilidad de la oferta contractual. Además, la propia LSSICE en su art. 27.3 se pronuncia sobre la vigencia de la oferta estableciendo que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación específica, las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica serán válidas durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio”.

De esta forma, la duración de la oferta electrónica se supedita, en primer lugar, a que el oferente en el ejercicio de su autonomía de la voluntad haya fijado un plazo determinado en la propia oferta. En segundo extremo, si no se ha especificado esta cuestión, la oferta será válida durante el tiempo en el que los destinatarios puedan acceder a la misma, esto es, el periodo de tiempo que esté publicada en el sitio web del oferente y que sea accesible.

De esta forma, de acuerdo con lo que establece el art. 27.3 de la LSSICE se establece que la oferta contractual electrónica expuesta en un sitio web puede sujetarse a plazo, en el caso de que tenga un plazo fijo, será indefinida en tanto no sea revocada por el oferente, consistiendo la

revocación en el acto presunto consistente en retirarla de forma que el público no pueda tener acceso.

c) Contenido del sitio web. Oferta y publicidad

Con respecto a la calificación del contenido de un sitio web se plantean cuestiones que es necesario tratar en el presente trabajo. Como se ha expuesto infra, para la formación del contrato electrónico es preciso la concurrencia de dos elementos: oferta y aceptación. Por esta razón es preciso distinguir cuando se está ante una oferta o si se trata de simple publicidad, *invitation ad offerendum*, etc. En este sentido, una de las dificultades que pueden plantearse es la no concurrencia entre lo que se publicita y el objeto real que constituye la oferta.

De otro lado, la publicidad privada que se utiliza cuando se opera en Internet puede impedir, en ocasiones, el debido control externo sobre el tipo de oferta que se presente. Las autoridades nacionales e internacionales advierten del riesgo de este tipo de ofertas que conllevan un enriquecimiento rápido, trabajo a distancia, etc., pues constituyen en ocasiones actividades fraudulentas.

En relación con esta cuestión debe indicarse que la invitación para contratar “*invitation ad offerendum*” sucede cuando la parte que toma la iniciativa en la negociación contractual no formula una verdadera oferta sino que invita a otros a que la formulen. Por ejemplo, las manifestaciones hechas en los catálogos, los bienes de consumo expuestos en un supermercado no son verdaderas ofertas sino que constituyen una invitación a contratar. Esta invitación a contratar es especialmente importante en la contratación electrónica, ya que la red se presenta como un atractivo lugar para fijar publicidad, bien a través de catálogos en TV o a través de links que llevan a otras páginas que ofrecen bienes de consumo.

En el sistema español es comúnmente aceptado por la doctrina que una oferta puede estar dirigida al público siempre y cuando "contenga todos los elementos esenciales del contrato". Esta situación hace posible que la presentación de un determinado producto o servicio en un sitio web

constituya una oferta válida en España y se considere una simple invitación a negociar en Inglaterra y EEUU.

Para poder calificar el contenido de un sitio web es necesario diferenciar entre publicidad y oferta. Además, resulta preciso determinar los efectos jurídicos que tiene la publicidad en Internet, esto es, si produce efectos vinculantes y si cabe exigir responsabilidad jurídica por incluir anuncios que contengan publicidad ilícita de terceros, entre otras cuestiones. De esta forma, los operadores jurídicos deben conocer los límites normativos aplicables a la publicidad en Internet, con la finalidad de utilizar las herramientas promocionales y comerciales de forma adecuada.

En el caso de España, la Ley 34/1988 de 11 de noviembre General de publicidad, establece en su art. 2 el concepto de publicidad y de destinatario. Por publicidad se entiende

“toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”. Se consideran destinatarios “las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance”.

El negocio jurídico electrónico basa su modelo publicitario en la Web y en los recursos que Internet ofrece, este hecho presenta diferencias respecto a la publicidad que se realiza por medios tradicionales. De esta forma, la oferta electrónica puede presentar más información ya que los lenguajes de última generación permiten, además, visualizar el objeto del contrato (producto/s o servicio/s) desde cualquier perspectiva e interactuar interviniendo en sus características (color, medidas, etc). Por este motivo, resulta más fácil para el PSSI distorsionar intencionadamente algún elemento para potenciar sus características, hecho que puede inducir o provocar errores, en algunos casos, de forma fraudulenta o engañosa.

En relación con los formatos publicitarios *online*, merece especial interés hacer alusión a los banners y a los *spam*. En primer lugar, el término banner tiene procedencia inglesa y se podría traducir como estandarte o tira anunciadora. La empresa norteamericana HotWired Network,

inventó el banner como formato publicitario en 1994. En la actualidad se asocia a la idea de “ventana” que se abre mientras se navega en Internet, para invitar a visitar un sitio web donde aparece información sobre un determinado producto o servicio. En ocasiones, el banner puede conducir a una página de registro (*landing page*).

Pueden citarse otros formatos publicitarios similares a los banners que se diferencian principalmente por cuestiones técnicas de tamaño (porque tienen posición fija en la página y son de notificación automática) serían: los de formato expandible, los de formato flotante, los de formato integrado, el medio banner, los megabanner, los rascacielos, los interstitials, layer, etc.

De otro lado, existen técnicas publicitarias en las que los banners y resto de formatos publicitarios online pueden tener cabida atendiendo a diversos factores. Entre dichas técnicas, cabe destacar las de: “Social Ad” (o Social Advertising), “Viral Ad”, “Event Ad”, “Gift Ad” (publicidad de Widget/aplicación), “Page Ad”, “Website Ad”, “House Ad”. También debe destacarse la publicidad contextual (Targeted Advertising) que viene segmentada al contenido del perfil o sitio Web en el que se está mostrando, o de acuerdo con los intereses del usuario.

En segundo extremo, las comunicaciones electrónicas comerciales no deseadas ni solicitadas por el receptor de estas se denominan spam. Estas formas de publicidad deberían tratar de evitarse de forma efectiva mediante los instrumentos legales oportunos. Para regular las comunicaciones comerciales no deseadas, se establecieron principalmente dos procedimientos: El *opt-in*, que sólo permite enviar comunicaciones comerciales que previa y expresamente hayan sido solicitadas, quedando prohibidas el resto. Este procedimiento es el que se contemplaba en la Directiva 2002/58/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones Electrónicas que se deroga mediante la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas y (Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), que mantiene este procedimiento . De otro lado el procedimiento Opt-

out, sólo permite comunicaciones comerciales, si se permite que el destinatario de este pueda excluirse del envío.

Este instrumento, como su antecesor señala que sólo se podrá autorizar la utilización de sistemas de correo electrónico con fines de venta directa y llamadas automáticas sin intervención humana (aparatos de llamada automática), fax, respecto de aquellos abonados que hayan dado su consentimiento previo (art. 13) . De esta forma, las comunicaciones comerciales deben cumplir los siguientes requisitos exigibles a los PSSI: En primer lugar, que las comunicaciones comerciales, ofertas promocionales, etc, así como las personas físicas o jurídicas en nombre de las que se hagan dichas comunicaciones serán claramente identificables y accesibles. En segundo extremo, que la comunicación comercial no solicitada por correo electrónico, que esté permitida en su territorio sea identificable de manera inequívoca como tal en el mismo momento de su recepción.

En este sentido, la LSSICE en su art. 20 también regula el tema de las comunicaciones comerciales. Esta norma introdujo algunas novedades tras ser modificada por la Ley 9/2014 de 9 de mayo de Telecomunicaciones. Esta norma opta porque las comunicaciones comerciales puedan identificarse instantáneamente como tales, y prohíbe su remisión por correo electrónico u otras vías de comunicación electrónica equivalente, salvo que el destinatario haya dado su consentimiento. Con esta regulación, se persigue erradicar la práctica del envío indiscriminado de mensajes publicitarios por medios electrónicos a destinatarios de correo electrónico o de otros dispositivos electrónicos equivalentes.

Como se ha expuesto, en principio está prohibido el envío de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónicos equivalentes. Estas comunicaciones estarán permitidas si hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de estas. Además se elimina la obligación de incluir al comienzo del mensaje la palabra “publi” o “publicidad” (art. 20.1 LSSICE) .

En relación con esta cuestión es importante resaltar la SAN de 15 de junio de 2011. La AN interpreta que en el caso de que un usuario

recibiese varias comunicaciones comerciales de un tercero sin haber otorgado su consentimiento previo y expreso, pero sin oponerse al tratamiento, sólo sería sancionable la primera de las comunicaciones comerciales que se hubiere enviado, ya que al no haberse opuesto a la recepción de las siguientes comunicaciones comerciales la AN considera que el usuario habría otorgado su consentimiento de forma tácita. En este sentido, pueden plantearse dudas porque el art. 21 de la LSSICE establece la prohibición del envío de comunicaciones comerciales sin consentimiento expreso. Sin embargo, la AN no tiene tan claro que el consentimiento tenga que ser expreso.

Otros preceptos de la LSSICE relacionados con esta cuestión, que han sido modificados por la LGT son el art. 38.3 b) sobre el envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico; el art. 38.4 d) sobre las infracciones que son consideradas muy graves por esta norma. Este precepto, después de la modificación, recoge entre este tipo de infracciones aquellas en las que no se haya prestado el consentimiento anteriormente mencionado; el art 43.1 de la LSSICE, por su parte, modifica las sanciones impuestas por las infracciones que se califican como muy graves por el art. 38. 4 d) de la LSSICE.

Además, según las normas mencionadas, los Estados tomarán las medidas adecuadas para garantizar que, sin cargo alguno, no se permitan las comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa sin el consentimiento del abonado. Se prohibirá, en cualquier caso, la práctica de enviar mensajes electrónicos con fines de venta directa en los que se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación, o que no contengan una dirección válida a la que el destinatario pueda enviar una petición de que se pone fin a tales comunicaciones.

En Europa, la Comunicación de 22 de enero de 2004 de la Comisión sobre el *spam*, abunda en la misma idea. En el sentido de que las comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico son elevadas a pesar del requisito relativo al consentimiento previo. Para hacer realidad la “prohibición del *spam*” enumera una serie de acciones encaminadas a completar la normativa de la UE: el cumplimiento efectivo de la legislación de los Estados miembros y las autoridades públicas,

en las soluciones técnicas; la autorregulación por parte de la industria y en la sensibilización de los consumidores. Por otro lado, EEUU, dentro de un enfoque legal distinto al europeo, regula a través de la Ley federal Can-Spam Act, de 1 de enero de 2004 entre otras el opt-out en las comunicaciones comerciales y la utilización de falsas direcciones de expedición.

d) Aceptación en la contratación electrónica

a) Requisitos de la aceptación electrónica

La respuesta a una oferta ha de ser especialmente cuidadosa cuando lo es de una auténtica oferta; esto es, cuando se trata de una declaración suficientemente precisa y en la que se indica el propósito de que el oferente quede vinculado en el caso de aceptación. En este supuesto, la aceptación implicará la perfección del contrato, discutiéndose únicamente si tal perfección se producirá en el momento de la emisión de la aceptación o en el de la recepción de esta, y debatiéndose también sobre los efectos de la retirada de la oferta y de la aceptación.

Con respecto a la aceptación por vía electrónica, debe destacarse que la DCE no regula de forma expresa esta cuestión limitándose a establecer la obligación de emisión de la declaración postcontractual una vez que se haya realizado el pedido en su art. 11. Por este motivo, y atendiendo al principio de equivalencia funcional, es necesario remitirse a lo establecido para la contratación que se realiza por medios tradicionales. En este sentido se entiende que la declaración de voluntad ha sido emitida y es válida con el pedido del aceptante emitido por vía electrónica. Mediante esta declaración se acepta la oferta realizada entendiéndose en este momento perfeccionado el contrato electrónico.

De otro lado, en la LSSICE el art. 28.2 establece que se ha producido la aceptación y su confirmación cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello. Esta presunción se refiere a las obligaciones que este precepto establece para cumplir con la obligación posterior al contrato. En este sentido, la aceptación producirá plenos efectos si de cualquier otro modo se ha exteriorizado la declaración de voluntad y el

contrato podrá considerarse celebrado en los casos en que se utilicen procedimientos automáticos de contratación.

Como se ha indicado supra puede ocurrir que la aceptación se produzca a través de la firma digital en cuyo caso la diferencia con la contratación online estará limitada a una simple cuestión de prueba. En otros casos la aceptación se producirá a través de los sitios web activos con el *click wrap agreement*, en cuyo caso la aceptación se producirá por la mera presión en el icono correspondiente con la expresión “acepto”, “ok”, u otra equivalente que exprese aceptación de una forma indubitada.

b) Diferencia entre aceptación y contraoferta

La aceptación puede realizarse sin que medie declaración alguna, por medio de la ejecución de actos inequívocos que muestran la aceptación de la oferta. Así se admite en varios derechos y también en textos internacionales de referencia como es la CV (art. 18) y en el MCR (art. II. 4:204) sobre contratos comerciales internacionales. En este sentido, es posible que en virtud de los usos que las partes tuvieran establecidos entre ellas el contrato se entienda perfeccionado por el comienzo de su ejecución, incluso sin comunicación al oferente. Aunque tales usos no existan, cualquier acto del que se derive la aceptación debería ser admitido como tal (a salvo siempre de que en la oferta se establezca una forma específica para la aceptación o un medio determinado para transmitirla). Este acto debe ser comunicado al oferente, al menos cuando tal perfección depende de la recepción de la aceptación o de su conocimiento por parte del oferente.

La primera opción señalada (art. 1.1.2.1 PU) implica una aceptación de la oferta; simplemente se manifiesta el acuerdo sobre lo propuesto por el oferente y, como se ha dicho, esta declaración implicará la perfección del contrato, bien en el momento en el que se emita, cuando se remita al oferente, en el momento en el que éste la reciba o cuando tenga conocimiento de ella.

De otro lado, se estará ante una contraoferta cuando las modificaciones de la oferta que se proponen son sustanciales, esto no supone una aceptación de la oferta. Así se prevé en los PU (art. 2.1.11). “La respuesta a

una oferta que pretende ser una aceptación, pero contiene adiciones, limitaciones u otras modificaciones, es un rechazo de la oferta y constituye una contraoferta”. También debe mencionarse el art. 19.1 del CV que se pronuncia del mismo modo sobre la contraoferta.

En caso de que las modificaciones no sean sustanciales y se pretenda realmente que la declaración suponga una aceptación de la oferta que perfeccione el contrato, no se entenderá esta propuesta de cambios como una contraoferta. En este caso, el oferente podría manifestar sin demora que la modificación introducida, sí tiene carácter sustancial con lo que se impedirá la perfección del contrato. Por último, el rechazo de la oferta implicará en la mayoría de los supuestos la caducidad de la oferta; aunque existen casos en los que se ha mantenido que en los casos de ofertas irrevocables durante un plazo la emisión de un rechazo no supone la caducidad de la oferta, pudiendo el destinatario aún tras el rechazo aceptar la oferta.

La aceptación de una oferta se trata de la manifestación del consentimiento del destinatario a los términos en que ha sido formulada aquélla y de la manera requerida o autorizada por el oferente. Por este motivo para que el contrato pueda estar válidamente celebrado se exigirá, en la mayoría de los sistemas jurídicos, la coincidencia total entre la oferta y la aceptación. Esto es, la aceptación debe coincidir con los términos de la oferta exactamente y debe emitirse antes de que la oferta caduque.

La aceptación que modifica la oferta no puede considerarse aceptación de la oferta inicial, sino que es una contraoferta, es decir una oferta que hace el destinatario, quedando extinguida la primera. La contraoferta que se limita a modificar algunos aspectos no esenciales de la oferta anterior normalmente se considera que se trata del mismo contrato en formación y no de otro distinto. La doctrina y jurisprudencia mayoritarias siguen una posición basada en que la modificación a la propuesta comporta una alteración sustancial y constituye contraoferta. En el caso de la contraoferta, se invierten las posiciones contractuales, el oferente inicial se convierte en aceptante de la contraoferta, pudiendo también rechazar la celebración del contrato o contraofertar de nuevo .

Una cuestión que debe destacarse es la posición en la que queda la oferta inicial cuando en el curso de la formación del contrato se produce una contraoferta. Díez Picazo sostiene que la contraoferta comporta rechazo de la oferta y supondría su caducidad, en aras a proteger la libertad individual y favorecer a las partes. Según el ordenamiento español, la aceptación es revocable antes de que llegue a conocimiento del oferente (art. 1262 Cc). En caso de fallecimiento o incapacidad del aceptante antes de que el contrato quede perfeccionado, la declaración de voluntad deviene ineficaz y no obliga al aceptante ni a sus herederos.

c) Retirada y revocación de la aceptación

Debe destacarse que la aceptación, igual que la oferta, es susceptible de ser retirada. Esta posibilidad operará tan solo hasta el momento en el que el contrato se perfeccione, por lo que si la perfección se produce con la emisión de la aceptación no sería posible ya su retirada. Si en cambio, la perfección no se da hasta que el oferente reciba o tenga conocimiento de la aceptación, es posible la retirada de la aceptación con la condición de que dicha retirada llegue al oferente con anterioridad o simultáneamente a la aceptación. Se trata de una posibilidad reconocida en el Derecho español y en otros sistemas jurídicos.

Por otro lado, con respecto a la posibilidad de que el aceptante revoque su declaración de voluntad, sería posible, cuando no se haya producido todavía la perfección del contrato. Si se hubiese dado la concurrencia entre oferta y aceptación tendría que hablarse de resolución o desistimiento en los casos previstos por la ley. Con relación a esta cuestión, existen principalmente dos posiciones doctrinales. En primer lugar, la postura defendida por el profesor J.M^a Manresa que se fundamenta en que entre la aceptación y la perfección del contrato debe existir un lapso de tiempo. La aceptación no es inmediatamente sucesiva, en ciertos casos a la oferta, lo que puede ocurrir en los supuestos en que los contratantes no están presentes. Según este autor, el aceptante queda vinculado por su declaración al entender que conociendo el aceptante la conformidad de voluntades, debe comenzar a vincularle la obligación que es resultado de tal conformidad.

En relación con esta cuestión, Puig Brutau defiende otra postura que considera que el aceptante puede revocar la aceptación antes de que ésta llegue al conocimiento del oferente. A favor de esta postura debe indicarse que las razones de protección de la seguridad del tráfico que son predicables para el oferente en contra de la libre revocabilidad, no lo son para el aceptante ya que la declaración de éste no crea apariencia ni confianza alguna hasta que llega a conocimiento del oferente, en cuyo caso se produce el concurso de voluntades y por consiguiente el perfeccionamiento del contrato.

En el caso de los contratos electrónicos a través de TV debe indicarse que la aceptación, normalmente de las CGC, coincide, en muchos casos, con el perfeccionamiento del contrato electrónico. Por este motivo, en el entorno virtual la revocación de la aceptación y el desistimiento del contrato prácticamente se identifican. Esta puede ser la causa de que en muchos sitios web no se distinga entre estas dos cuestiones utilizándose de forma indistinta en los formularios que se ponen a disposición de los clientes para ejercer dicha facultad. La utilización del término “revocación” para referirse a la facultad de “desistir”, esto es, de dejar sin efecto el contrato electrónico se encuentra de forma bastante generalizada en los sitios web alemanes ya que esta es la acepción que utiliza el Derecho alemán, concretamente el art. 13 del BGB, que transpone el contenido de la Directiva 2011/83/UE, ampliando el plazo para ejercitarlo a 14 días.

d) Adhesión y aceptación de las condiciones generales de la contratación de la oferta ¿una misma cuestión

Como es sabido, las CGC son redactadas por el empresario para incorporarlas en los contratos, sin posibilidad de que sus clientes puedan modificarlas o negociarlas. Prevén muchos aspectos de la relación jurídica y su utilización facilita la perfección de un gran número de contratos en poco tiempo y con unos medios económicos reducidos. Este hecho es útil para la reducción de los costes del empresario ya que permite ofrecer productos y/o servicios más baratos y agiliza el procedimiento de contratación. Por este motivo, es habitual la utilización de estas

cláusulas en los contratos electrónicos, y concretamente en los que se formalizan utilizando la TV.

Como se ha indicado, en la contratación electrónica es habitual que la adhesión a las CGC coincida con el momento de aceptación contractual ya que estas estipulaciones recogen, en muchos casos, todos los extremos del contrato, sin perjuicio de que pueda haber condiciones particulares, que sí se hayan negociado entre las partes.

El hecho de que todos los términos del contrato se recojan en las CGC supone que cuando se aceptan estas condiciones que tienen un carácter general y que regulan todos los aspectos de la relación jurídica se estarían aceptando los términos del contrato (el contenido de la oferta).

Por tanto, se daría en este momento la concurrencia de voluntades negociales necesaria para que el contrato esté perfeccionado, sin perjuicio de que en la contratación electrónica existen otras fases y requisitos que habrán de completarse para el nacimiento de la relación jurídica.

En cualquier caso, podría ocurrir que el régimen jurídico aplicable al perfeccionamiento del contrato no coincida en un contrato electrónico con la adhesión por diversas razones. En primer lugar, puede darse el caso, de que el contrato tenga además de las CGC, condiciones particulares, que también haya que aceptar. Por tanto, el perfeccionamiento requerirá tanto la aceptación de las CGC como de las particulares.

Este es un supuesto, que normalmente no se produce en la contratación electrónica a través de sitios web activos, ya que en la mayoría de los supuestos en estas páginas se opera (únicamente) a través de cláusulas predispuestas por el oferente que no han sido negociadas por las partes. En segundo extremo, puede ocurrir que en un sitio web deba pulsarse primero el icono de “acepto las condiciones generales de la contratación”, pero la página requiere más pasos en el proceso de compra (un último ok-aceptación de la operación-de la oferta contractual), aunque la aceptación-adhesión de las CGC ya se ha realizado con anterioridad.

Por estas razones, la adhesión de las CGC no siempre podrá identificarse con la aceptación contractual, aunque, en la mayoría de los casos, sí coincidirán ambos elementos en la contratación electrónica que opera

a través de estas estipulaciones no negociadas. Esto es, la adhesión o aceptación de la incorporación de las CGC y la propia aceptación contractual coincidirán en un mismo acto (y momento temporal) en la contratación electrónica. Este hecho, como se analizará infra tiene consecuencias con respecto al régimen jurídico aplicable a esta fase del perfeccionamiento del contrato electrónico.

e) Aceptación en la contratación electrónica

a) Requisitos de la aceptación electrónica

La respuesta a una oferta ha de ser especialmente cuidadosa cuando lo es de una auténtica oferta; esto es, cuando se trata de una declaración suficientemente precisa y en la que se indica el propósito de que el oferente quede vinculado en el caso de aceptación. En este supuesto, la aceptación implicará la perfección del contrato, discutiéndose únicamente si tal perfección se producirá en el momento de la emisión de la aceptación o en el de la recepción de esta, y debatiéndose también sobre los efectos de la retirada de la oferta y de la aceptación.

Con respecto a la aceptación por vía electrónica, debe destacarse que la DCE no regula de forma expresa esta cuestión limitándose a establecer la obligación de emisión de la declaración postcontractual una vez que se haya realizado el pedido en su art. 11. Por este motivo, y atendiendo al principio de equivalencia funcional, es necesario remitirse a lo establecido para la contratación que se realiza por medios tradicionales. En este sentido se entiende que la declaración de voluntad ha sido emitida y es válida con el pedido del aceptante emitido por vía electrónica. Mediante esta declaración se acepta la oferta realizada entendiéndose en este momento perfeccionado el contrato electrónico.

De otro lado, en la LSSICE el art. 28.2 establece que se ha producido la aceptación y su confirmación cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello. Esta presunción se refiere a las obligaciones que este precepto establece para cumplir con la obligación posterior al contrato. En este sentido, la aceptación producirá plenos efectos si de cualquier otro modo se ha exteriorizado la declaración de voluntad y el

contrato podrá considerarse celebrado en los casos en que se utilicen procedimientos automáticos de contratación.

Como se ha indicado supra puede ocurrir que la aceptación se produzca a través de la firma digital en cuyo caso la diferencia con la contratación online estará limitada a una simple cuestión de prueba. En otros casos la aceptación se producirá a través de los sitios web activos con el *click wrap agreement*, en cuyo caso la aceptación se producirá por la mera presión en el icono correspondiente con la expresión “acepto”, “ok”, u otra equivalente que exprese aceptación de una forma indubitada.

b) Diferencia entre aceptación y contraoferta

La aceptación puede realizarse sin que medie declaración alguna, por medio de la ejecución de actos inequívocos que muestran la aceptación de la oferta. Así se admite en varios derechos y también en textos internacionales de referencia como es la CV (art. 18) y en el MCR (art. II. 4:204) sobre contratos comerciales internacionales. En este sentido, es posible que en virtud de los usos que las partes tuvieran establecidos entre ellas el contrato se entienda perfeccionado por el comienzo de su ejecución, incluso sin comunicación al oferente. Aunque tales usos no existan, cualquier acto del que se derive la aceptación debería ser admitido como tal (a salvo siempre de que en la oferta se establezca una forma específica para la aceptación o un medio determinado para transmitirla). Este acto debe ser comunicado al oferente, al menos cuando tal perfección depende de la recepción de la aceptación o de su conocimiento por parte del oferente.

La primera opción señalada (art. 1.1.2.1 PU) implica una aceptación de la oferta; simplemente se manifiesta el acuerdo sobre lo propuesto por el oferente y, como se ha dicho, esta declaración implicará la perfección del contrato, bien en el momento en el que se emita, cuando se remita al oferente, en el momento en el que éste la reciba o cuando tenga conocimiento de ella.

De otro lado, se estará ante una contraoferta cuando las modificaciones de la oferta que se proponen son sustanciales, esto no supone una aceptación de la oferta. Así se prevé en los PU (art. 2.1.11). “La respuesta a

una oferta que pretende ser una aceptación, pero contiene adiciones, limitaciones u otras modificaciones, es un rechazo de la oferta y constituye una contraoferta”. También debe mencionarse el art. 19.1 del CV que se pronuncia del mismo modo sobre la contraoferta.

En caso de que las modificaciones no sean sustanciales y se pretenda realmente que la declaración suponga una aceptación de la oferta que perfeccione el contrato, no se entenderá esta propuesta de cambios como una contraoferta. En este caso, el oferente podría manifestar sin demora que la modificación introducida, sí tiene carácter sustancial con lo que se impedirá la perfección del contrato. Por último, el rechazo de la oferta implicará en la mayoría de los supuestos la caducidad de la oferta; aunque existen casos en los que se ha mantenido que en los casos de ofertas irrevocables durante un plazo la emisión de un rechazo no supone la caducidad de la oferta, pudiendo el destinatario aún tras el rechazo aceptar la oferta.

La aceptación de una oferta se trata de la manifestación del consentimiento del destinatario a los términos en que ha sido formulada aquélla y de la manera requerida o autorizada por el oferente. Por este motivo para que el contrato pueda estar válidamente celebrado se exigirá, en la mayoría de los sistemas jurídicos, la coincidencia total entre la oferta y la aceptación. Esto es, la aceptación debe coincidir con los términos de la oferta exactamente y debe emitirse antes de que la oferta caduque.

La aceptación que modifica la oferta no puede considerarse aceptación de la oferta inicial, sino que es una contraoferta, es decir una oferta que hace el destinatario, quedando extinguida la primera. La contraoferta que se limita a modificar algunos aspectos no esenciales de la oferta anterior normalmente se considera que se trata del mismo contrato en formación y no de otro distinto. La doctrina y jurisprudencia mayoritarias siguen una posición basada en que la modificación a la propuesta comporta una alteración sustancial y constituye contraoferta. En el caso de la contraoferta, se invierten las posiciones contractuales, el oferente inicial se convierte en aceptante de la contraoferta, pudiendo también rechazar la celebración del contrato o contraofertar de nuevo.

Una cuestión que debe destacarse es la posición en la que queda la oferta inicial cuando en el curso de la formación del contrato se produce una contraoferta. Díez Picazo sostiene que la contraoferta comporta rechazo de la oferta y supondría su caducidad, en aras a proteger la libertad individual y favorecer a las partes. Según el ordenamiento español, la aceptación es revocable antes de que llegue a conocimiento del oferente (art. 1262 Cc). En caso de fallecimiento o incapacidad del aceptante antes de que el contrato quede perfeccionado, la declaración de voluntad deviene ineficaz y no obliga al aceptante ni a sus herederos.

c) Retirada y revocación de la aceptación

Con respecto a la posibilidad de que el aceptante revoque su declaración de voluntad, sería posible, cuando no se haya producido todavía la perfección del contrato. Si se hubiese dado la concurrencia entre oferta y aceptación tendría que hablarse de resolución o desistimiento en los casos previstos por la ley. Con relación a esta cuestión, existen principalmente dos posiciones doctrinales. En primer lugar, la postura defendida por el profesor J.M^a Manresa que se fundamenta en que entre la aceptación y la perfección del contrato debe existir un lapso de tiempo. La aceptación no es inmediatamente sucesiva, en ciertos casos a la oferta, lo que puede ocurrir en los supuestos en que los contratantes no están presentes. Según este autor, el aceptante queda vinculado por su declaración al entender que conociendo el aceptante la conformidad de voluntades, debe comenzar a vincularle la obligación que es resultado de tal conformidad.

En relación con esta cuestión, Puig Brutau defiende otra postura que considera que el aceptante puede revocar la aceptación antes de que ésta llegue al conocimiento del oferente. A favor de esta postura debe indicarse que las razones de protección de la seguridad del tráfico que son predicables para el oferente en contra de la libre revocabilidad, no lo son para el aceptante ya que la declaración de este no crea apariencia ni confianza alguna hasta que llega a conocimiento del oferente, en cuyo caso se produce el concurso de voluntades y por consiguiente el perfeccionamiento del contrato.

En el caso de los contratos electrónicos a través de TV debe indicarse que la aceptación, normalmente de las CGC, coincide, en muchos casos, con el perfeccionamiento del contrato electrónico. Por este motivo, en el entorno virtual la revocación de la aceptación y el desistimiento del contrato prácticamente se identifican. Esta puede ser la causa de que en muchos sitios web no se distinga entre estas dos cuestiones utilizándose de forma indistinta en los formularios que se ponen a disposición de los clientes para ejercer dicha facultad. La utilización del término “revocación” para referirse a la facultad de “desistir”, esto es, de dejar sin efecto el contrato electrónico se encuentra de forma bastante generalizada en los sitios web alemanes ya que esta es la acepción que utiliza el Derecho alemán, concretamente el art. 13 del BGB, que transpone el contenido de la Directiva 2011/83/UE, ampliando el plazo para ejercerlo a 14 días.

2. BIBLIOGRAFÍA

- ARMSTRONG, S., *La publicidad en internet*, Deusto, Bilbao, 2002.
- CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Studia Albortiana, Bolonia, 2003.
- DE CUEVILLA MATOZZI, L. “El concepto de oferta contractual en el comercio internacional: un análisis de los Principios de UNIDROIT desde la perspectiva del Derecho Privado español”, *AC*, núm. 43, 22-28 de noviembre de 1999, pp. 1430 y ss.
- DELGADO BENAVIDES, J., “Tecnología publicidad y marketing. Frente a los nuevos valores de consumo ¿Nuevos servicios para nuevas necesidades?”, R. Franquet; G. Larrègola (eds.), *Comunicar a l'era digital*, Sociedad Catalana de Comunicación, Barcelona, 1999, pp. 335-336.
- DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2012.
- *Sistema de derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2012.
- LAMBERT, J., “Formación de los contratos: comunicación de la oferta y la aceptación. La postura de la Common Law (derecho consuetudinario)”, AAVV, *La validez de los contratos internacionales negociados por medios*, Editorial Universitaria, Madrid, 1989, pp. 48 y ss.

- LARA AGUADO, A., “La oferta y la aceptación contractuales”, S. Sánchez Lorenzo (Ed.) *Derecho contractual comparado*, Civitas, Madrid, 2016, pp. 681-725.
- MANRESA, J.M. ^a, *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VIII, vol. II, Barcelona, Reus, 1950.
- MORENO QUESADA, B., “La oferta de contrato”, *RDM* (1956), pp. 184 y ss.
- PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 2006.
- RAUSEL KÖSTER, C., “La publicidad en la web: hacia el patrocinio y el banner narrativo audiovisual”, *Questiones publicitarias*, vol. I, núm. 9, 2004, pp. 103-127.
- VICTORIA MAS, J.S., *Nueva publicidad, comercio electrónico y demás propuestas interactivas*, UMA, Málaga, 2003.
- VILLA, S., *Manuale di diritti dell'informatica e delle nuove tecnologie*, Aggiornata, Bologna, 2002.

FOROS EFICIENTES EN LOS LITIGIOS SOBRE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA INTERNACIONAL

ESPERANZA GÓMEZ VALENZUELA
Universidad de Almería

1.-EXISTENCIA DE OFERTA Y ACEPTACIÓN ELECTRÓNICAS

1.1. FORO GENERAL DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO

El foro del domicilio del demandado en la contratación electrónica tiene ventajas para el demandado y también para el demandante. En el primero de los casos este criterio de atribución de competencia responde a la regla *Actor Sequitur Forum Rei* según la cual el demandante debe litigar en el fuero del demandado. Este foro también presenta ventajas para el demandante debido a que permite una rápida ejecución ya que el patrimonio del demandado suele estar en el Estado donde esté su domicilio. Este hecho supone mayores garantías para el demandante que ve reforzada su tutela judicial efectiva ya que puede ejecutar la sentencia en el mismo lugar donde ha litigado, sin necesidad de instar el reconocimiento en otro país.

En concreto, en el caso de que surja una controversia en relación con la existencia de la oferta electrónica o de la aceptación (adhesión) de los términos del contrato, el foro general del domicilio del demandado establecido en el Reglamento Bruselas I bis puede resultar de utilidad en relación con otros foros. Este hecho se debe, a que en este caso, precisamente lo que se pretende dilucidar es si la oferta es vinculante y en consecuencia se ha perfeccionado el contrato electrónico. Por tanto, como se analiza infra, puede resultar más complejo determinar la CJI de acuerdo con otros foros del Reglamento Bruselas I bis debido a la

relación entre el propio *petitum* de la demanda y los criterios establecidos en dichos foros para determinar la CJI.

La referencia al foro general del domicilio del demandado se contiene en el art. 4 de este Reglamento. Debe indicarse que la presencia del domicilio del demandado en territorio de la UE es tanto un presupuesto general de aplicación del Reglamento, como también un criterio determinante de la atribución de la CJI a los tribunales de un Estado.

En efecto, por su ámbito personal, si el demandado, con independencia de su nacionalidad, tiene su domicilio en territorio comunitario, se aplicará el Reglamento Bruselas I bis (art. 4). Este precepto establece que:

“Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado. A las personas que no tengan la nacionalidad del Estado miembro en que estén domiciliadas les serán de aplicación las normas de competencia judicial que se apliquen a los nacionales de dicho Estado miembro”.

De esta forma, el domicilio del demandado en un Estado miembro es el criterio que determina, con carácter general, la aplicación de las normas reguladoras de competencia judicial del Reglamento, a excepción de los foros exclusivos y la sumisión expresa (art. 24 y 25 respectivamente).

Debe indicarse que el Reglamento Bruselas I bis no contiene un concepto uniforme de “domicilio” pero sí disposiciones conflictuales sobre la interpretación de dicho concepto. En concreto, este instrumento, en sus arts. 62 y 63 establecen cómo ha de concretarse el domicilio de las personas físicas y jurídicas. Como es sabido, esta cuestión presenta cierta complejidad ya que el concepto de “domicilio” puede cambiar dependiendo del país. Según el primero de los preceptos indicados, para determinar si una persona física (parte) tiene su domicilio en el Estado miembro cuyos tribunales juzgan el asunto estos aplicarán su Ley interna (art. 62.1 Reglamento Bruselas I bis).

En el caso de que una parte esté domiciliada en un Estado miembro distinto al de los tribunales que conocen del asunto, el tribunal, para determinar si dicha parte está domiciliada en otro Estado miembro, aplicará la ley de dicho Estado miembro (art. 62.2 Reglamento Bruselas I

bis). De esta forma, en ambos casos, para la determinación del domicilio de la persona física que actúa como parte en un procedimiento se tiene en cuenta un Derecho nacional concreto.

Por otro lado, en relación con las personas jurídicas, el art. 63 del Reglamento Bruselas I bis tiene en cuenta: En primer lugar, su sede estatutaria, en segundo extremo, su administración central y por último su centro de actividad principal. Estos criterios, pueden tener varias consecuencias, por un lado, suponer un aumento de las demandas contra las personas jurídicas que operen como empresas internacionales (administración central en un Estado y/o sede social en un tercer Estado). Este hecho puede darse al existir, teóricamente, varios Tribunales que resulten competentes según el citado precepto, que permitan atribuir la competencia ex art. 4 del Reglamento Bruselas I bis. De otro lado, el art. 63 del Reglamento Bruselas I bis, pretende evitar que las empresas “desaparezcan” para evitar demandas en un país concreto, al aumentar los posibles Tribunales competentes según el criterio del domicilio del demandado.

Frente a las ventajas señaladas supra, que dotan de eficiencia a este foro en la contratación electrónica, también presenta ciertos inconvenientes relacionados con los distintos criterios de los Estados miembros que como señalan J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo pueden dar lugar a conflictos positivos y negativos. En el primer caso, dos Tribunales de diferentes Estados miembros pueden considerar domiciliado en su territorio al mismo sujeto. La solución de este conflicto positivo puede alcanzarse con los mecanismos previstos en el propio Reglamento (litispendencia, conexidad, etc).

Resulta más complicada la solución de un conflicto negativo en el que ninguno de los jueces considera al demandado domiciliado en su Estado, por no cumplir las condiciones previstas en el Derecho aplicable para entender que tiene su domicilio en dicho territorio. Las consecuencias de este hecho no sólo afectan al foro del domicilio del demandado que no resultaría operativo en este caso sino a la aplicación del Reglamento Bruselas I bis en general. En este supuesto sería tratado como no domiciliado en la UE un demandado que sólo tenga un vínculo de residencia con uno o más Estados miembros, aunque no suficiente para ser

considerado como “domicilio”. Por este motivo, resulta conveniente realizar una interpretación flexible del concepto de domicilio, que se inspire en un principio de necesidad, con el objetivo de impedir las citadas situaciones en caso de conflicto negativo.

Por último, existe otro inconveniente relacionado con la atribución de la CJI en la contratación electrónica debido a que el foro del art. 4 del Reglamento Bruselas I bis, sólo opera en el momento de presentación de la demanda. De forma que si un sujeto contrató desde la UE pero trasladó posteriormente, cuando se plantea la demanda, su domicilio o sede a un país no participante en el Reglamento Bruselas I bis, entonces dicho Reglamento no es aplicable (salvo las reglas sobre competencias exclusivas y sumisión competencial).

Por este motivo, este foro puede ser utilizado como una estrategia por parte del demandado que puede cambiar de domicilio (a un tercer Estado) evitando el foro del domicilio del demandado. En este contexto, el sistema de CJI debe procurar otros foros alternativos que no obliguen al demandante a litigar exclusivamente, ante los tribunales del país extranjero donde tiene su domicilio el demandado.

2. FORO ESPECIAL EN MATERIA CONTRACTUAL

A) DETERMINACIÓN DEL LUGAR DE EJECUCIÓN

El foro en materia contractual establecido en el art. 7.1 del Reglamento Bruselas I bis “atribuye la competencia a los Tribunales del lugar donde se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirve de base a la demanda”. Por este motivo, en el caso del perfeccionamiento del contrato puede resultar compleja la atribución de la competencia en virtud de este foro, en particular con respecto a los litigios sobre la existencia de oferta o/y aceptaciones electrónicas.

El art. 7.1 b) del Reglamento Bruselas I bis concreta que, en el caso de la compraventa de mercaderías, será competente el Tribunal del lugar donde según el contrato hayan sido entregadas o deban entregarse las mercancías. Por otro lado, en los contratos de prestación de servicios,

la competencia se atribuye al órgano jurisdiccional del Estado donde hayan sido prestados o deban prestarse los servicios.

Este foro especial en material contractual del art. 7 del Reglamento Bruselas I bis permite que el demandante ejercite su acción contra el demandado, domiciliado en un Estado comunitario, ante los tribunales de otro Estado comunitario con el que el litigio presenta un vínculo relevante. Según señala J. Carrascosa González se trata de un foro que responde a un criterio fundado en el principio de proximidad que justifica la CJI del concreto Tribunal del lugar de ejecución, que proporciona un foro neutral para las partes.

Este foro está relacionado con el momento de celebración del contrato y no con el momento de presentación de la demanda. Este hecho otorga seguridad jurídica a la transacción debido a que, como ocurre con la sumisión expresa, permite conocer a priori el Tribunal que va a dirimir el litigio. De esta forma, el foro del art. 7.1 del Reglamento Bruselas I bis, se enmarca también en la teoría de la International Stream of Commerce en dicho país, debido a que el oferente que realiza su actividad comercial en un país debe atenerse a que le demanden en dicho Estado por el hecho de haber creado la “situación internacional” .

Este foro puede tener incidencia en la contratación electrónica, aunque en este contexto, la determinación del lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda no siempre resultará sencilla. Por este motivo es necesario ver la aplicación de este en función del tipo de contrato online de que se trate. En primer lugar, con respecto al comercio electrónico indirecto, esto es, los contratos que se celebran online pero cuya entrega es física. En este caso, el foro del lugar de ejecución de la obligación litigiosa del art. 7.1 del Reglamento Bruselas I bis, opera sin mayores dificultades ya que resulta fácil determinar este lugar que coincidirá con la entrega de las mercancías o con la prestación del servicio en su caso.

En segundo extremo, en relación con el comercio electrónico directo, en los contratos concluidos online y ejecutados por completo por vía electrónica mediante “descarga” de ciertos datos electrónicos (Downloading), el art. 7.1 a) del Reglamento Bruselas I bis resulta aplicable

por remisión del art. 7.1 c) de este instrumento. En este caso resultarán competentes “(...) los Tribunales del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda”. La cuestión estriba en estos supuestos en determinar donde se encuentra este lugar. En estos casos, como apuntan Calvo Caravaca y Carrascosa González, debe partirse de la premisa de que el art. 7.1 del Reglamento Bruselas I bis (antes art. 5.1 del Reglamento Bruselas I) no fue concebido para este tipo de contratos, por tanto, presenta una “laguna oculta”.

Estos autores afirman que una posible solución es concebir como lugar de ejecución ficticio de la obligación, el país de la sede o residencia habitual del vendedor o PSSI, presumiendo que la entrega se realiza en dicho país. Esta es una solución económicamente positiva debido a que incentiva al cumplimiento del contrato por parte del otro contratante, ante el riesgo de ser demandado en un país extranjero.

B) ¿INCOMPATIBILIDAD CON EL *PETITUM* DE LA DEMANDA?

Como se ha indicado, para la atribución de la CJI en virtud de este foro especial en materia de contratos resulta necesario determinar el lugar de ejecución de la obligación presuntamente incumplida, que es la obligación litigiosa.

En concreto, puede presentar especial complejidad la atribución de la competencia en virtud de este foro, cuando no está claro si el contrato se ha perfeccionado. Esta situación puede darse, cuando el *petitum* de la demanda versa precisamente sobre la determinación de la existencia de las declaraciones de voluntad que conforman el perfeccionamiento del contrato electrónico (oferta y aceptación).

En este caso el Reglamento Bruselas I bis, presenta cierto paralelismo con el Reglamento Roma I, en el sentido de que parte de la existencia del contrato y no se plantea que pueden darse cuestiones que estarán relacionadas con el iter formativo de la relación contractual. En este supuesto, puede plantearse la pregunta de si el propio objeto de la demanda resulta incompatible con el foro especial en material contractual establecido en el art. 7.1 del Reglamento Bruselas I bis .

Para responder a esta cuestión, es de interés destacar la Sentencia del TJCE, en el asunto 38/81 de 4 de marzo de 1982, en la que se planteaba una cuestión prejudicial relacionada con el art. 5 del Convenio de Bruselas de 1968 (art. 7 Reglamento Bruselas I bis) . En este supuesto, se pretendía saber si el demandante podía acogerse al fuero del lugar de cumplimiento del contrato con arreglo al art. 5.1 del citado Convenio, aun cuando la formación del contrato que dio lugar a la demanda constituía el objeto del litigio entre las partes.

El Tribunal de Justicia en este caso afirmó que del conjunto de las disposiciones del Convenio se desprende que “(...) en los casos contemplados en el art. 5.1 del Convenio, la competencia del órgano jurisdiccional nacional, para resolver las cuestiones relativas a un contrato, comprende la apreciación de la existencia de los elementos constitutivos del propio contrato”. Dicha apreciación resulta indispensable para permitir al órgano jurisdiccional comprobar su competencia en virtud de dicho instrumento.

Según el Tribunal si no se realiza esta interpretación las disposiciones del art. 5 del Convenio de Bruselas de 1968 (actual art. 7 Reglamento Bruselas I bis), corren el riesgo de quedar desprovistas de efecto jurídico. Esto es, bastaría con que cualquiera de las partes alegara la inexistencia del contrato para desvirtuar la regla contenida en dichas disposiciones. Por tanto, el TJCE afirma que dicho foro resulta operativo en los casos en los que está cuestionada la propia formación del contrato que origina la demanda en el procedimiento principal.

Esta resolución es de utilidad para la cuestión que se plantean en relación a si el foro de competencia en materia contractual del art. 7 del Reglamento Bruselas I bis opera en los supuestos en los que el petitum de la demanda está relacionado con el perfeccionamiento del contrato, en concreto con la existencia de la oferta o de la aceptación. Según lo expuesto, y pese a que puedan darse dificultades para la determinación del lugar de ejecución en el comercio electrónico directo; el foro en materia contractual resulta operativo aun cuando el objeto de la demanda esté relacionado con la existencia de la oferta o de la aceptación en el entorno electrónico. Esto es, no hay incompatibilidad, en principio

entre dicho petitum, vinculado al perfeccionamiento del contrato electrónico y el foro del art. 7 del Reglamento Bruselas I bis.

3. FORO ESPECIAL EN CONTRATOS DE CONSUMO

A) REGULACIÓN EN EL ARTÍCULO 17 DEL REGLAMENTO BRUSELAS I BIS

La cuestión de la existencia de la oferta o/y de la aceptación electrónica puede plantearse en las transacciones con consumidores, que se dan de forma muy habitual en la práctica de la contratación que tiene lugar en el entorno virtual. En este sentido existen reglas especiales en el Reglamento Bruselas I bis que han de tenerse en cuenta para atribuir la competencia en las controversias que se susciten por estos motivos y que tratan de proteger al consumidor.

En concreto, en los supuestos comprendidos en el art. 17 de este Reglamento, la competencia queda regulada por lo previsto en sus arts. 18 y 19, sin perjuicio, de que hayan de tenerse en cuenta, como establece el art. 17.1, las previsiones de los arts. 6 y 7.5 del Reglamento Bruselas I bis.

En estos supuestos, el consumidor tiene la opción de demandar bien en los tribunales del Estado del domicilio del demandado o ante los tribunales del Estado del domicilio del cocontratante del consumidor. Este último, por el contrario, sólo podrá litigar ante los tribunales del Estado en el que tiene su domicilio el consumidor.

En estos casos, además, la posibilidad de elegir un tribunal queda reducida, debido a que según el art. 19 del Reglamento Bruselas I bis, “los acuerdos de elección de tribunal sólo prevalecerán sobre los criterios de competencia previstos en el art. 18 de dicho Reglamento en los siguientes supuestos: en primer lugar, cuando sean posteriores al nacimiento del litigio. En segundo extremo, cuando permitan al consumidor presentar la demanda ante tribunales diferentes de los indicados en la sección cuarta del capítulo segundo del Reglamento. Y, por último, cuando se hayan celebrado entre un consumidor y su cocontratante, ambos con domicilio o residencia habitual en el mismo Estado miembro y acuerden que sean competentes los tribunales del Estado miembro del

domicilio o residencia común, siempre que el Derecho de dicho Estado permita tales acuerdos”.

Si no se dan estos supuestos, los pactos sobre el tribunal que haya de conocer del asunto, no prevalecerán sobre lo establecido en el art. 18 del Reglamento Bruselas I bis.

En los contratos de consumo la posibilidad de elegir al Tribunal queda reducida en los contratos de consumo que se encuentren incluidos en la protección regulada en la sección cuarta del capítulo segundo del Reglamento Bruselas I bis. Este instrumento trata de impedir que a través de una cláusula de sumisión se prive al consumidor de la opción de acudir al Tribunal de su propio domicilio que previsiblemente será el que le resulta más cercano. Además, en las controversias derivadas de contratos electrónicos de consumo, normalmente la cuantía es escasa y puede ocurrir que los costes de acudir a un tribunal extranjero sean superiores al beneficio obtenido en el procedimiento judicial. Por este motivo, en estos contratos, se permite la existencia de un *forum actoris* a favor del consumidor.

Por este motivo, si en los contratos electrónicos se establecen a favor de las empresas que venden o prestan sus servicios en Internet, determinadas cláusulas de elección de Tribunal, en todo caso, el consumidor afectado puede litigar ante los tribunales de su propio domicilio cuando se den los requisitos establecidos en las citadas normas del Reglamento Bruselas I bis.

De esta forma, una de las cuestiones que más complejidad presenta con respecto a la regulación de la competencia judicial en materia de contratos de consumo contenida en los arts. 17-19 del Reglamento Bruselas I bis es determinar su ámbito de aplicación. Los contratos excluidos de esta protección quedan sometidos al régimen general, esto es: al foro general del domicilio del demandado; a los foros en materia contractual, y a la sumisión expresa que en su caso se haya realizado a favor de un determinado Tribunal.

En este sentido, los supuestos en los que el consumidor se considera protegido según el Reglamento Bruselas I bis, son: en primer lugar, en los casos de venta a plazos de mercaderías o préstamos a plazos u otra

operación vinculada a la financiación de la venta de mercaderías [art. 17.1 a)]. En segundo extremo, cuando la parte que desempeña actividades comerciales o profesionales ejerce éstas en el Estado miembro del domicilio del consumidor [art. 17.1 b)]. En tercer término, dirige tales actividades a dicho Estado, o a varios Estados miembros entre los que se encuentre el Estado miembro del domicilio del consumidor y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades [art. 17.1 c)].

En la contratación electrónica interesa especialmente el último de los supuestos recogidos en el art. 17.1 del Reglamento Bruselas I bis, esto es, cuando el empresario que comercializa sus productos a través de Internet realice sus actividades en el país en el que el consumidor tenga su domicilio habitual o por cualquier medio las dirija a este Estado.

4. RECLAMACIÓN DE CANTIDAD E INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN

A) SUPUESTOS MÁS FRECUENTES EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Los deberes de información constituyen una cuestión muy importante en la contratación electrónica, en los momentos previo y posterior al perfeccionamiento del contrato. En la práctica pueden plantearse distintos litigios por el incumplimiento de estos deberes que pueden ocasionar reclamaciones de cantidad de los destinatarios de los SSI que pretenden recuperar las cantidades pagadas en virtud de un contrato electrónico celebrado, en el cual no han recibido la información requerida legalmente.

En primer lugar, en relación con los deberes de información previos establecidos en el art. 10 de la DCE, (art. 27 LSSICE), pueden plantearse disputas, porque el PSSI no haya informado sobre las cuestiones que estos preceptos establecen, relacionadas con: “los diferentes pasos técnicos que deben darse para celebrar el contrato; si el PSSI va a registrar o no el contrato celebrado, y si éste va a ser accesible; los medios técnicos para identificar y corregir los errores de introducción de datos

antes de efectuar el pedido y las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato” .

En segundo extremo, presenta gran interés el deber del PSSI de poner a disposición del destinatario las CGC de manera que este pueda almacenarlas y reproducirlas (art. 10.3 DCE y 27.4 LSSICE). Esta es una cuestión que en la práctica presenta gran litigiosidad ya que en ocasiones la configuración del sitio web dificulta el acceso a estas estipulaciones y se plantean dudas sobre el cumplimiento de los preceptos indicados.

En tercer término, entre los supuestos más frecuentes que pueden darse en relación con las reclamaciones sobre el incumplimiento de los deberes de información se encuentra la cuestión del envío del acuse de recibo regulado en el art 11 de la DCE y 28 de la LSSICE. Como se ha indicado, el cumplimiento de esta obligación consiste en que el PSSI debe enviar al aceptante una confirmación de que ha recibido la aceptación. Los litigios que pueden plantearse en relación con este tema vendrán dados, principalmente, por el hecho de que el PSSI no haya enviado esta confirmación, o que el destinatario no la haya recibido.

El incumplimiento de cualquiera de los deberes de información mencionados puede suscitar controversias en el contexto de la contratación electrónica, principalmente vinculadas con reclamaciones de cantidad de los destinatarios de los SSI a los PSSI. De esta forma, puede ocurrir, por ejemplo, que se formalice un contrato electrónico entre un PSSI establecido en Canadá y una empresa española. En este contrato se ha elegido Tribunal competente el del PSSI.

En este caso, el comprador (español) decide demandar a la empresa canadiense porque no ha sido informado de los diferentes pasos para corregir errores y ha pedido (por error) un número de productos superior al que realmente quería comprar. También puede originarse el conflicto, porque la empresa no haya enviado al comprador un acuse de recibo del pedido realizado. Para resolver estas y otras cuestiones que puedan suscitarse en relación con los deberes de información en vía judicial será necesario determinar qué Tribunal tiene la competencia en estos casos, teniendo en cuenta, como en las demás cuestiones relacionadas con el perfeccionamiento del contrato electrónico, los distintos foros establecidos en el Reglamento Bruselas I bis.

Además de los litigios señalados, relacionados con el contenido del deber de información en la contratación electrónica, pueden surgir otros originados por el hecho de que dicha información se inserta como una condición general en el contrato. Estos procesos originados por el incumplimiento del control de incorporación de las CGC se abordan de forma separada *infra*, debido a que por el propio objeto de la demanda el Tribunal que resulte competente puede variar, en unos y otros supuestos.

B) TRIBUNAL COMPETENTE EN ESTOS CASOS

Como se ha indicado, en relación con los deberes de información se plantea la cuestión de qué Tribunal es el competente para conocer de las cuestiones que se susciten por el incumplimiento de éstos. En este caso, al tratarse de una materia contractual, la propia LSSICE establece (deberes de información previos y posteriores al contrato; arts. 27 y 28 LSSICE) deben incluirse dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I bis (art. 1.1). De esta forma, será competente para conocer de esta cuestión el órgano jurisdiccional que deba conocer del asunto según los criterios establecidos en este instrumento.

En estos supuestos, la acción de reclamación de cantidad del destinatario de los SSI, (cliente) puede interponerse ante el domicilio del demandado, en virtud del mencionado foro general establecido en el art. 4 del Reglamento Bruselas I bis. Este puede ser un foro que presenta ciertas ventajas para el demandante, en este caso en relación a la ejecución del contrato, ya que es habitual que el domicilio del demandado constituya, también el lugar donde este tiene, al menos, parte de su patrimonio. De otro lado, presenta la desventaja del mayor coste económico que puede tener para el destinatario tener que litigar ante un Tribunal extranjero.

Del mismo modo, en relación con la reclamación de cantidad derivada del incumplimiento de los deberes de información en la contratación electrónica, también resulta operativo el foro especial en materia contractual del art. 7 del Reglamento Bruselas I bis. En este caso, será competente el Tribunal del lugar donde se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base para la demanda (art. 7.1 a). En este sentido, cuando el contrato electrónico verse sobre una compraventa de mercaderías, se tendrá en cuenta el lugar de entrega de estas y en el caso

de prestación de servicios el lugar donde hayan sido o deban ser prestados los servicios. Como se ha advertido, en los supuestos en los que la entrega también se haga online, la atribución de la CJI en virtud de este foro puede resultar más compleja.

De otro lado, en los contratos de consumo, como se analizado supra, cuando se den los requisitos del art. 17 del Reglamento Bruselas I bis, el consumidor podrá optar entre interponer la demanda ante el Tribunal del lugar donde tenga su domicilio el comerciante o ante los órganos jurisdiccionales de su propio domicilio. Para que pueda operar este foro tendrá que cumplirse el requisito de que el PSSI haya dirigido su actividad al país del domicilio del consumidor. Por tanto, habrá que verificar mediante los indicios señalados, si efectivamente, esta era la intención del empresario. En caso contrario el consumidor no podrá utilizar este foro para litigar en su país.

Sin perjuicio de que, con respecto a la reclamación por el incumplimiento de los deberes de información, la CJI pueda atribuirse en virtud de alguno de los foros indicados, debe advertirse que, en la mayoría de los contratos electrónicos, se establece una cláusula en la que las partes se someten a un determinado Tribunal.

La determinación de la competencia a través de este criterio de sumisión expresa o *prorrogatio fori* presenta especial interés en relación con la ley aplicable a los deberes de información en la contratación electrónica. Este hecho se da, principalmente, porque como se ha señalado supra las normas reguladoras de esta cuestión pueden tener la consideración de normas internacionalmente imperativas. De esta manera, como se expone a continuación, el foro establecido en el art. 25 del Reglamento Bruselas I sobre sumisión expresa puede utilizarse, en determinados supuestos, para eludir la aplicación de las citadas normas de policía por el Tribunal que conozca del asunto.

5. DEBERES DE INFORMACIÓN Y *PRORROGATIO FORI*

A) SUMISIÓN EXPRESA E INAPLICACIÓN DE LAS LEYES DE POLICÍA

En la práctica de la contratación electrónica resulta habitual la elección tanto del Tribunal competente como del Derecho aplicable al contrato. En este contexto, puede ocurrir, como se ha indicado, que el objeto de la demanda verse sobre el incumplimiento de los deberes de información en un contrato electrónico. En este caso, si es el juez español el que conoce del asunto, en virtud de la cláusula de sumisión expresa, tendrá que verificar qué ley regula los deberes de información, supuestamente incumplidos. Como se ha mencionado, puede ocurrir que también exista una cláusula de elección de ley, que estará limitada por las disposiciones imperativas que regulan en este caso los deberes de información y que constituyen el objeto de la controversia. Al margen de la imperatividad en sentido interno, que se ha analizado *supra*, estas normas imperativas actuarían en el presente supuesto como leyes de policía del foro (art. 9.2).

En este contexto, si los Tribunales españoles conocen del asunto, la aplicación de las normas internacionalmente imperativas, en este caso relacionadas con los deberes de información en la contratación electrónica, puede resultar a priori más sencilla, siempre que se verifique que efectivamente las normas del foro, reguladoras de esta cuestión, revisiten este carácter.

De otro lado, puede presentar más complejidad, el supuesto de que el Tribunal español tenga que aplicar las normas internacionalmente imperativas de un tercer Estado relacionados con el incumplimiento de los deberes de información en un contrato electrónico. Hay que tener en cuenta que el artículo 9.1 del Reglamento Roma I, no obliga a los tribunales de los Estados parte a aplicar o simplemente a “dar efecto” a las leyes de policía de otro país. Esto no significa que los tribunales de estos países no puedan, si lo estiman conveniente, aplicar las leyes internacionalmente imperativas de un tercer Estado, sino únicamente que, en todo caso, lo harán en base a sus respectivos derechos nacionales.

De esta forma, en el caso de que la aplicación de las mencionadas normas internacionalmente imperativas sobre deberes de información se plantee ante un juez europeo, y en concreto español, el conjunto de

variables que deberá tener en cuenta, en caso de que decida aplicar el artículo 9.1 del Reglamento Roma I, le dejan un amplio margen de discrecionalidad. Además, en la actualidad, el art. 9.3 de dicho instrumento sólo menciona la posibilidad de que el Tribunal que conozca del asunto aplique las disposiciones internacionalmente imperativas del lugar donde deba cumplirse la obligación que sirve de base a la demanda o hayan sido ejecutadas, en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Este precepto dificulta, aún más si cabe, la aplicación de las normas de terceros Estados que revistan un carácter internacionalmente imperativo.

La jurisprudencia del TJCE ofrece algunos ejemplos que invitan a la reflexión. En el asunto *Courage Ltd. c. B. Crehande* 20 de septiembre de 2001, el TJCE estableció las pautas que debían seguir los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para conjugar el interés económico general que expresa el Derecho comunitario de la competencia y el interés particular de las partes en el contrato.

El TJCE después de recordar que: los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a garantizar, dentro del marco de sus atribuciones, la plena eficacia del derecho de la competencia comunitario, admite la posibilidad de que el derecho nacional deniegue a una parte, que tiene una responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia, el derecho a obtener una indemnización por los daños y perjuicios de la otra parte contratante, en base al principio ampliamente aceptado según el cual nadie puede beneficiarse de su comportamiento ilícito (*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*).

Pero paralelamente también exige, que el órgano jurisdiccional nacional, al aplicar este criterio, tenga en cuenta el particular contexto económico y jurídico en el que se hallan las partes contratantes en el momento de negociar el contrato. En particular señala que, en casos como el contemplado, debe examinarse si la parte perjudicada, debido a su posición de notable inferioridad, se ha visto privada de la posibilidad de negociar las cláusulas del contrato y evitar o limitar de este modo el perjuicio que puede causarle una cláusula contraria al Derecho de la competencia.

En la contratación electrónica, normalmente la cláusula de elección de Tribunal viene impuesta por una de las partes a la otra, de forma, que

en este supuesto el adherente no tiene posibilidad de negociación alguna con respecto a este particular. Esto es, la cláusula de sumisión expresa, como se analiza infra, está incluida como una de las CGC que el destinatario de los SSI y potencial adherente no puede negociar. De esta forma, en relación con la STJUE en el asunto *Courage Ltd. c. B. Crehan*, en el contexto de una reclamación de cantidad por el incumplimiento de los deberes de información, el Tribunal que conoce del asunto, debe tener en cuenta esta imposibilidad de negociar las cláusulas del contrato, antes de descartar la aplicación de las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ARENAS GARCÍA, R., “Del Reglamento Bruselas I al Reglamento Bruselas I *bis*”, *REDI*, núm. 2, 2013, pp. 377-382.
- “Competencia judicial internacional y acuerdo de sumisión en la contratación electrónica internacional”, *Estudios sobre consumo*, núm. 85 (2008), pp. 45-60.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *La Ley/Unión Europea*, núm. 8013, 31 de enero de 2013, pp. 3-8.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C, SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 2021.
- ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “Competencia judicial internacional en materia de contratos celebrados con consumidores internautas. (Comentario a la STJUE de 7 de diciembre de 2010, As. C-585/08 y C-144/09)”, *Noticias UE*, núm. 329 (2012), pp. 181-188.
- LAFUENTE SÁNCHEZ, R., “El criterio del *international Stream-of-Commerce* y los foros de competencia en materia de contratos celebrados con consumidores”, *CDT* (octubre 2012), vol. 4, n.º 2, pp. 177-201.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “Comentarios sobre la atribución de la competencia en contratos e ilícitos electrónicos: el desarrollo de la jurisprudencia del TJUE”, P. Diez Hochleitner y otros (coords), *Últimas tendencias de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE 2008-2011*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 599-604.
- RADIN, M.J.; ROTHCHILD, J.; SILVEMAN, G.M.; *Internet Commerce: Doing Business in a Networked World*, Foundation Press, 2002, vol.16, p.65.
- RODRIGUEZ VAZQUEZ, M.ª A., “De nuevo una sentencia del TJUE sobre un demandado cuyo domicilio se desconoce en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I”, *CDT* (octubre 2012), vol. 4, n.º 2, pp. 356-366.

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR CONTRATANTE EN EL MERCADO EN LÍNEA TRAS LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/2161, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 27 DE NOVIEMBRE

CONSUELO CAMACHO PEREIRA
*Centro Universitario San Isidoro
adscrito a la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla*

1. INTRODUCCIÓN: INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y EL REGULADOR DE LOS MERCADOS DIGITALES.

Las plataformas digitales se han convertido en guardianes clave de internet, como intermediarias del acceso a la información, los contenidos y facilitadoras del comercio en línea. Organizan el “ecosistema” de internet, lo que constituye una profunda transformación de la red mundial que trae consigo nuevas oportunidades, pero también desafíos⁴².

En el ámbito del comercio electrónico, las plataformas mercado se configuran como servicios de la sociedad de la información que alojan información suministrada por los proveedores de bienes y servicios, y ponen en contacto a estos con los clientes, proporcionando una infraestructura tecnológica que permite la contratación⁴³. En el marco de esta

⁴² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las regiones, relativa a la revisión intermedia de la aplicación de la estrategia para el mercado único digital, un mercado único digital conectado para todos. Bruselas, 10.5.2017, COM (2017) 228 final, {SWD (2017) 155 final}.

⁴³ Cuenca Casas, M., (2020). “La contratación a través de plataformas intermediarias en línea”, en Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 12, núm. 2, p. 328.

nueva estructura de mercado pueden darse relaciones entre empresarios, empresarios y consumidores, y consumidores entre sí.

En la contratación de bienes y servicios entre empresarios y consumidores a través de las plataformas mercado, la Unión Europea ha destacado la importancia de establecer un marco claro de responsabilidad para estas, en particular en la adopción de medidas adecuadas para abordar eficazmente las prácticas comerciales fraudulentas, desleales y engañosas, y la venta de bienes y servicios no conformes y peligrosos a través de estas, y pone de relieve la necesidad de coherencia y de una interacción clara entre el Derecho de la Unión en materia de protección de los consumidores y el que se refiere a los mercados digitales, con el fin de establecer un alto nivel de protección de los consumidores en lo que se refiere a sus derechos, el acceso a los bienes y servicios, también transfronterizos, la transparencia, la responsabilidad y un entorno digital seguro, y de aclarar y reforzar la rendición de cuentas de los intermediarios en línea⁴⁴.

Por tanto, la Unión manifiesta una especial preocupación por delimitar la responsabilidad de las plataformas mercado a las que acude el consumidor para adquirir bienes, servicios o contenidos digitales, si bien hay que tener en cuenta que para ello hay que considerar las distintas funciones que asumen las plataformas; estas pueden limitarse a llevar a cabo una función de intermediación estricta, técnica, pasiva y neutral, o desarrollar una actividad que excede de la mera prestación de servicios de intermediación o de la provisión de contenidos⁴⁵, actuando en funciones de regulador, supervisor, creador

⁴⁴ Conclusiones del Consejo de la Unión Europea sobre la Nueva Agenda del Consumidor, texto aprobado por el Consejo en su sesión del 22 de febrero de 2021 (apartados 14 y 15).

⁴⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Una Agenda Europea para la economía colaborativa". Bruselas, 2.6.2016, COM (2016) 356 final {SWD (2016) 184 final}, p. 9: "Además de los servicios de alojamiento de datos, una plataforma colaborativa puede ofrecer actividades auxiliares o conexas. Dichas actividades pueden incluir medios de evaluación o calificación, seguro, modalidades de pago, verificación de la identidad (a menudo realizada por terceros prestadores) o la plataforma colaborativa puede incluso prestar el servicio subyacente que se ofrece a los usuarios".

de mercado y generador de confianza⁴⁶, sin llegar a prestar el servicio subyacente. También hay plataformas que realizan prestaciones directa y simultáneamente ceden espacios a terceros en su marketplace, para que comercialicen bienes y servicios, valiéndose de la reputación de su marca (Fnac, El Corte Inglés, Carrefour⁴⁷...son empresas bien conocidas para el consumidor, y que actualmente ceden espacios a vendedores on line en su marketplace), o porque a partir de su desarrollo como marketplace (Amazon) han decidido vender productos propios, teniendo una posición mixta.

Esta variedad de plataformas y funciones hace que no siempre el consumidor sea consciente de que a través de la plataforma contrata con un tercero, de si tal tercero es o no comerciante, si tendrá los derechos protectores de los consumidores (tales como garantía legal, desistimiento, información concreta...), y que no tenga claro a quién dirigirse para reclamar.

La Unión Europea, ante la necesidad de que el consumidor que contrata a través de la plataforma esté debidamente informado de los anteriores aspectos, ha aprobado la Directiva (UE) 2019/2161, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo⁴⁸, que incorpora determinadas normas relativas a la protección del consumidor que contrata a través de la plataforma mercado, sin perjuicio de las obligaciones de información contempladas en la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos

⁴⁶ Rodríguez de las Heras Ballell, T., (2018). “Una Regulación Europea para las Plataformas Electrónicas: Propuestas en curso y Alternativas”. Derecho mercantil y tecnología. Blanco Sánchez, M.J. (Coord), Madrid Parra, A. (Dir.), Thomson Reuters, Navarra, Capítulo 13, p.430.

⁴⁷ <https://bit.ly/3y3hXn1>, <https://bit.ly/3pwaUzf>, <https://bit.ly/330zOKR>

⁴⁸ DOUE L 318, de 18.12.2019. (En adelante, Directiva 2019/2161).

jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior⁴⁹.

La mencionada Directiva, ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico, dentro del plazo previsto para ello⁵⁰, por el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes⁵¹, aplicándose la regulación a partir del 28 de mayo de 2022⁵². Dicha transposición ha supuesto la modificación en nuestro ordenamiento jurídico del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU), de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

En su Exposición Motivos el Decreto-ley 24/2021 insiste en la necesidad de regulación acrecentada por la actual crisis sanitaria pues, ya que como se indica en la Nueva Agenda Europea del Consumidor, publicada en noviembre de 2020, las medidas de confinamiento han destacado “el papel fundamental de las tecnologías digitales en la vida de las personas, permitiendo comprar bienes esenciales que, de

⁴⁹ DOUE L 178, de 17.07.2000. (En adelante, Directiva 2000/31/CE).

⁵⁰ La Directiva 2019/2161, de conformidad con su art. 7, debía transponerse a más tardar el 28 de noviembre de 2021, siendo de aplicación a partir del 28 de mayo de 2022.

⁵¹ «BOE» núm. 263, de 3 de noviembre de 2021. (En adelante, Decreto-ley 24/2021). Convalidado por Resolución del Congreso de los Diputados, de 2 de diciembre de 2021. «BOE» núm. 296, de 12 de diciembre de 2021.

⁵² Disposición final décima c) del Decreto-ley 24/2021.

otra manera, no serían asequibles y acceder a servicios a pesar de las restricciones”.

2. OBJETIVOS

El objetivo del presente trabajo es delimitar si a partir de la reforma operada en nuestro ordenamiento jurídico por el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, se ha reforzado la posición del consumidor como parte contratante en el marketplace, pudiendo conocer con mayor claridad ante quien reclamar sus derechos y cuáles sean estos.

3. METODOLOGÍA

La metodología utilizada es descriptiva, ya que se trata de exponer las novedades legislativas en el ámbito de la protección del consumidor en la contratación en el marketplace, así como analítica, puesto que el análisis de esta nos permitirá valorar y concluir acerca de su eficacia.

4. CUESTIONES PREVIAS: ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA PROTECTORA DEL CONSUMIDOR DEL MERCADO EN LÍNEA

La contratación a través de las plataformas mercado genera una relación triangular⁵³, entre la plataforma y el cliente, el comerciante y el cliente, y el comerciante y la plataforma. Cuando el cliente es consumidor la normativa se encamina a equilibrar la situación de inferioridad existente en las relaciones jurídicas en las que es parte.

Las relaciones entre la plataforma y el comerciante se encuentran actualmente reguladas en el Reglamento (UE) 2019/1150, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el

⁵³ Gramunt Fombuena, M., (2019). Contratación de consumo mediante plataformas digitales, en Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital, García González, G., Regina Redinha, M., (Dirs.); Guimaraes, M.R., Sáenz de Jubera Higuero, B., (Coords.), Dykinson, Madrid, p. 20.

fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea⁵⁴. La plataforma mercado se incluye como “proveedor de servicios de intermediación en línea”, siendo tal: “toda persona física o jurídica que ofrece servicios de intermediación en línea a los usuarios profesionales o que les propone el uso de aquellos” (art. 2.3)⁵⁵. En dicho Reglamento⁵⁶ se protege indirectamente al consumidor, así considera que “un ecosistema en línea competitivo, justo y transparente, en el que las empresas actúan de forma responsable, es asimismo esencial para el bienestar de los consumidores”, aunque reconoce que “...los efectos directos en los consumidores del desarrollo de la economía de plataformas en línea son objeto de otros actos jurídicos de la Unión, en particular el acervo en materia de consumo”. Dentro de este acervo se encuentra la Directiva (UE) 2019/2161, transpuesta por el Decreto-ley 24/2021, aplicable a las relaciones que trataremos en el presente trabajo: contrato entre un empresario y un consumidor que contratan a través del marketplace.

Como elemento subjetivo de la relación jurídica que tratamos, nos referiremos al consumidor, al empresario y al mercado en línea.

La noción de consumidor se contempla en el art. 3 del TRLGDCU, que lo define en los siguientes términos: “1. A efectos de esta ley, y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen

⁵⁴ DOUE L 186, de 11.07.2019. (En adelante, Reglamento 2019/1150).

⁵⁵ Por “servicio de intermediación en línea”, el art. 2.2. del Reglamento considera los que: “a) constituyen servicios de la sociedad de la información según lo previsto en el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo; b) permiten a los usuarios profesionales ofrecer bienes o servicios a los consumidores, con el objetivo de facilitar el inicio de transacciones directas entre dichos usuarios profesionales y consumidores, con independencia de dónde aquellas concluyan en última instancia; c) se prestan a los usuarios profesionales sobre la base de relaciones contractuales entre el proveedor de los servicios y los usuarios profesionales que ofrecen los bienes o servicios a los consumidores”. La referencia a que los destinatarios del servicio sean los “consumidores”, obedece al ámbito de aplicación del Reglamento (art. 1.2).

⁵⁶ Considerando 3 del Reglamento (UE) 2019/1150.

con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Asimismo, a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad”.

Por su parte, el art. 4 TRLGDCU define al empresario como: “... toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”.

El apartado 3 del art. 59 TRLGDCU define el mercado en línea como: “... un servicio que emplea programas (*software*), incluidos un sitio web, parte de un sitio web o una aplicación, operado por el empresario o por cuenta de éste, que permite a los consumidores o usuarios celebrar contratos a distancia con otros empresarios o consumidores...”⁵⁷.

⁵⁷ Se añade el apartado 3 por el art. 82.5 del Real Decreto-ley 24/2021. Tal definición ha sido introducida por la Directiva 2019/2161, en la nueva letra n) del art. 2 de la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (DO L 149, de 11.06.2005; en adelante, Directiva 2005/29/CE), y en el nuevo punto 17 del art. 2 de la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (DO L 304, de 22.11.2011); en adelante, Directiva 2011/83/UE).

Desde otra perspectiva, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre un mercado único de servicios digitales, de 15 de diciembre de 2020⁵⁸, define en su art. 2. h) la “plataforma en línea” como: “un prestador de un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde al público información, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio y, por razones objetivas y técnicas, no pueda utilizarse sin ese otro servicio, y la integración de la característica en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento”. Definición que nos parece incompleta, al contemplar la plataforma como mera alojadora de datos, y no hacer referencia a su carácter de intermediaria en la contratación.

Como puede observarse, la definición que nos ofrece el TRLGDCU transponiendo la Directiva 2019/2161, considera las funciones de intermediación que desarrollan estas plataformas en la contratación entre el comerciante y el consumidor, esta perspectiva es acogida también por el Reglamento 2019/1150. Sin embargo, como hemos advertido, el propio empresario, titular de la plataforma puede contratar productos y servicios directamente a través de esta.

5. NOVEDADES EN EL TRLGDCU PARA UNA MAYOR PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR CONTRATANTE EN EL MERCADO EN LÍNEA

5.1. CLARIFICACIÓN AL CONSUMIDOR DE LA CONDICIÓN DEL TERCERO CON QUIEN CONTRATA EN EL MERCADO EN LÍNEA: COMERCIANTE O PARTICULAR

Sin perjuicio del deber de identificar al comerciante que participa en el mercado, que se contempla en normativa vigente, la Directiva 2019/2161, modificó la Directiva 2011/83/UE, añadiendo un nuevo art. 6 bis, bajo la rúbrica: “Requisitos de información específicos adicionales para contratos celebrados en mercados en línea”, en el que impone al proveedor del mercado en línea, determinadas obligaciones de

⁵⁸ COM (2020) 825 final, de 15.12.2020, {SEC (2020) 432 final} - {SWD (2020) 348 final} - {SWD (2020) 349 final}. (En adelante, DSA).

información, habiéndose incorporado las mismas en el art. 97 bis del TRLGDCU.

Dicho art. 97 TRLGDCU, en su apartado 1.b), transponiendo el art. 6 bis 1 b) de la Directiva 2019/2161, obliga al proveedor del mercado en línea, a indicar si el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital es un comerciante o no, con arreglo a la declaración de dicho tercero al proveedor del mercado en línea. Esta obligación, va más allá de la prevista en el Reglamento 2019/1150, que en su art. 3.5 exige que: “Los proveedores de servicios de intermediación en línea garantizarán que la identidad del usuario profesional que proporciona bienes o servicios en servicios de intermediación en línea sea claramente visible”, ya que además de su identidad, debe constar su condición de comerciante⁵⁹.

Tal información debe suministrarse antes de que un consumidor quede obligado por un contrato a distancia, o cualquier oferta correspondiente “de forma clara, comprensible y adecuada a las técnicas de comunicación a distancia, con especial atención en caso de tratarse de personas consumidoras vulnerables, a las que se les facilitará en formatos adecuados, accesibles y comprensibles”.

La Directiva 2019/2161, en paralelo a la obligación de información señalada anteriormente, considera omisión engañosa el no hacerla constar, modificando la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores⁶⁰, añadiendo al art. 7.4. la letra f), exigiendo que esta información conste en toda invitación a comprar⁶¹, lo que ha sido transpuesto en el nuevo apartado f) del art. 20.1 TRLGDCU.

⁵⁹ Mateja Durovic, se muestra escéptico sobre la percepción del consumidor: “It is still to be seen how this new obligation will work in practice and whether it will be easy for consumers to understand the status of their counterparty”. Durovic, M. PHD, LL.M., (2020). “Adaptation of consumer law to the digital age”; EU Directive 2019/2161 on modernisation and better enforcement of consumer law”, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, 68 (2), p.67.

⁶⁰ DOUE L 149/22, de 11.05.2005.

⁶¹ El art. 2 i) de la Directiva 2005/29/CE define la “invitación a comprar”, como “comunicación comercial que indica las características del producto y su precio de una manera adecuada al

Además, en el supuesto de que el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital no sea un empresario, el art. 97 bis.1.b) TRLGDCU, que transpone el 6 bis.1.c) de la Directiva 2011/83/UE, modificado a su vez por la Directiva (UE) 2019/2161, requiere que el proveedor del mercado en línea haga constar la “mención expresa de que la normativa en materia de protección de los consumidores y usuarios no es de aplicación al contrato”. Si bien, según el Considerando 27 de la Directiva 2019/2161: “No debe exigirse a los proveedores de mercados en línea que enumeren los derechos específicos de los consumidores al informar a estos de su no aplicabilidad”.

Sin duda, tras esta regulación, el consumidor que acude a contratar a un mercado en línea queda más protegido, puesto que conoce si a la relación jurídica que pueda consolidar se le aplicará o no la específica normativa protectora del consumidor (derecho de desistimiento, garantía legal, cláusulas abusivas...).

No obstante, la nueva regulación se refiere a que es el proveedor de los bienes, servicios o contenidos digitales el que declara a la plataforma su condición de comerciante o de particular (prosumidor), por lo que cabe plantearse entonces si puede exigirse a la plataforma un deber de supervisión de la realidad de tal condición⁶². Según el Considerando 28

medio de la comunicación comercial utilizado, y permite así al consumidor realizar una compra”.

⁶² La dificultad de tal delimitación se puso de manifiesto en el la Sentencia TJUE (Sala Quinta) de 4 de octubre de 2018, Evelina Kamenova, Asunto C-105/17 (EU:C:2018:808). En relación con la actividad de una persona física, que publica al mismo tiempo en una plataforma en línea ocho anuncios en los que ofrecía a la venta bienes nuevos y usados, el TJUE concluyó que la calificación de “comerciante” exige “atender al caso concreto”, lo que se llevará a cabo por el órgano jurisdiccional nacional, que: “deberá, en particular, comprobar si la venta en la plataforma en línea se ha efectuado de forma planificada y si dicha venta tiene fines lucrativos, si el vendedor dispone de información y competencias técnicas relativas a los productos que propone a la venta de las que el consumidor no dispone necesariamente, de manera que lo coloca en una situación más ventajosa con respecto a dicho consumidor, si el vendedor tiene un estatuto jurídico que le permite realizar actos de comercio y en qué medida la venta en línea está vinculada a la actividad comercial o profesional del vendedor, si el vendedor está sujeto a IVA, si el vendedor, que actúa en nombre de un comerciante determinado o por su cuenta o por medio de otra persona que actúa en su nombre y por su cuenta, ha recibido una retribución o una participación, si el vendedor compra bienes nuevos o usados con intención de revenderlos, confiriendo de este modo a dicha actividad un carácter regular, una frecuencia o una simultaneidad con respecto a su actividad comercial o profesional, si los

de la Directiva 2019/2161: “De conformidad con el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, los proveedores de mercados en línea no deben estar obligados a comprobar la situación jurídica de los terceros suministradores”. No obstante, aunque no pasa de ser en estos momentos una propuesta, la DSA, si bien mantiene en su art. 7 la inexistencia de obligación general de supervisión por parte de las plataformas, en su art. 22, propone para garantizar la trazabilidad de los comerciantes, que se exija a las plataformas en línea que permiten la contratación con consumidores (salvo a las microempresas y pequeñas empresas), que obtengan la siguiente información de los comerciantes que deseen promocionar mensajes o realizar ofertas sobre productos o servicios a los consumidores localizados en la Unión:

- a. el nombre, la dirección, el número de teléfono y la dirección de correo electrónico del comerciante;
- b. una copia del documento de identificación del comerciante o cualquier otra identificación electrónica con arreglo a la definición del artículo 3 del Reglamento (UE) n.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo;
- c. los datos bancarios del comerciante, cuando el comerciante sea una persona física;
- d. el nombre, el domicilio, el número de teléfono y la dirección de correo electrónico del operador económico, en el sentido del artículo 3, apartado 13, y el artículo 4 del Reglamento (UE) 2019/1020 del Parlamento Europeo y del Consejo o cualquier acto pertinente del Derecho de la Unión;
- e. cuando el comerciante esté inscrito en un registro mercantil o registro público análogo, el registro mercantil en el que dicho comerciante esté inscrito y su número de registro o medio equivalente de identificación en ese registro;
- f. una certificación del propio comerciante por la que se comprometa a ofrecer exclusivamente productos o servicios que

productos en venta son todos del mismo tipo o del mismo valor, en particular, si la oferta se concentra en un número limitado de productos”. Aclarando que “los criterios enunciados en el apartado anterior no son taxativos ni exclusivos” (FJs 37 a 40).

cumplan con las disposiciones aplicables del Derecho de la Unión”.

Según el art. 22.2. propuesto, una vez recibida esa información, la plataforma en línea hará esfuerzos razonables para evaluar si la información a que se refieren las letras a), d) y e) del apartado 1 es fiable mediante el uso de cualquier base de datos en línea o interfaz en línea oficial de libre acceso puesta a disposición por un Estado miembro o por la Unión o solicitando al comerciante que aporte documentos justificativos de fuentes fiables, y según el apartado 3, cuando la plataforma en línea obtenga indicaciones de que alguno de los elementos de información a que se refiere el apartado 1 obtenido del comerciante en cuestión es inexacto o incompleto, dicha plataforma solicitará al comerciante que corrija la información en la medida en que sea necesario para garantizar que toda la información sea exacta y completa, sin dilación o en el plazo marcado por el Derecho de la Unión y nacional. Cuando el comerciante no corrija o complete dicha información, la plataforma en línea suspenderá la prestación de su servicio al comerciante hasta que se atienda la solicitud.

El apartado 6 de este art. 22 dispone que: “La plataforma en línea pondrá la información a que se refieren las letras a), d), e) y f) del apartado 1 a disposición de los destinatarios del servicio, de manera clara, fácilmente accesible y comprensible”. Por tanto, una vez que el comerciante facilite los datos a la plataforma, es esta la responsable de que se encuentren disponibles. De prosperar esta propuesta, habría mayor certeza en la contratación para el consumidor.

5.2. DEBER DEL MERCADO EN LÍNEA DE CONCRETAR LAS OBLIGACIONES RELACIONADAS CON EL CONTRATO ASUMIDAS POR LA PLATAFORMA Y POR EL COMERCIANTE A LOS EFECTOS DE EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD POR EL CONSUMIDOR

El art. 97 bis .1. d) TRLGDCU, obliga a informar al consumidor en el ámbito del mercado en línea, acerca de “cómo se reparten las obligaciones relacionadas con el contrato entre el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital y el proveedor del mercado en línea, entendiéndose esta información sin perjuicio de cualquier

responsabilidad que el proveedor del mercado en línea o el tercero empresario tenga en relación con el contrato en virtud de otra normativa de la Unión Europea o nacional”, transponiendo así el art. 6.1.d) de la Directiva 2011/83/UE⁶³.

Esta información permitirá al consumidor saber ante quién exigir responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, ya que, en ocasiones, la plataforma, sin llegar a prestar el servicio subyacente, no se limita a prestar el servicio de intermediación y se obliga a prestar una garantía comercial, gestionar el desistimiento... El Considerando 27 de la Directiva 2019/2161 señala que: “El proveedor del mercado en línea podría indicar que el tercero comerciante es el único responsable de garantizar los derechos de los consumidores...”⁶⁴. Sin embargo, entendemos que no cabe extender la responsabilidad al tercero comerciante en relación con informaciones que competen a la plataforma, obligaciones que esta ostenta como servicio de la sociedad de la información, o posible responsabilidad extracontractual de la misma.

En relación con el referido reparto de obligaciones, nos planteamos, en concreto, si cupiera exigir responsabilidad a la plataforma en relación con la no conformidad de los bienes, servicios o contenidos digitales adquiridos por el consumidor a través de la misma. La Directiva 2019/771, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes⁶⁵ y la Directiva 2019/770, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019⁶⁶ relativa a determinados aspectos de los

⁶³ El considerando 27 de la Directiva 2019/2161, señala que: “La información que debe facilitarse sobre la responsabilidad de garantizar los derechos de los consumidores depende de los acuerdos contractuales entre los proveedores de mercados en línea y los correspondientes terceros comerciantes”.

⁶⁴ Álvarez Moreno, M.T., en La contratación electrónica mediante plataformas en línea: modelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (proveedores y consumidores), Ed. Reus, Madrid, 2021, pp.151 a 153, aclara que “...lo cierto es que la plataforma normalmente se declara totalmente ajena al contrato celebrado entre usuario oferente y usuario destinatario”. Aunque relata algunos supuestos en que puede ser responsable de servicios que puede prestar, como la gestión del pago de la compra realizada, el servicio auxiliar de entrega u otros servicios auxiliares: seguro, mantenimiento, etc...

⁶⁵ DOUE L 136/28, de 22.05.2019.

⁶⁶ DOUE L 136/1, de 22.05.2019.

contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, en sus considerandos 23 y 18 respectivamente, señalan que: Los prestadores de plataformas pueden ser considerados vendedores a los efectos de la presente Directiva si actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor en la compraventa de bienes/en el suministro de contenidos o servicios digitales. Además, consideran que los Estados miembros deben seguir teniendo libertad de ampliar la aplicación de tales Directivas a los prestadores de plataformas que no cumplan los requisitos para ser considerados vendedores o empresarios según las mismas. En relación con esta previsión, Morais Carvalho interpreta que, si la plataforma no es parte del contrato principal, los Estados miembros son libres de calificar también al prestador de la plataforma como empresario, considerándolo responsable ante el consumidor por cualquier falta de conformidad del bien, contenido digital o servicio digital⁶⁷. El Real Decreto Ley 7/2021⁶⁸, que transpone a nuestro derecho tales directivas, no ha contemplado tal extensión de responsabilidad para las plataformas, por ello únicamente si la plataforma asume voluntariamente la garantía legal de los bienes responderá de su no conformidad frente al consumidor, o en los casos en que se comprometa a otorgar una garantía comercial. Según el art. 97.bis e) del TRLGDCU el proveedor del mercado en línea facilitará al consumidor “en su caso, las garantías y seguros ofrecidos...”⁶⁹.

⁶⁷ Morais Carvalho, J., (2020). “Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770) – ámbito de aplicación y grado de armonización”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 12, nº 1, p.936. Cauffman, se refiere a esta cuestión, si bien no se posiciona sobre su interpretación. Cauffman, C., “New EU Rules on Business-to-Consumer and Platform-to-Business Relationships”, en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 26, 4, p. 473. Sein, K., Spindler, G., (2019). “The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply”, en *European Review of Contract Law*, vol. 15, 3, p. 261 y García Pérez, R.M., (2020)., “Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 12, Nº 1, p. 880, se pronuncian en el mismo sentido.

⁶⁸ BOE, nº 101, de 28.04.2021.

⁶⁹ Para Álvarez Moreno, M.T., ob.cit. pp. 163 y 164, si el vendedor no está establecido en la UE, y no responde ante la falta de conformidad, el consumidor tendrá derecho a exigir garantía legal al fabricante, y “dado que la plataforma ha intervenido en la contratación, y se ha

Sin perjuicio de lo anterior, cabe plantearse si es posible imputar responsabilidad contractual a la plataforma cuando a través de esta no se ha identificado al tercero contratante; en aras de la protección de la buena fe y la confianza del consumidor, entendemos que sería posible⁷⁰. En este sentido, la sentencia del TJUE, (Sala Quinta), de 9 de noviembre de 2016, asunto C149/15, Sabrina Wathelet contra Garage Bietheres & Fils SPRL (EU:C:2016:840), se planteó si se puede considerar que un intermediario profesional es parte en un contrato de venta entre dos consumidores si no informa adecuadamente al consumidor comprador de la identidad y la condición del vendedor. Aun cuando no se refiere a venta a través de una plataforma, esta sentencia es relevante. El TJUE respondió afirmativamente señalando que: “en virtud de la Directiva 1999/44, la responsabilidad del vendedor debe poder ser exigible al intermediario que crea un riesgo de confusión al dirigirse al consumidor, haciéndole creer que actúa en calidad de propietario del bien objeto de la compraventa” (FJ 41) ...Esta interpretación no depende de si el intermediario percibe o no una remuneración por su intervención” (FJ 45).

Por otra parte, si el comerciante se encuentra bajo el control o dirección de la plataforma, se ha tratado también la posibilidad de que la plataforma responda de los incumplimientos del comerciante, existiendo dificultad a la hora de delimitar cuándo existe tal control o dirección. En este sentido, la propuesta académica de Directiva de plataformas en línea elaborada por el Research Group on the Law of Digital Services, en su art. 18, prevé la responsabilidad del operador de la plataforma por incumplimiento de proveedores en aquellos casos en que el cliente pueda confiar razonablemente en que el

lucrado con ello, debería responder por la falta de conformidad. Es cierto que ningún precepto lo dispone como tal...Se podría exigir el cumplimiento de la garantía legal, por considerar que en estos casos, la plataforma está actuando como importadora de estos bienes en el territorio de la UE, no porque ella directamente los importe, sino porque a través de su canal de venta, vendedores extracomunitarios colocan sus productos en el mercado interior”. Se trata de una propuesta atractiva, si bien, como advierte, carente de regulación.

⁷⁰ Domurath, I., (2018). “Platforms as Contract Partners: Uber and beyond”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 25(5), p. 579.

operador de la plataforma tiene una influencia predominante sobre el proveedor, estableciendo como criterios para evaluar este extremo los siguientes: a. El contrato se celebre exclusivamente a través de herramientas provistas por la plataforma; b. El operador de la plataforma retenga los pagos realizados por clientes; c. Los términos del contrato sean esencialmente determinados por el operador de la plataforma; d. El precio por pagar por el cliente esté determinado por operador de plataforma; e. El operador de la plataforma proporcione una marca comercial o imagen uniforme de los proveedores; f. El marketing o estrategia publicitaria sea fijada por el operador de la plataforma y no por los proveedores; g. El operador de la plataforma monitoree la conducta de proveedores⁷¹. Por su parte las Model Rules on Online Platforms Report elaboradas por el European Law Institute (ELI), se pronuncian en la misma línea, añadiendo en su art. 20 como elementos a considerar para determinar que el operador de la plataforma tiene una influencia predominante sobre el proveedor, que el operador de la plataforma oculta la identidad del proveedor o los datos de contacto hasta después de la conclusión del contrato proveedor-cliente y que el operador de la plataforma se compromete a monitorear la conducta de los proveedores y hacer cumplir sus estándares más allá de lo que exige la ley⁷².

Sin embargo, actualmente el derecho positivo no contempla la responsabilidad de la plataforma por la conformidad de lo adquirido por el consumidor a través de esta, de un tercer comerciante⁷³.

⁷¹ Busch, C., Dannemann, G., Schulte-Nölke, H., Wiewiórska-Domagalska, A., Zoll, F., (2016). Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms”, Journal of European Consumer and Market Law, EuCML, Vol.5, pp. 164-169.

⁷² <https://bit.ly/3lpr863>

⁷³ Jiménez Horwitz, M., “Las responsabilidades de las plataformas en línea en el ámbito del derecho de los contratos: desde la protección de los consumidores hasta la protección de los profesionales y empresarios. Breves reflexiones sobre el Reglamento (UE) 2019/1150, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea” Revista Cesco, 13 de enero de 2020, p.3, señala que: “Las plataformas en línea se sitúan en una posición jurídica muy favorable: se quedan cerca, pero fuera del contrato de consumo, en el límite de la responsabilidad”.

El reparto de obligaciones que hemos tratado, ha de entenderse sin perjuicio de la posible responsabilidad extracontractual de la plataforma por los daños ocasionados al consumidor por los contenidos ilícitos alojados por el comerciante, de la que pueden eximirse las plataformas que mantengan una función de intermediación estricta, técnica, pasiva, neutral (art. 14 de la Directiva 2000/31/CE), siempre que el proveedor del mercado en línea no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o cuando teniendo tal conocimiento actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible. Tal exención de responsabilidad está limitada a la prestación de servicios de alojamiento de datos y no es extensible a otros servicios o actividades efectuados por la plataforma⁷⁴.

Si bien, como propuesta, y aunque respecto a los contenidos alojados, los marketplaces no tienen una obligación general de supervisión⁷⁵, la DSA ha apostado por establecer obligaciones concretas de diligencia debida, básicas aplicables a todos los prestadores de servicios intermediarios, así como obligaciones adicionales para los prestadores de servicios de alojamiento de datos y, más concretamente, plataformas en línea y plataformas en línea de muy gran tamaño. De prosperar esta Propuesta, aunque la adopción de tales obligaciones, aun cuando conlleven una mayor supervisión por parte de la plataforma, no supongan automáticamente una atribución a la misma de responsabilidad, la falta de diligencia de las plataformas en la implantación de las medidas que se contemplan, o su utilización de forma deficiente, impidiendo el conocimiento de la ilicitud de los contenidos alojados al consumidor, o no promoviendo rápidamente su retirada, permitirá exigir responsabilidad a la plataforma por los daños que se pudieran ocasionar al consumidor, en base al

⁷⁴ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. «BOE» núm. 166, de 12/07/2002.(Vid. Arts.14 a 17).

⁷⁵ Art. 15 Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico; art. 7 DSA.

tal contenido ilícito, pudiendo esto extenderse a actividades ilícitas, y quizás, abarcar la no conformidad el bien.

La perspectiva del consumidor ha sido contemplada expresamente por la DSA (art. 5.3), que propone excluir la aplicación de la exención de responsabilidad por puerto seguro, en virtud de la legislación de protección de consumidores, respecto a las plataformas mercado que permiten formalizar contratos en línea entre comerciante y consumidor, cuando dicha plataforma presente el elemento de información concreto, o haga posible de otro modo la transacción concreta de que se trate, de manera que pueda inducir a un consumidor medio y razonablemente bien informado a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporciona por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control (art. 5.3)⁷⁶. Se protege así la buena fe del consumidor, que confía en la apariencia de comerciante de la plataforma.

6. REFERENCIAS

- Álvarez Moreno, M.T., *La contratación electrónica mediante plataformas en línea: modelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (proveedores y consumidores)*, Ed. Reus, Madrid, 2021
- Busch, C., Dannemann, G., Schulte-Nölke, H., Wiewiórska-Domagalska, A., Zoll, F. (Research group on the Law of Digital Services), (2016). “Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms”, *Journal of European Consumer and Market Law*, EuCML, Vol. 5, pp. 164-169.
- Cuena Casas, M., (2020). “La contratación a través de plataformas intermediarias en línea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, núm. 2, pp. 283-348.
- Domurath, I., (2018). “Platforms as Contract Partners: Uber and beyond”, *Maastric Journal of European and Comparative Law*, Vol. 25 (5), pp. 565-581.

⁷⁶ Añade el Considerando 23 de la Propuesta: “...aunque puede que en realidad no sea el caso. En ese sentido, deberá determinarse de manera objetiva, teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes, si la presentación podría inducir a un consumidor medio y razonablemente bien informado a creerlo así”.

- Durovic, M. PhD, LL.M., (2020). “Adaptation of consumer law to the digital age: EU Directive 2019/2161 on modernisation and better enforcement of consumer law”, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, 68 (2), pp. 62-79.
- García Pérez, R.M., (2020). Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, Nº 1, pp. 875-907.
- Gramunt Fombuena, M., (2019). “Contratación de consumo mediante plataformas digitales”, en *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital*, GARCÍA GONZÁLEZ, G., REGINA REDINHA, M., (Dirs.); GUIMARAES, M.R., SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., (Coords.), Dykinson, Madrid, p. 191-216.
- Jiménez Horwitz, M., “Las responsabilidades de las plataformas en línea en el ámbito del derecho de los contratos: desde la protección de los consumidores hasta la protección de los profesionales y empresarios. Breves reflexiones sobre el Reglamento (UE) 2019/1150, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de de intermediación en línea” *Revista Cesco*, 13 de enero de 2020.
- Morais Carvalho, J., (2020). Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770) – ámbito de aplicación y grado de armonización, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, nº 1, pp. 930-940.
- Rodríguez de las Heras Ballell, T., (2006). *El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-Marketplaces)*, Marcial Pons, Madrid.
- Rodríguez de las Heras Ballell, T., (2018). “Una Regulación Europea para las Plataformas Electrónicas: Propuestas en curso y Alternativas” en BLANCO SÁNCHEZ, M. J., (Coord); MADRID PARRA, A., (Dir.); *Derecho mercantil y tecnología*. Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 427-472.
- Rodríguez de las Heras Ballell, T., (2020). “La contratación en plataformas electrónicas en el marco de la estrategia para un mercado único digital en la unión europea”, en MARTENS JIMÉNEZ, I. L., PASTOR GARCÍA, A., (Coords), CASTAÑO CASTRO, P., CASTILLO PARRILLA, J. A., (Dirs); *El mercado digital en la Unión Europea* Reus, Madrid, pp. 93-123.
- Sein, K., Spindler, G., (2019). “The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply”, en *European Review of Contract Law*, vol. 15, 3, pp. 257-279.

LA GOBERNANZA DEL OCÉANO ÁRTICO: ¿ES CHINA UNA AMENAZA O UN REFUERZO PARA LA COOPERACIÓN ÁRTICA?

ARMANDO ÁLVAREZ ALVITE
Universidad de León

1. INTRODUCCIÓN

El cambio climático supone que las regiones heladas del océano Ártico sean navegables en ciertas épocas del año y previsiblemente sean navegables durante todas las estaciones en un futuro no muy lejano. Este deshielo favorecería asimismo la explotación de los abundantes recursos naturales que se encuentran en el lecho marino del Polo. En este sentido, el Ártico cuenta con el 25% de las reservas mundiales de petróleo, así como importantes cantidades de gas, oro, hierro y otros metales (Coston, 2008, p. 152).

Todo ello ha acelerado las reclamaciones territoriales por parte de los Estados ribereños (Estados Unidos, Canadá, Dinamarca, Noruega y Rusia), especialmente sobre las plataformas continentales, cuya delimitación jurídica se encuentra contemplada en la parte VI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (CNUDM).

Una de las disputas más significativas es la que mantienen Canadá y Estados Unidos (EEUU) sobre el Paso del Noroeste (Watson, 2009, p. 320). Esta ruta permite acortar considerablemente la distancia y el tiempo recorridos en el comercio entre Europa y Asia. El inconveniente es que hay que hacer uso de los costosos barcos rompehielos y la carga transportada ha de reducirse. Esto se debe fundamentalmente a la peligrosidad del itinerario y a sus condiciones extremas.

Estados Unidos mantiene que el Paso del Noroeste es un estrecho internacional en el que ha de aplicarse la libertad de navegación (Joyner,

2009, p. 231). No obstante, no podemos olvidar que Estados Unidos no es miembro de la CNUDM (Wishnick, 2017, p. 44; Clote, 2008, p. 242). El país norteamericano se encontraría en una posición bastante delicada en caso de que la Comisión de límites de la plataforma continental (en inglés *Commission on the Limits of the Continental Shelf*, CLCS) reconociera las reclamaciones soberanas del resto de Estados árticos.

Por su parte, los canadienses enviaron un informe a la CLCS en 2019 a fin de sostener su reclamación. En dicho escrito señalan, entre otras cosas, que las crestas de Lomonosov y Mendeleev son una prolongación sumergida de la masa terrestre de Canadá. Habrá que aguardar a que la Comisión formule las recomendaciones que estime convenientes de conformidad con el art. 76 de la CNUM, una vez concluya el examen de la presentación canadiense (Canada, 2019).

Asimismo, cabe traer a colación que Rusia también reclama su soberanía sobre esta región a través de su informe revisado de 2015, en el que aporta nuevos datos a la CLCS. Además, los rusos presentaron dos adendas en 2021. En una de ellas se referían específicamente a las dos cordilleras mencionadas con antelación (Russian Federation, 2015; Russian Federation, 2021a; Russian Federation, 2021b).

Cabe poner de relieve de igual manera la disputa que mantienen Dinamarca y Canadá sobre la Isla de Hans (Jarashow, Runnels y Svenson, 2007, p. 1647), la reclamación de Noruega sobre el mar de Barents (Jares, 2009, p. 1285), así como la pertenencia de Islandia, Finlandia y Suecia al Consejo Ártico con la consideración de “Estados árticos” (a pesar de ello, no podrían realizar reclamaciones de soberanía sobre la plataforma continental ártica, debido a que ninguno de los tres es Estado ribereño).

A todo esto, habría que sumarle la aparición de un actor internacional inesperado en el conflicto: China.

2. CONTEXTO E INTERÉS CHINO EN EL ÁRTICO

Primeramente, cabe poner de relieve que China es considerada la segunda economía mundial, solo por detrás de EEUU (Pelaudeix, 2015,

p. 132). Destaca su crecimiento económico en los últimos años, así como sus deseos de expansión comercial. Precisamente esta expansión ha provocado que los chinos hayan dirigido su mirada hacia las heladas aguas del océano Ártico.

Fue ya en 1925 cuando China se convirtió en Estado parte del Tratado de Svalbard (1920). Este texto de 1920, otorga a los signatarios derechos comerciales sobre los recursos del archipiélago de Svalbard, situado al norte de Noruega, en medio del océano Ártico (Pelaudeix, 2015, p. 133; Huirong, Yue y Yitong, 2012, p. 361-362).

Por otro lado, desde el año 2013 China es Estado observador del Consejo Ártico (Pelaudeix, 2015, p. 131). Cabe destacar igualmente, que en mayo de 2009 el Consejo Ártico le denegó a China el estatus de Estado observador (Huirong, Yue y Yitong, 2012, p. 377).

En enero de 2018, China se declaró a sí misma como un “Estado cercano al Ártico” (“Near Arctic-State” en inglés) en un libro blanco oficial titulado “Política ártica de China” (Yaxin, 2020, p. 2). Según los científicos chinos, hay tres parámetros que definen a los Estados árticos. Serían la distancia geográfica, las conexiones de transporte y la influencia mutua.

En cuanto al primero de estos criterios, China está situada a más de 1000 kilómetros del círculo Ártico y es adyacente al Estado ártico más extenso, es decir, Rusia. En lo que concierne al segundo, el río Obi, que transcurre por Rusia y desemboca en el Ártico, nace en China. Así, la costa china estaría conectada con la costa ártica. El Obi destaca por ser una ruta migratoria de aves en el Ártico (Yaxin, 2020, p. 3).

Respecto a la influencia mutua, debe señalarse el proceso del cambio climático. Particularmente, el aumento del nivel del mar en el Ártico afecta directamente a la costa este de China. Este aumento del nivel del mar ha provocado en esta región fenómenos como lluvia gélida, fuertes nevadas y heladas severas.

A pesar de todo esto, como puntualiza el propio Yaxin (2020, p. 2), lo cierto es que el gigante asiático no puede sostener reclamaciones soberanas en el Ártico debido a que no es Estado ribereño.

¿Cómo puede justificarse entonces la presencia china en esta zona del planeta? La respuesta es a través de expediciones científicas y de fuertes inversiones de capital.

Efectivamente, China ha realizado varias expediciones en el Ártico. La primera fue en 1999. En la primera década de los años 2000 realizó tres más -2003, 2008 y 2010- (Huirong, Yue y Yitong, 2012, p. 362).

De hecho, fue en 2004 cuando se abrió la *Arctic Yellow River Station* en el archipiélago de Svalbard (Pelaudeix, 2015, p. 134; Huirong, *et al.*, 2012, p. 362). Este fue el primer centro de investigación científico chino en el Ártico.

Por otro lado, desde el año 2010, la ruta del mar del Norte ha estado constantemente libre de hielo durante los meses finales del verano cada año, llegando a ser navegable durante seis semanas en 2014 (Rainwater, 2015, p. 120). Esto ha sido aprovechado por China, que fue el Estado que hizo un uso más frecuente de las aguas árticas en 2017, con seis barcos que atravesaron dicha ruta (Liu, 2018, p. 57). Destaca particularmente la travesía de 2017 en la que el rompehielos chino *Xuelong* (en chino “Dragón de Nieve”) consiguió cruzar el Paso del Noroeste.

Esta travesía, como señalan Lajeunesse y Choi (2021, p. 5), permite ahorrar unos 3700 kilómetros entre Shangái y Nueva York, comparándolo con el tradicional itinerario que cruza el Canal de Panamá.

Asimismo, en el verano de 2018, más de 10 barcos mercantes chinos atravesaron la ruta ártica (Gong, 2018, p. 480). Más recientemente, en septiembre de 2021, el barco *Xuelong 2* retornó a su país de procedencia, dando por finalizada la decimosegunda expedición China en el Ártico. El personal de la expedición concentró sus esfuerzos en la protección del entorno ecológico del Ártico, así como en estudiar el cambio climático (China Radio Internacional, 2021, 29 de octubre).

Por otro lado, China busca potenciar la cooperación empresarial internacional para así ganar acceso a las reservas de combustibles fósiles en la zona norte del planeta. El interés principal del país asiático en el Ártico es el de diversificar su suministro energético. Para los chinos reviste particular interés la extracción del gas natural noruego y ruso, para

su posterior importación a través del Ártico y el Pacífico Norte. De esta manera, evitarían atravesar el canal de Suez y el estrecho de Malaca (Amiel, 2021, 20 de mayo).

Los chinos son conscientes de que no pueden acceder a estos recursos mediante el marco jurídico aplicable, es decir, el derecho del mar. Nos estaríamos refiriendo concretamente a la CNUDM, de la que China es signataria (Rosene, 2016, p. 563). En virtud de este texto, China simplemente puede disfrutar de la libertad de navegación en el alta mar, derechos de pesca e investigación (Huirong, *et al.*, 2012, p. 362), pero no puede obtener los abundantes recursos de las plataformas continentales árticas. Profundizaremos en esta cuestión más adelante.

Sin embargo, nada impide al gigante asiático realizar importantes inversiones de capital en las empresas de los Estados árticos, tanto ribereños como no ribereños (Gong, 2018, p. 480).

Así, en 2013, los chinos adquirieron un 20% de la *Yamal Liquefied Natural Gas Project*, una empresa rusa de gas natural (Pelaudeix, 2015, p. 134). Asimismo, en 2017, la compañía de energía rusa Novatek puso en funcionamiento una planta de desarrollo de gas natural licuado en la península siberiana de Yamal, financiada en aproximadamente un 30% por la Corporación Nacional del Petróleo de China y por un fondo de inversión estatal de este país. Esta última inversión le ha permitido a China asegurarse unos cuatro millones de toneladas de gas natural licuado al año (Fernández, 2018, 3 de abril).

Por otro lado, en 2014, los chinos realizaron importantes inversiones de este tipo en Islandia y en Groenlandia. Esta última isla es especialmente abundante en “tierras raras”. En un principio, la licencia para explotar el yacimiento de Kuannersuit fue otorgada a la compañía australiana *Greenland Minerals* en 2007, cuyo principal accionista es la empresa china *Shenghe Resources* (Gil, 2021, 13 de octubre).

Tal y como subraya Pelaudeix, el país asiático domina el mercado de estos minerales, esenciales para el desarrollo de nuevas tecnologías y desea mantener esta hegemonía. Tanto Estados Unidos como Rusia, e incluso la Unión Europea (UE), dependen de las exportaciones chinas de tierras raras (Pelaudeix, 2015, p. 136-138).

Rusia y el resto de los países precisan aceptar el capital chino, ya que este es esencial para construir y desarrollar las infraestructuras necesarias para explotar los recursos del Ártico (Rainwater, 2015, p. 136).

3. OBJETIVOS Y POLÍTICA CHINA EN EL ÁRTICO

Los objetivos chinos en el Ártico han de entenderse desde la óptica de las siglas BRI. La propuesta *Belt and Road Initiative* (en adelante BRI), que en castellano se podría traducir como “un cinturón, una ruta”, fue presentada en Kazajistán por el Presidente chino Xi Jinping en 2013 (Liu, 2018, p. 55). Asimismo, en julio de 2015, el Gobierno chino aprobó una nueva ley de seguridad nacional que expresaba su deseo de explorar pacíficamente y utilizar el espacio, el lecho internacional marino y las regiones polares (Ren y Liu, 2018, p. 203-204; Wishnick, 2017, p. 25).

Sin embargo, no sería hasta junio de 2017 cuando el Gobierno chino hiciese pública la “Visión para la cooperación marítima en el marco de la BRI”, siendo la primera propuesta sistemática que contenía ideas y proyectos para promover la cooperación marítima en la mencionada iniciativa (Yingqin, 2019, p. 29).

Los principios de la Visión de 2017 se fijan en aprovechar el océano como base para mejorar el bienestar común, el desarrollo de la economía marítima, así como la constitución conjunta de una cooperación marítima sin obstáculos, segura y eficiente (Ping, 2021, p. 9).

Más concretamente y, a fin de conseguir un uso más sostenible de los océanos, los esfuerzos chinos se centrarán en impulsar el crecimiento económico “azul” (en referencia a las rutas oceánicas) y en fomentar la reestructuración “verde” (la “economía verde” se concentra no solo en el medioambiente, sino también en aspectos sociales. Se trata de una economía que se traduce en una mejora del bienestar humano y de la equidad social, reduciendo al mismo tiempo de forma significativa los riesgos medioambientales y las escaseces ecológicas (Huarte Melgar, 2013, p. 332). En este sentido, resultan de interés las apreciaciones de Yingqin (2019, p. 32).

En las próximas líneas analizaremos el establecimiento de la denominada “Ruta de la Seda Polar” y la creación de un “cinturón verde” (en inglés *Green Belt*) en torno al Ártico.

3.1. LAS RUTAS ECONÓMICAS AZULES. LA RUTA DE LA SEDA POLAR

Tradicionalmente China concedía una mayor prioridad a su superficie terrestre que a los mares, puesto que consideraba a estos únicamente como una barrera natural contra la invasión extranjera. Por ello, cualquier desarrollo y utilización del océano se ha limitado durante mucho tiempo a los beneficios inmediatos de la pesca, la fabricación de sal y como una vía de transporte conveniente (Ping, 2021, p. 2). La situación es totalmente diferente en la actualidad.

En una declaración oficial del presidente Xi Jinping en 2013, se puso de relieve que la transformación de China en una potencia marítima es una parte crucial de la causa del socialismo chino y, por lo tanto, es necesario seguir estudiando y gestionando el océano (Ping, 2021, p. 10).

Posteriormente, con la promulgación de la Visión para la cooperación marítima en el marco de la BRI de 2017, se sugirió centrar los esfuerzos chinos en la creación de tres pasajes o rutas económicas azules: 1. China-océano Índico-África-mar Mediterráneo; 2. China-Oceanía-Pacífico Sur; 3. China-océano Ártico-Europa (Yingqin, 2019, p. 29).

La doctrina y, especialmente la prensa, han denominado a esta última como la “Ruta de la Seda Polar” o la “Ruta de la Seda del siglo XXI”, comparándola con la histórica ruta de la seda.

Esta Ruta marítima de la Seda del siglo XXI está diseñada para navegar desde la costa china hasta Europa, a través del mar de la China Meridional y el océano Índico, en una dirección; y de la costa china, hasta el Pacífico Sur, a través del mar de la China Meridional, en la otra (Liu, 2018, p. 55).

Este itinerario ostenta una importancia capital por dos motivos. El primero es que el océano Ártico conecta Asia, Europa y Norteamérica. Aproximadamente el 90% del comercio internacional entre los tres

continentes tiene lugar en el hemisferio norte (Yingqin, 2019, p. 29). Podemos deducir entonces que esta ruta podría convertirse en un trayecto de capital importancia para el comercio internacional.

Su importancia para China es crucial también. En este sentido, cabe subrayar que, tal y como apunta Liu (2018, p. 55), la *China Ocean Shipping Company* (COSCO) empezó a utilizar la ruta del noroeste como una ruta comercial marítima hacia Europa en el verano de 2017.

En segundo lugar, este itinerario fomentaría la cooperación de China con los países adyacentes a esta zona del planeta, que asimismo son economías muy desarrolladas. Estaríamos hablando básicamente de los ocho Estados árticos ya mencionados al comienzo de este estudio. Debido a que los países nórdicos son Estados con costa, el comercio marítimo juega un rol de capital importancia para sus economías nacionales.

Finalmente, Xu Ping destaca que la propuesta y puesta en marcha de la Ruta marítima de la Seda del siglo XXI tendrá un doble impacto en la protección de los derechos e intereses marítimos de China.

Por un lado, el establecimiento de la ruta requiere que China mantenga un alto grado de confianza política e interacciones fiables con los países situados a lo largo de la ruta. Esto supone un reto para China cuando trata de garantizar la estabilidad de las relaciones con terceros interesados, al tiempo que salvaguarda sus propias reivindicaciones marítimas.

Por otro lado, la implantación de esta vía marítima creará lazos más estrechos en los ámbitos de la economía, el comercio y la cultura. Asimismo, incrementará las interrelaciones personales entre los países situados a lo largo de la travesía, lo cual se espera que traiga consigo condiciones favorables para aliviar las tensiones y promover las negociaciones y consultas para así resolver las disputas actuales (Ping, 2021, p. 9-10).

3.2. LA CONSTRUCCIÓN DE UN CINTURÓN VERDE CHINO

El cambio climático, reconocido como una realidad incuestionable por el cuarto informe de evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (en inglés *Intergovernmental Panel on Climate Change*, IPCC) en 2007, podría calificarse como la principal amenaza para el Ártico, ya que provoca la rápida desaparición de su capa de hielo verano tras verano (Huarte Melgar, 2013, p. 329).

Tal y como admite el propio Consejo Ártico, las actividades que tienen lugar fuera de la región ártica son las principales responsables de los efectos del cambio climático y la contaminación en el Ártico. Por lo tanto, dada su amplia cobertura geográfica, hay que contemplar cuidadosamente el impacto de la BRI en el cambio climático (Liu, 2018, p. 59).

No obstante, es necesario recordar que una de las grandes preocupaciones chinas se fija precisamente en el cambio climático, pues este parece afectarles de lleno. Efectivamente, China concede gran importancia a esta cuestión y la aborda activamente. Sobre este particular, ha hecho importantes contribuciones a la conclusión del Acuerdo de París de 2016. Asimismo, la administración meteorológica china ha venido realizando investigaciones continuas sobre los efectos del cambio climático en el Ártico, en particular los efectos del dipolo ártico en el hielo marino de la región.

Además, China valora la protección del entorno natural y los ecosistemas únicos del Ártico. El país asiático ha concluido el seguimiento y los estudios a largo plazo con respecto a los contaminantes orgánicos persistentes en la región con el apoyo de la *Arctic Yellow River Station*, situada en Svalbard, y el buque de investigación *Xue Long*.

Igualmente, China participó en las seis rondas de negociaciones del Acuerdo para prevenir la pesca no regulada en alta mar en el océano Ártico central y contribuyó en gran medida a su conclusión final, a fin de promover eficazmente la conservación de los recursos pesqueros en el océano Ártico (The Peoples's Republic of China 2018 Observer Review Report to the Arctic Council, 2019, p. 149-150).

Por otro lado, no debemos olvidar que la Visión para la cooperación marítima en el marco de la BRI de 2017, afirma que China está dispuesta a salvaguardar el ecosistema marino y la biodiversidad, promover la protección del medio ambiente marino regional y reforzar la cooperación para hacer frente al cambio climático (Liu, 2018, p. 59).

Efectivamente, la BRI Verde tiene dos dimensiones. La primera de ellas trata de instar a las empresas chinas a cumplir la normativa medioambiental internacional, así como la legislación y las normas medioambientales locales de los países por los que transcurre la ruta. La segunda es exportar las normas medioambientales chinas a países con niveles de desarrollo inferiores a los de China a lo largo de la ruta (Liu, 2018, p. 59).

Uno de los últimos avances relacionados con la BRI verde fue el *Belt and Road Initiative International Green Development Coalition* de 2019. Se trata de una nueva vía para aumentar la sostenibilidad medioambiental de la BRI. Esta vio la luz en el segundo Foro de la BRI para la Cooperación Internacional que tuvo lugar en Pekín en abril de 2019 (Dezan Shira & Associates, 2021, 12 de noviembre).

4. RÉGIMEN LEGAL APLICABLE AL ÁRTICO

Actualmente, no hay un régimen jurídico integral que gobierne el Ártico. El marco jurídico aplicable a esta región consiste más bien en un mosaico de tratados internacionales (un buen ejemplo es el ya mencionado Tratado de Svalbard de 1920), varios acuerdos regionales y subregionales, así como normativa nacional y acuerdos de *soft law* (Rainwater, 2015, p. 131).

No obstante, debemos recordar que el Ártico es un espacio preeminentemente marino, donde convergen las plataformas continentales de cinco Estados ribereños (los *Arctic five*). Una buena parte de la doctrina sostiene que el Ártico no es *terra nullius* y que no se le puede aplicar la teoría de los sectores. Por tanto, parece que el texto jurídico aplicable a esta región del planeta es la CNUDM (Huirong, *et al.*, 2012, p. 367).

4.1. LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR

La CNUDM es un conjunto completo de leyes que abarca normas marítimas centenarias, al tiempo que aborda cuestiones políticas, económicas y medioambientales modernas (Byers, 2013, p. 6; Rosene, 2016, p. 568).

En primera instancia, no debemos olvidar que el Ártico es también una región helada debido a sus bajas temperaturas. Sin embargo, sólo una disposición de toda la Convención trata específicamente las regiones que cuentan con la presencia de hielo. Estaríamos hablando del artículo 234 de este texto que dispone lo siguiente:

“Los Estados ribereños tienen derecho a dictar y hacer cumplir leyes y reglamentos no discriminatorios para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino causada por buques en las zonas cubiertas de hielo dentro de los límites de la zona económica exclusiva, donde la especial severidad de las condiciones climáticas y la presencia de hielo sobre esas zonas durante la mayor parte del año creen obstrucciones o peligros excepcionales para la navegación, y la contaminación del medio marino pueda causar daños de importancia al equilibrio ecológico o alterarlo en forma irreversible. Esas leyes y reglamentos respetarán debidamente la navegación y la protección y preservación del medio marino sobre la base de los mejores conocimientos científicos disponibles”.

Resulta recomendable el análisis pormenorizado de Solski (2021) sobre el referido artículo. Como puede observarse, esta disposición no clarifica el estatus jurídico del Ártico, sino que se limita a garantizar la preservación del ecosistema marino. No queda más remedio que acudir a las disposiciones generales que regularizan la plataforma continental, las aguas interiores, la zona económica exclusiva (ZEE), el alta mar, etc.

Según el artículo 76.1 CNUDM la plataforma continental de un Estado ribereño comprende:

“el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todos lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia”.

El límite exterior de la plataforma continental no podrá exceder de las 350 millas marinas contadas desde las líneas de base (Art. 76.5 CNUDM; Cassotta, *et al.*, 2015, p. 206).

En lo que concierne a los derechos de soberanía sobre la plataforma continental, estos pertenecen al Estado ribereño. Por tanto, es el Estado ribereño quien tiene derecho a la explotación y la explotación de los recursos naturales que se hallen en dicha zona.

Dichos derechos soberanos, son exclusivos e independientes de la ocupación real o de toda declaración expresa en este sentido. Esto quiere decir que el hecho de que el Estado ribereño no explote los recursos de su plataforma continental, “no concede a los demás Estados el derecho a realizar actividades en este espacio, salvo con el consentimiento expreso del Estado ribereño” (Jiménez Piernas, 2011, p. 319).

Asimismo, en la zona económica exclusiva, es el Estado ribereño quien conserva los derechos absolutos sobre los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, del lecho y del subsuelo marinos (Art. 56.1 CNUDM).

Sólo más allá de la plataforma continental, los recursos de los fondos marinos se consideran “patrimonio común de la humanidad”. Estaríamos hablando de la Zona internacional de los fondos marinos y oceánicos (ZIFMO), un lugar en el que ningún Estado tiene permiso para ejercer soberanía o derechos soberanos sobre la Zona o sus recursos (Rainwater, 2015, p. 134).

4.2. LA POSTURA CHINA RESPECTO A LA CNUDM

Dado que China no ostenta reclamación alguna sobre el Ártico basada en la geografía o en nexos culturales, debe buscar otras fórmulas para

justificar su presencia en la región. Los lazos que reivindica Pekín son más generales que los que acabamos de mencionar.

Ya hemos hecho referencia al impacto derivado del calentamiento global en las costas de China, así como de su mayor uso de la tecnología de los rompehielos para facilitar la investigación en el Ártico. También hemos comentado que China está estableciendo relaciones beneficiosas con algunos Estados árticos, intercambiando inversiones por derechos de explotación.

Analizaremos a continuación las principales cuestiones legales relevantes para intentar comprender mejor la interpretación que hace China de la CNUDM, así como su posición en la gobernanza del Océano Ártico.

En primer lugar, destaca la postura china en relación con el mar de la China Meridional. El país asiático ratificó la CNUDM entendiendo que no afectaba a sus reclamaciones soberanas sobre todas las islas y regiones comprendidas en estas aguas (Cassotta, *et al.*, 2015, p. 204).

Merece también especial mención la renuncia explícita de China en la que rechazaba el arbitraje internacional para la resolución de conflictos marítimos. A este respecto, China hizo una declaración oficial tras la ratificación de la CNUDM el 25 de agosto de 2006. La declaración de China en virtud del artículo 298 de la CNUDM afirma que "el Gobierno de la República Popular China no acepta ninguno de los procedimientos previstos en la Sección 2 de la Parte XV de la Convención con respecto a todas las categorías de controversias las que se refiere el párrafo 1 (a) (b) y (c) del artículo 298 de la Convención".

Por otro lado, en 2016, la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) dictaminó, entre otras cosas, que China había violado los derechos soberanos de Filipinas, ya que las formaciones rocosas objeto del litigio formaban parte de la zona económica exclusiva de este último (Pineros Polo, 2018, p. 19).

Destaca, asimismo, la negación por parte de China del derecho al paso inocente (recogido específicamente en el artículo 19 CNUDM) de buques de guerra en su mar territorial sin contar con autorización previa (Jingchao y Wegge, 2014, p. 294).

Por otro lado, habría que reflexionar sobre la forma en que China interpreta el concepto de “patrimonio común de la humanidad”. La CNUDM utiliza la noción de patrimonio común para referirse a la ZIFMO, tal y como hemos mencionado previamente. Por otro lado, la Convención afirma que el alta mar “no pertenece a nadie”, pues ostenta la consideración de *res commune* y *res nullius* (Cassotta, *et al.*, 2015, p. 204-205).

El alta mar está regulado por la Parte VII de la CNUDM. Se trata de una zona que se extiende a partir de la zona económica exclusiva, en la que opera la “libertad del alta mar”. Según la libertad del alta mar, cualquier Estado (con independencia de que sea ribereño o no) podrá navegar libremente, así como disfrutar de la libertad de pesca y de investigación científica, entre otros beneficios (Véanse artículos 86 y 87 CNUDM).

Según Alexeeva y Lasserre (2012, p. 83), desde Pekín se está intentando tergiversar el propio lenguaje de la CNUDM para intentar demostrar que el Ártico y sus recursos son patrimonio común de la humanidad. Es la manera a través de la que China estaría intentando ampliar su estrategia global.

Sin embargo, Huirong, *et al.* (2012, p. 378) afirman que la posición de China en el Ártico no debe interpretarse en la línea de considerar el Ártico como “patrimonio común de la humanidad”. China respeta la soberanía de los Estados ribereños en el Ártico. Por tanto, parece lógico deducir que el concepto de patrimonio común de la humanidad no es aplicable a todo el Ártico, debido fundamentalmente a que es contradictorio con el principio de soberanía. Según estos autores, China se limita a afirmar que el Ártico es una zona de “interés común para la humanidad”, abogando por la cooperación internacional para intentar paliar los efectos del cambio climático.

En todo caso, parece quedar patente que China hace uso del derecho internacional y, particularmente, de la CNUDM de modo arbitrario, pero no muestra una línea coherente. En unas ocasiones parece acatar sus disposiciones, pero en otras, las ignora e incluso las quebranta flagrantemente (Rosene, 2016, p. 564). No obstante, lo mencionado en

estas líneas no significa que China vaya a persistir en este tipo de comportamiento en la región ártica.

Algunos expertos en la materia sostienen que todo parece indicar que China va a seguir la misma senda pacífica que viene utilizando hasta ahora en el Ártico, la cual, ha dado ya sus frutos. Nos estamos refiriendo a la cooperación internacional, la investigación científica, el cuidado del medioambiente y las inversiones de capital (Alexeeva y Lasserre, 2012, p. 85-86; Cassotta, *et al.*, 2015, p. 206).

Lo que sí parece claro es que no es necesario asumir riesgos innecesarios. Las actuaciones de China en el mar de la China Meridional, llegando incluso a hacer uso de la fuerza para lograr sus propósitos expansionistas, deben de servir como advertencia y quizá como acicate para intentar llegar a algún tipo de solución jurídica en el Ártico.

5. SITUACIÓN ACTUAL DEL ÁRTICO Y ALTERNATIVAS JURÍDICAS

En este último apartado vamos a tratar de presentar las posibles soluciones al conflicto de la gobernanza del Ártico, habida cuenta de la irrupción de China en el mismo.

5.1. LA MILITARIZACIÓN DEL ÁRTICO

Cierto sector de la doctrina ha mostrado su preocupación debido a que China pueda ser una amenaza para la seguridad del Ártico. No obstante, otros afirman que la aparición del gigante asiático podría reforzar la gobernanza ártica, así como los marcos jurídicos existentes (Ren y Liu, 2018, p. 205).

Debido al desarrollo acelerado del Ártico de los últimos años, la competencia geopolítica entre Estados Unidos, Rusia y Europa en la región se ha intensificado. Además, las divergencias internas entre los países árticos se han hecho más y más evidentes (Yingqin, 2019, p. 42).

Como consecuencia, se ha producido una remilitarización del Ártico, especialmente después de la espiral de tensiones entre Moscú y

occidente, tras la anexión rusa de la península ucraniana de Crimea en 2014 (Amiel, 2021, 20 de mayo).

Rusia ha renovado las infraestructuras de la época de la Guerra Fría, ha construido nuevas bases, ha vuelto a realizar bombardeos de largo alcance y ha restablecido sus patrullas marítimas. Las mejoras militares incluyen también la puesta en marcha de submarinos y buques armados con misiles. Estaríamos ante la mayor flota de rompehielos del mundo. Los rusos cuentan también con una brigada ártica específica (Wither, 2021, p. 4-5).

Este aumento de la presencia rusa en la zona más norte del planeta ha provocado miradas de recelo entre algunos Estados miembros de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), especialmente EEUU.

Después de algunas indecisiones la OTAN decidió responder con el restablecimiento de sus patrullas navales anti-submarinas en los mares de Noruega y de Barents (Wither, 2021, p. 5). Los otros tres Estados árticos ribereños, Canadá, Dinamarca y Noruega, llevan años intentando instaurar también bases militares en el Ártico (Demidov, Mokhorov y Mokhorova, 2020, p. 3-4).

Sin embargo, esto no ha supuesto el fin de las actividades militares rusas en el Ártico. A finales de marzo de 2021, tres submarinos nucleares rusos fueron vislumbrados en la zona. Estos habrían atravesado varios metros de hielo en el archipiélago ruso de Francisco José, a 900 kilómetros del Polo Norte. Asimismo, un grupo de soldados de la brigada ártica fueron avistados realizando maniobras en esas mismas islas. Varios aviones de combate MiG-31, fueron igualmente divisados mientras sobrevolaban el Polo.

Parece además que los rusos estarían utilizando la zona como campo de pruebas de nuevas armas, que oscilarían entre misiles de crucero hipersónicos, hasta torpedos estratégicos nucleares (Spohr, 2021, 8 de julio).

La doctrina no considera que los hechos aquí relatados sean el prelude de un conflicto bélico inevitable. Lo que sí es cierto es que la comunidad internacional muestra su inquietud debido a este aumento de la

actividad militar en la región más norte del planeta (Wither, 2021, p. 6; Nyhamar, 2019).

La irrupción de China en el Ártico no ha hecho sino acrecentar este nerviosismo. A pesar de que los intereses de China en materia de investigación polar son sin duda genuinos, algunos académicos sugieren que Pekín desea disimular sus verdaderos intereses en la región (Rainwater, 2015, p. 120-130).

5.2. POSIBLES SOLUCIONES A LA DISPUTA POR LA GOBERNANZA ÁRTICA

Ante la incuestionable realidad de la irrupción China en el panorama ártico, la regulación jurídica de la región parece necesaria. Esta reglamentación habría de incluir también de alguna forma a Estados no árticos, para que participaran equitativamente, sin riesgos para la seguridad de la región. De lo contrario, podríamos encontrarnos con una lucha descontrolada por los hidrocarburos y, en última instancia, un ecosistema destruido (Rosene, 2016, p. 567).

La doctrina ha propuesto diversas posibilidades para resolver el conflicto de la gobernanza del Ártico. Nos referiremos a continuación a las más destacables.

Una solución clásica pasaría por crear un Tratado Ártico usando como modelo el Tratado Antártico de 1959. Se atribuye a este último el mérito de que consiguió acabar con las reclamaciones sobre la Antártida. Logró en definitiva que los distintos Estados con intereses en la Antártida convivieran de forma pacífica desde entonces. Es lo que se conoce con el nombre de “congelación de las disputas”. Resulta oportuno en este punto el trabajo de Watson (2009).

Sin embargo, no podemos olvidar que la Antártida es una zona eminentemente continental, al contrario que el Ártico. Esta naturaleza marca una diferencia notable a la hora de comparar el Tratado de la zona más meridional del globo con la hipótesis que presentamos aquí. Evidentemente, las disposiciones de un hipotético Tratado Ártico distarían en gran medida de las que contiene el Tratado Antártico, ya que la zona norte de la Tierra es en su mayoría océano.

Quizá una opción más viable podría pasar por la creación de un texto jurídico de similares características al Tratado de Svalbard, en el que fueran los Estados árticos los que delimitaran sus aguas interiores, mar territorial, zona económica exclusiva y plataforma continental. La plataforma continental externa, el alta mar y la Zona internacional de los fondos marinos y oceánicos (ZIFMO) pasarían a formar parte del patrimonio común de la humanidad.

Asimismo, quedarían garantizados los principios de libertad de navegación, libertad de pesca y libertad de investigación, así como la prohibición de realizar actividades militares en la zona. De esta forma, Estados no árticos como China podrían participar y disfrutar de los beneficios de esta zona del planeta. Igualmente, se podría incluir en este texto el aspecto medioambiental ya mencionado previamente, que tanta incertidumbre está causando entre la comunidad científica (Huirong, *et al.*, 2012, p. 369).

Una tercera posibilidad pasaría por desarrollar la CNUDM, de tal forma que se diera cabida a un régimen específico del océano Ártico (Rong y Yue, 2009, p. 6-9). Se trataría de garantizar los mismos principios mencionados con anterioridad, pero con el respaldo de las Naciones Unidas.

Consideramos esta opción como la más viable de las tres que se han presentado en este estudio, debido en gran medida a que casi todos los Estados envueltos en el conflicto han ratificado la Convención. Se utilizaría de esta forma un marco jurídico ya existente en lugar de crear uno *ex novo*, en el que los Estados enfrentados cedieran sus derechos soberanos por propia voluntad.

Esta alternativa ayudaría igualmente a garantizar que las naciones con grandes expectativas comerciales como China, tuvieran acceso a los recursos del Ártico, pero de una manera más estructurada (Rosene, 2016, p. 569).

Efectivamente, el Ártico necesita un conjunto de normas específicas aplicables a su realidad. Teniendo en cuenta el despliegue militar ruso y la política expansionista China, quizá lo más conveniente sería no asumir riesgos innecesarios y seguir esta alternativa, aprovechando la CNUDM como marco jurídico ya existente.

Coincidimos con Peter Rosene al sostener que se debería de aprovechar asimismo la existencia del Consejo Ártico, puesto que este organismo ya está adecuadamente equipado en la actualidad para tratar los problemas políticos, económicos y medioambientales del Ártico.

El Consejo Ártico sería probablemente la institución mejor situada para implementar el derecho del mar en la región. Se trata de una institución que se reúne de forma semirregular y cuenta con una estructura interna de miembros permanentes y miembros observadores (Rosene, 2016, p. 568).

Debemos recordar nuevamente que China es Estado observador del Consejo Ártico. Destaca la contribución que lleva a cabo el país asiático con los objetivos del Consejo, realizando una labor pragmática de investigación y protección del medioambiente de esta zona.

Esto último, sumado al hecho de que China es signataria de la CNUDM, podría conducir a que esta reconociera que efectivamente existe un marco jurídico aplicable al Ártico, basado en las hipotéticas disposiciones específicas de la CNUDM, y que lo respeta totalmente (Huirong, *et al.*, 2012, p. 131-132).

En definitiva, esta hipotética solución permitiría que Estados no árticos como China pudieran participar equitativamente en el Ártico, sin hacer peligrar las relaciones con el resto de Estados árticos. El desarrollo específico de la CNUDM y su aceptación por parte de China, demostraría a la comunidad internacional que esta acata el derecho internacional. Mostraría también que el país asiático busca soluciones justas y razonables a las disputas, a través de la negociación y la cooperación. Todo ello permitiría reforzar la confianza de los Estados árticos en China (Ping, 2021, p. 10-11).

Con todo, esta alternativa no se encuentra tampoco desprovista de problemas. Uno de ellos y no menor, es que EEUU no ha ratificado la CNUDM (Kunoy, 2007, p. 469). En este sentido, sería interesante que EEUU, como Estado ártico y primera potencia económica mundial, avanzara en este punto y ratificara la Convención (Rosene, 2016, p. 569). Esto serviría muy probablemente para desencallar, en un futuro más cercano, la disputa por la gobernanza del Ártico.

No obstante, este obstáculo no parece ser del todo insalvable debido a que la CNUDM es, con frecuencia, considerada como legalmente aplicable por los tribunales norteamericanos (Clote, 2008, p. 243).

Finalmente, en lo que respecta al Consejo Ártico, Bloom destaca que este conforma un foro de alto nivel (*high level forum*), pero no constituye una organización internacional. Este estatus conlleva ciertas debilidades, como puede ser la ausencia de un mecanismo para imponer sanciones. (Bloom, 1999).

6. CONCLUSIONES

La irrupción de China en el Ártico es una realidad que no se debe obviar. En la formulación de los intereses de este país en el Ártico parecen prevalecer aspectos relacionados con el medioambiente, la investigación científica, el desarrollo sostenible o la lucha contra el cambio climático. Sin embargo, consideramos que las cuestiones abordadas en el presente estudio evidencian que subyace un claro interés económico y comercial de China por esta zona.

La aparición en escena del país asiático, sumada al clima de tensiones provocado por la militarización de la región polar y de las reclamaciones de soberanía sobre esta, hacen que la creación de un marco jurídico aplicable al Ártico parezca necesaria.

Este régimen normativo podría pasar por desarrollar la CNUDM y aprovechar así la existencia de este marco normativo, en lugar de crear otro *ex novo*. En este hipotético régimen jurídico se podría tratar de incluir también a Estados no Árticos, que cuenten con intereses en la zona a fin de buscar una solución equitativa que satisfaga a todos. Este es el caso de China.

Por último, creemos que China no constituye una amenaza para la gobernanza del océano Ártico. Las amenazas podrían provenir de la orientación que el país asiático decida tomar en sus actuaciones en la zona. De hecho, creemos que la aparición de China en el Ártico podría ser aprovechada como el estímulo necesario para comenzar a trabajar en

un marco normativo específico que acabe con las disputas y haga del Polo Norte una zona de cooperación internacional.

7. REFERENCIAS

- Alexeeva, O., y Lasserre, F. (2012). China and the Arctic. *Arctic Yearbook*, 80-90.
- Amiel, S. (2021, 20 de mayo). *¿Qué es el Consejo Ártico y qué quiere conseguir?* Euronews. <https://bit.ly/34BPwSF>
- Bloom, E. (1999). Establishment of the Arctic Council. *American Journal of International Law*, 93(3), 712-722.
- Byers, M. (2013). *International Law and the Arctic*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107337442>
- Canada (2019). *Partial Submission of Canada to the Commission on the Limits of the Continental Shelf regarding its continental shelf in the Arctic Ocean. Executive Summary, 23 May 2019*. Government of Canada. <https://bit.ly/3Fkfff2>
- Cassotta, S., Hossain, K., y Goodsite, M. E. (2015). Climate Change and China as a Global Emerging Regulatory Sea Power in the Arctic Ocean: Is China a Threat for Arctic Ocean Security? *Beijing Law Review*, 6(3), 199-207. <https://doi.org/10.4236/blr.2015.63020>
- China Radio International. (2021, 29 de octubre). *China concluye su 12ª expedición científica al Ártico*. CRIs. <https://bit.ly/3qRVfuU>
- Clote, P. (2008). Implications of Global Warming on State Sovereignty and Arctic Resources under the United Nations Convention on the Law of the Sea: How the Arctic is no Longer Communis Omnium Naturali Jure. *Richmond Journal of Global Law & Business*, 8(2), 195-248.
- Coston, J. (2008). What Lies Beneath: the CLCS and the Race to Lay Claim Over the Arctic Seabed. *Environmental & Energy Law & Policy Journal*, 3(1), 149-157.
- Demidov, V., Mokhorov, D., y Mokhorova, A. (2020). Cooperation of Russia with Arctic Nations in the Field of Legal Regulation of the Use of Northern Territories. *IOP Conference Series: Earth and Environmental Science*, 539(1):012051. <https://doi.org/10.1088/1755-1315/539/1/012051>
- Dezan Shira & Associates. (2021, 12 de noviembre). *The Green Belt and Road Initiative*. China Briefing. <https://bit.ly/3zAST7H>
- Fernández, E. (2018, 3 de abril). *China se lanza a la conquista del Ártico*. El Confidencial. <https://bit.ly/3qSo0aE>

- Gil, A. (2021, 13 de octubre). *Bruselas quiere prohibir nuevas perforaciones de petróleo, gas y carbón en el Ártico*. El Diario.es. <https://bit.ly/3HGhlp2>
- Gong, X. (2018). Understanding China's Arctic Policy: Three Dimensions. *Journal of East Asia and International Law*, 11(2), 477-482.
- Huarte Melgar, B. (2013). The end of the "ice-cold war" in the Arctic – Challenges in international economic law. *Pomorstvo: Scientific Journal of Maritime Research*, 27(2), 325-341.
- Huirong, L., Yue, D., y Yitong, C. (2012). China and the Arctic: The Path of Scientific Research, Law and Policy. *Ocean Yearbook Online*, 26(1), 361-380. <https://doi.org/10.1163/22116001-92600085>
- Jarashow, M., Runnels, M. B., y Svenson, T. (2007). UNCLOS and the Arctic: The Path of Least Resistance. *Fordham International Law Journal*, 30(5), 1587-1652.
- Jares, V. (2009), The Continental Shelf Beyond 200 Nautical Miles: The Work of the Commission on the Limits of the Continental Shelf and the Arctic. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 42, 1265-1305.
- Jiménez Piernas, C. (Dir.). (2011). *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea*. Tecnos.
- Jingchao, P., y Wegge, N. (2014). China and the Law of the Sea: Implications for Arctic Governance. *The Polar Journal*, 4(2), 287-305.
- Joyner, C. C. (2009). The Legal Regime for the Arctic Ocean". *Journal of Transnational Law & Policy*, 18(2), 195-245.
- Kunoy, B. (2007). A New Arctic Conquest: The Arctic Outer Continental Margin. *Nordic Journal of International Law*, 76, 465-480.
- Lajeunesse, A., y Choi, T. (2021). Here there be dragons? Chinese submarine options in the Arctic. *Journal of Strategic Studies*, <https://doi.org/10.1080/01402390.2021.1940147>
- Liu, N. (2018). Will China build a green Belt and Road in the Arctic? *RECIEL: Review of European, Comparative and International Environmental Law*, 27(1), 55-62. <https://doi.org/10.1111/reel.12238>
- Nyhamar, T. (2019). *Three future scenarios for Nordic military operations. (FFI-RAPPORT 19/00447)*. Norwegian Defence Research Establishment. <https://bit.ly/3f5MdFe>
- Organización de las Naciones Unidas, ONU. (1982). *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*. <https://bit.ly/32Z6hqg>
- Pelaudeix, C. (2015). China's Interests in the Arctic and the EU'S Arctic Policy: Towards a Proactive EU Foreign Policy? *The Yearbook of Polar Law Online*, 7(1), 128-150. https://doi.org/10.1163/2211-6427_006

- Pineros Polo, E. (2018). Arbitraje del Mar del Sur de China. La estrategia procesal de la República Popular de China. *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, (35). <https://doi.org/10.17103/reei.35.09>
- Ping, X. (2021). Safeguarding Maritime Rights and Interests in the New Era: China's Concept and Practice. *China International Studies (English)*, (1). <https://bit.ly/32URj4K>
- Rainwater, S. (2015). International law and the globalization of the Arctic: Assessing the rights of non-Arctic States in the high north. *Emory International Law Review*,30(1), 115-153.
- Ren, Y., y Liu, D. (2018). A Rule Follower, a Challenger, or a Learner? Recasting China's Engagement in the Arctic. *The Yearbook of Polar Law Online*, 9(1), 201-242. https://doi.org/10.1163/22116427_009010010
- Rong, L. H., y Yue, D. (2009). The Study on the Arctic Dispute and its Solution Path from the Pperspective of Law of the Sea. *Journal of Ocean University of China*, 3.
- Rosene, P. (2016). The Dragon Looks North: The Arctic, China, and the Law of the Sea Bring Prospects for New Opportunities and New Perils. *Kentucky Journal of Equine, Agriculture, & Natural Resources Law*, 8(3), 549-570.
- Russian Federation (2015). *Partial Revised Submission of the Russian Federation to the Commission on the Limits of the Continental Shelf in respect of the continental shelf of the Russian Federation in the Arctic Ocean. Executive Summary, 3 August 2015*. Ministry of Natural Resources and Environment of the Russian Federation. <https://bit.ly/3r1ZNip>
- Russian Federation (2021a). *Addendum to the Partial Revised Submission of the Russian Federation to the Commission on the Limits of the Continental Shelf in respect of the continental shelf in the area of the Gakkel Ridge, Nansen and Amundsen Basins. Executive Summary, 31 March 2021*. Ministry of Natural Resources and Environment of the Russian Federation. <https://bit.ly/3r6elO4>
- Russian Federation (2021b). *Addendum to the Partial Revised Submission of the Russian Federation to the Commission on the Limits of the Continental Shelf in respect of the continental shelf in the area of the Lomonosov Ridge, Alpha Ridge, Mendeleev Rise, Amundsen and Makarov Basins, and the Canadian Basin. Executive Summary, 31 March 2021*. Ministry of Natural Resources and Environment of the Russian Federation <https://bit.ly/33eccYh>
- Solski, J. J. (2021) The Genesis of Article 234 of the UNCLOS. *Ocean Development & International Law*, 52(1), 1-19. <https://doi.org/10.1080/00908320.2020.1835026>

- Spohr, K. (2021, 8 de julio). *La lucha de poder en el Ártico se descongela*. El País. <https://bit.ly/3t9q3df>
- The Peoples's Republic of China 2018 Observer Review Report to the Arctic Council (2019). *China Oceans Law Review*, (1), 146-151.
- Tratado de Svalbard, 2 de septiembre de 1920* (1920).
- Watson, M. (2009). An Arctic Treaty: A Solution to the International Dispute Over The Polar Region. *Ocean & Coastal Law Journal*, 14(2), 307-334.
- Wishnick, E. (2017). *China's Interests and Goals in the Arctic: Implications for the United States*. Strategic Studies Institute, U.S. Army War College.
- Wither, J. K. (2021) An Arctic security dilemma: assessing and mitigating the risk of unintended armed conflict in the High North. *European Security*, 30(4). <https://doi.org/10.1080/09662839.2021.1942850>
- Yaxin, W. (2020). China's participation in the international scientific cooperation in the Arctic. *IOP Conference Series: Earth and Environmental Science*, 539(1):012044. <https://doi.org/10.1088/1755-1315/539/1/012044>
- Yingqin, Z. (2019). China-Nordic Blue Economic Passage: Basis, Challenges and Paths. *China International Studies*, (5), 29-49

EL PAPEL DE LOS ESTADOS DE PABELLÓN EN LA PESCA NO REGULADA

JUAN IGNACIO ALCAIDE JIMÉNEZ
Universidad de Cádiz

1. INTRODUCCIÓN

La sostenibilidad de los recursos de los mares y océanos se ve amenazada por la intensificación de las actividades extractivas como la pesca y otros tipos de aprovechamiento (FAO, 2020b; Pauly et al., 2005). Esta vasta área de los océanos presenta particularidades en el control de la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (pesca INDNR), y por consiguiente en la sostenibilidad de la pesca a escala global (Gallic & Cox, 2006; Sumaila et al., 2020; Upton & Vitalis, 2003). La pesca INDNR se encuentra soportada por Estados que carecen de la capacidad y de los recursos necesarios para aplicar iniciativas en el seguimiento, control y vigilancia eficaz de las capturas (Handl, 2014; TMT, 2022). La pesca INDNR está presente en todos los tipos y dimensiones de la pesca, ocurre tanto en alta mar como en las zonas bajo jurisdicción nacional de un Estado y, afecta a todos los aspectos y etapas de la captura y procesado del pescado (FAO, 2020a). No obstante, más de la mitad de los océanos del planeta se encuentran fuera de la jurisdicción de los Estados ribereños o en alta mar. Por consiguiente, la comunidad internacional ha señalado la importante labor de los Estados de pabellón y los Estados rectores del Puerto en la lucha contra la pesca INDNR (FAO, 2021a).

A nivel mundial, la pesca INDNR está eludiendo un modelo de ordenación pesquera más sostenible y, en ocasiones, causando daños irreparables al medio ambiente marino. En términos económicos, pone en un grave riesgo el medio de subsistencia en los países menos desarrollados (Gallic & Cox, 2006; Sumaila et al., 2020). Estas prácticas tienen como

elemento fundamental y soporte buques o embarcaciones abanderados en países con una falta de capacidad real de gestión de sus flotas, que realizan sus actividades en áreas pesqueras donde los Estados presentan marcos legales débiles. Además de no contar con la debida capacidad operativa para la gestión pesquera y aplicación de controles (Handl, 2014; Miller & Sumaila, 2014; G. A. Petrossian et al., 2020; Rosello, 2021; Schatz, 2016; TMT, 2022).

Históricamente, el espacio marítimo de alta mar ha dado refugio a las actividades ilícitas relacionadas con las embarcaciones y buques pesqueros (Chapsos & Hamilton, 2019; Hutniczak, 2019; Mackay et al., 2020). No obstante, la sostenibilidad esperó a la delimitación normativa sobrevenida de las diferentes Conferencias de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y refrendadas en 1982 en el texto de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM). Texto que se puede considerar la Constitución de los océanos, en el cual se reconocen los derechos de los Estados costeros a controlar las capturas pesqueras en aguas adyacentes. En términos espaciales el documento establecía un nuevo modelo territorial que, junto con sus diferentes disposiciones buscaba limitar la sobre explotación de los recursos. En el mismo, se modificaron las competencias en materia pesquera de los Estados ribereños; además, fueron facultados para implementar las medidas necesarias para la conservación y ordenación sostenible de los recursos pesqueros en la Zona Económica Exclusiva (ZEE). Si bien, las ZEE cuentan con el 35% de la superficie total de los mares, en ellas se encuentra el 90% de los recursos pesqueros mundiales y la sostenibilidad del sector (Palacios-Abrantes et al., 2020; Pauly & Zeller, 2016, 2019).

La pesca INDNR está integrada en las cadenas globalizadas de productos del mar. Los productos pesqueros que se capturan ilegalmente pueden tener la complicidad de pabellones que permiten su procesado y transbordo, desfigurando su verdadera procedencia (Chapsos & Hamilton, 2019; He, 2016; Pramod et al., 2014). La elaboración de normas internacionales en relación con el acceso a los mercados, el comercio, los mecanismos de trazabilidad y seguimiento, constituyen un requisito indispensable para abordar la pesca INDNR. Los buques que participan

en estas prácticas pueden operar en zonas que no están sometidas a la jurisdicción de ningún Estado, lo que dificulta aún más la aplicación del marco jurídico. Sin embargo, los procesos y avances normativos recientes reflejan el reconocimiento cada vez mayor del problema de la pesca INDNR (Murphy, 2006; G. A. Petrossian et al., 2020; Sander et al., 2014).

1.1. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

En los últimos años, el problema de la pesca INDNR plantea un escenario para el cual es necesaria la concurrencia de los instrumentos normativos internacionales, y la voluntad de los Estados para cooperar por un beneficio común. En este sentido, en el presente estudio preliminar discutiremos el papel de los Estados de bandera en la pesca no regulada y su uso dentro una industria en el foco de la gobernanza de los mares. La responsabilidad del Estado de abanderamiento en las diferentes actividades pesqueras juega un papel fundamental cuando hablamos de la protección de los océanos y de sus recursos. Además, comprender los principales factores y actores que articulan la pesca INDNR puede permitir avanzar hacia el diseño de estrategias de prevención, y desempeña un papel importante en la búsqueda de formas para erradicarla. Para la consecución de los objetivos propuestos, realizaremos una extensa revisión bibliográfica, teniendo como referente los cambios normativos y las fricciones que plantea su ejecución en el modelo actual de los Registros abiertos o Estados de pabellón.

2. APROXIMACIÓN A LA PESCA INDNR

Con carácter general, la pesca INDNR es cualquier actividad de pesca que contraviene las leyes nacionales o internacionales, entre las cuales destacar: faenar en caladeros, áreas protegidas, reservadas o en momentos en los que la pesca está prohibida, mediante el uso de artes de pesca prohibidos, incluso capturar especies protegidas, o en el peor de los casos operar sin ningún tipo de permiso o licencia. La pesca en los términos expuestos, socava significativamente la sostenibilidad de los océanos y mares del planeta. La Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (en adelante FAO, *Food and*

Agriculture Organization), estima que las principales poblaciones o especies de peces marinos están plenamente explotadas, junto con un alto porcentaje que están sobreexplotadas o agotadas, señalando que la pesca INDNR es uno de los principales contribuyentes a este problema (FAO, 2015b).

Históricamente la pesca ilegal siempre ha existido. Sin embargo, en las últimas décadas se ha producido un considerable incremento de las actividades relacionadas con la mismas. Podemos atribuir a este crecimiento diversas causas, entre las cuales se debe destacar: la evolución del Derecho del mar o la ampliación de las zonas económicas exclusivas, el desarrollo tecnológico, etc. En general, los armadores y embarcaciones de pesca INDNR tienen como principal objetivo el beneficio económico (Murphy, 2006). No obstante, en determinadas áreas geográficas resulta la única forma de subsistencia posible. La Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación define la pesca INDNR en el ámbito internacional en el párrafo 3 del Plan de Acción Internacional de la FAO para Prevenir, Desalentar y Eliminar la pesca INDNR (PAI-Pesca INDNR), de 2001, como lo siguiente (FAO, 2001, 2016):

La Pesca ilegal es la realizada por buques nacionales o extranjeros en aguas bajo la jurisdicción de un Estado, sin el permiso de éste o contraviniendo su legislación; realizada por buques que enarbolan el pabellón de Estados que son partes de una organización regional de ordenación pesquera competente, pero faenan contraviniendo las medidas de conservación y ordenación adoptadas por dicha organización y en virtud de las cuales están obligados los Estados, o las disposiciones pertinentes del derecho internacional aplicable; o en violación de las leyes nacionales u obligaciones internacionales, inclusive las contraídas por los Estados cooperantes con respecto a una organización regional de ordenación pesquera competente.

La Pesca no declarada, que no ha sido declarada, o ha sido declarada de modo inexacto, a la autoridad nacional competente, en contravención de la legislación nacional; o llevada a cabo en la zona de competencia de una organización regional de ordenación pesquera competente, que no ha sido declarada o ha sido declarada de modo inexacto, en contravención de los procedimientos de declaración de dicha organización.

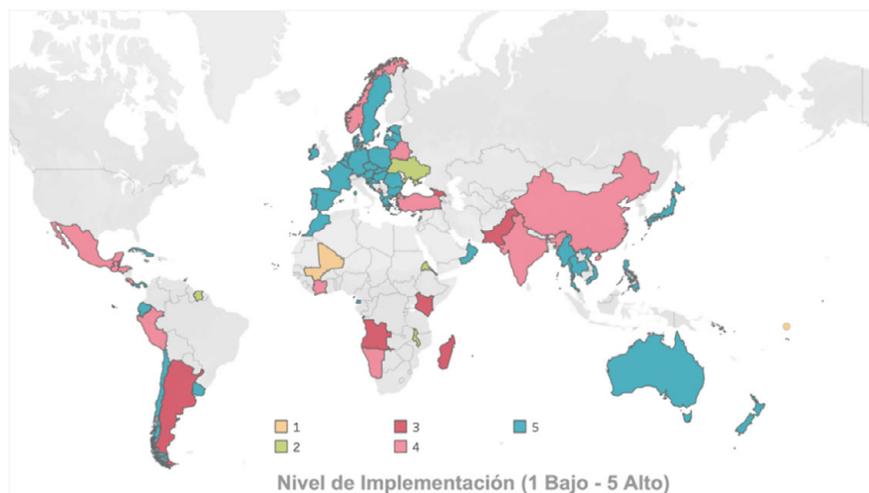
La Pesca no reglamentada, la cual es realizada en la zona de aplicación de una organización regional de ordenación pesquera competente por

buques sin nacionalidad, o que enarbolan el pabellón de un Estado que no es parte de esa organización, o por una entidad pesquera, de una manera que no está en consonancia con las medidas de conservación y ordenación de dicha organización, o que las contraviene; o realizada en zonas o en relación con poblaciones de peces respecto de las cuales no existen medidas aplicables de conservación u ordenación y en las que estas actividades pesqueras se llevan a cabo de una manera que no está en consonancia con las responsabilidades que incumben al Estado con respecto a la conservación de los recursos marinos vivos en virtud del derecho internacional.

La definición propuesta por el PAI-Pesca INDNR, fue generadora de divergencias entre los Estados y las Organizaciones Regionales de Ordenación Pesquera (OROP). Por lo cual, en revisiones posteriores, la FAO ha tenido presente la adaptación de la definición a los nuevos modelos planteados para la caracterización de la pesca INDNR (FAO, 2001). Sin embargo, las iniciativas de la FAO se centran en promover la buena gobernanza y los procesos participativos en la toma de decisiones. Por lo cual, con unas mejores prácticas en el sector pesquero y con el objetivo de armonizar los aspectos ambientales, sociales y económicos de los recursos pesqueros (Gallic & Cox, 2006).

En relación con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), el ODS 14.c nos recuerda que para: Mejorar la conservación y el uso sostenible de los océanos y sus recursos aplicando el derecho internacional reflejado en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que constituye el marco jurídico para la conservación y la utilización sostenible de los océanos y sus recursos, como se recuerda en el párrafo 158 del documento: “El futuro que queremos” (UN, 2012). El éxito de los ODS se basa en gran medida en procesos efectivos de control, revisión y seguimiento. Los indicadores de ODS son la base de este nuevo marco global para la responsabilidad mutua (Said & Chuenpagdee, 2019). En este sentido, hay que destacar el Indicador 14.6.1 (Grado de aplicación de instrumentos internacionales), el cual tiene como objetivo combatir la pesca INDNR. El indicador pone énfasis en los esfuerzos para la pesca INDNR mediante la implementación efectiva de instrumentos internacionales. Este indicador mide los avances hacia la realización de la meta del ODS 14.6, en la siguiente figura podemos observar una infografía con el grado de aplicación.

FIGURA 1. Progresos en el grado de aplicación de los instrumentos para luchar contra la pesca INDNR, 2018-2020.



Fuente: (FAO, 2020b).

3. MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA

La industria de la pesca, como cualquier otra industria, presenta un impacto ambiental para su entorno. No exclusivamente por la extracción de los recursos pesqueros y la posible modificación de la biodiversidad marina, sino también por las actividades presentes en la cadena de suministro, sin olvidar la vulneración de los Derechos Humanos (ILO, 2022; ITF, 2022b; Pauly & Zeller, 2019; Ratner et al., 2014). Los problemas presentes en el sector pesquero han llevado a que las organizaciones internacionales se posicionen al respecto. Desde el siglo pasado, se continúa con los intentos de armonizar un marco normativo que permita reducir el impacto de las actividades asociadas a la industria, los cuales muestran una implementación lenta y desigual a nivel global. La dilación en el tiempo que tienen la ratificación de normas internacionales, y la capacidad de la industria de eludir principios normativos que reducen los beneficios económicos hacen que actores sin escrúpulos continúen con sus malas prácticas. En el pasado, la huella de las regulaciones y su cumplimiento han tenido un impacto desigual entre los Estados ribereños, por consiguiente, la atención de los organismos

internacionales en mejorar la efectividad normativa se ha desplazado a tomar medidas complementarias y, trasladando el centro de gravedad en materia de responsabilidad a los Estados de pabellón. En este sentido, la responsabilidad jurídica del Estado de pabellón del buque es utilizada para remarcar las obligaciones internacionales que tienen suscritas y deberán ejercer bajo su jurisdicción. En el caso concreto de la pesca INDNR, es necesario fortalecer su responsabilidad de carácter internacional. Por lo cual, los Estados de pabellón deberán garantizar que sus buques cumplan con las leyes pesqueras del Estado ribereño.

La pesca en alta mar y, por consiguiente, la pesca no reglamentada tiene como pilares normativos a la Convención de 1958 sobre pesca y conservación de los recursos vivos de la alta mar, el Acuerdo de las Naciones Unidas sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, relativas a la conservación y la ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios de 4 de agosto de 1995, Acuerdo de las Naciones Unidas sobre Poblaciones de Peces (ANUPP) de 1995, adoptado en Nueva York en diciembre de 1995 y entró en vigor en 2001. El ANUPP tiene como objetivo asegurar la conservación a largo plazo y el uso sostenible de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios dentro del marco de la CNUDM. Hay que destacar, las obligaciones de los Estados del pabellón, medidas de seguimiento control y vigilancia, y observancia y cumplimiento. Además, de la cooperación con respecto al cumplimiento a nivel internacional, regional y subregional, junto con los procedimientos de abordaje e inspección y las medidas del Estado rector del puerto. Además del Acuerdo de la FAO para promover el cumplimiento de las medidas internacionales de conservación y ordenación por los buques pesqueros que pescan en alta mar de 1993, materializado en el Acuerdo sobre cumplimiento de la FAO de 1993, el cual fue adoptado en su 27º periodo de sesiones de la Conferencia, en vigor desde 1993.

En 2014, se inicia el programa Registro Mundial de la FAO, el cual está encaminado a proporcionar un único punto de acceso a la información relativa a los buques utilizados en la pesca y actividades relacionadas

con la pesca, siendo su principal objetivo la lucha contra la pesca INDNR. El Registro mundial de buques de pesca, transporte refrigerado y suministro es un depósito de datos certificados por los Estados sobre buques que participan en operaciones pesqueras. Destacar del Registro Mundial el identificador único del buque (IUB) que se asigna a un buque para garantizar la trazabilidad a través de la identificación fiable, verificada y permanente del buque. No obstante, según los estudios el número de la Organización Marítima Internacional (OMI) es más apropiado en los buques de arqueo bruto igual o superior a 100 toneladas o de eslora igual o superior a 24 metros (FAO, 2018).

Las Directrices voluntarias de la FAO para la actuación del Estado del pabellón de 2014 (Comité de Pesca. 31º período de sesiones. Roma, 9-13 de junio de 2014. COFI/2014/4.2 Rev.1), ofrecen una guía completa y directrices para el cumplimiento por los Estados del pabellón de sus responsabilidades en virtud de acuerdos internacionales respecto del abanderamiento y el control de sus buques pesqueros, basados en la aplicación del CNUDM 1982. El objetivo del documento es prevenir y desalentar, además de buscar la eliminación de la pesca INDNR mediante el desempeño de las responsabilidades del Estado del pabellón (FAO, 2015a). Por lo general, el Estado de abanderamiento está obligado a garantizar que sus buques pesqueros no pesquen sin licencia y cumplan con la legislación pesquera del Estado ribereño, así como con los términos de sus licencias.

En relación con la cadena de valor de los productos pesqueros, 2016 tiene como inicio la entrada en vigor del Acuerdo de la FAO sobre medidas del Estado rector del puerto de 2009, que previene que el pescado capturado ilegalmente entre en la cadena de valor a través de puertos extranjeros (FAO, 2009). En línea con el citado Acuerdo, destacar las Directrices voluntarias de la FAO para los sistemas de documentación de las capturas permiten mejorar y armonizar la rastreabilidad del pescado a lo largo de la cadena de valor, de 2017. Otras de las medidas destacables en relación con la pesca INDNR, la establecen las Directrices voluntarias de la FAO de 2018, sobre el marcado de las artes de pesca son directrices internacionales para el marcado de las artes de pesca con la finalidad de mitigar el problema que representan los

aparejos de pesca abandonados, perdidos o descartados, así como de combatir la pesca INDNR.

En el plano internacional, las organizaciones que guardan relación con la industria de la pesca han realizado un considerable esfuerzo para establecer los pilares normativos que soporten las particularidades propias de esta industria. El resultado son las mejoras que están experimentando las normas en temas relacionados con el seguimiento de las capturas y el control de las flotas internacionales. Por otro lado, se intenta fomentar una industria con prácticas más sostenibles y racionales con la biodiversidad. Estos cambios pueden tener dos consecuencias inmediatas en la industria: la reestructuración de la cadena de suministro y un mayor uso de pabellones de terceros Estados, ajenos al control de su flota en temas relacionados con la pesca en las aguas de alta mar. En el peor de los casos podemos encontrarnos buques sin un Estado de pabellón y con tripulaciones en condiciones laborales abusivas (ILO, 2022; ITF, 2022b; Tickler et al., 2018).

4. ESTADO DE PABELLÓN

Los Estados dentro de sus diversas funciones pueden ejercer como Estado de pabellón, Estado costero/Estado ribereño, Estado de puerto/Estado rector del puerto, Estado de mercado. El papel que juegan los Estados de pabellón es fundamental para el control de la actividad pesquera de sus buques, entre las cuales destacar el seguimiento de la flota, control de las capturas y la expedición de las autorizaciones (licencias de pesca). En relación con los Estados ribereños es importante su papel dentro de la gobernanza, además de generar una sólida base legal para la gestión de los recursos pesqueros en sus aguas de soberanía (Miller & Sumaila, 2014; Telesetsky, 2014; Tickler et al., 2018). Por lo cual, se deberá contar con medios suficientes de control y seguimiento de la actividad pesquera. Los Estados de puerto tienen una amplia responsabilidad al ser garantes de la lucha contra la pesca INDNR, mediante la inspección y aplicación de esquemas de control del puerto. Además de tener la función de Estado de mercado, principalmente por ser la puerta de entrada de los productos pesqueros distribuidos a nivel mundial.

Durante años, se ha puesto en duda la capacidad (legalidad) que tienen los registros de buques internacionales para ejercer un control real de sus flotas, dando lugar a un modelo global de “Pabellones de conveniencia” (ITF, 2022a). Los buques al navegar bajo un determinado pabellón se rigen por los principios normativos de su Estado de abanderamiento. La desconexión entre nacionalidad del buque y el beneficiario del mismo imposibilita la aplicación con rigor de los principios normativos internacionales (Ford & Wilcox, 2019; G. A. Petrossian et al., 2020; Willock & Lack, 2006). Estos vacíos legales permiten las prácticas pesqueras destructivas, amparados en la discrecionalidad de la aplicación normativa por el Estado de abanderamiento (Miller & Sumaila, 2014). La rápida expansión de nuevos registros, dentro de la industria marítima, motivó que los Estados ribereños y a los Estados rectores del puerto activar medidas que permitan control suplementario sobre las capturas que entran en sus países, con el propósito de mantener alineados la regulación internacional y las cadenas de suministros del sector pesquero. La pesca INDNR ha crecido en los últimos 20 años, especialmente en alta mar, y se estima que representa de 11 a 26 millones de toneladas de pescado capturado ilegalmente cada año, con un valor de entre 10.000 y 23.000 millones de dólares (Agnew et al., 2009; FAO, 2015b; Pramod et al., 2014).

El derecho internacional especifica que el país cuyo pabellón enarbola un buque es responsable de controlar sus actividades, incluida la pesca. Determinadas embarcaciones pesqueras abanderadas en Registros abiertos tienen el objetivo de maximizar las ganancias y reduciendo los costos, para evitar la detección y las sanciones por irregularidades asociadas a la INDNR (TMT, 2022; Willock & Lack, 2006). Estas llamadas Banderas de Conveniencia, navegan dentro de los Registros Abiertos, a menudo carecen de los recursos o de la voluntad para monitorizar y controlar las embarcaciones que enarbolan su bandera, lo que permite operaciones de pesca excesiva y poco sostenibles para los ecosistemas marinos. Los Registros abiertos brindan a los armadores los medios necesarios para evitar las estrictas legislaciones nacionales y las normas internacionales. Por lo cual, se produce la pérdida del “vínculo genuino” entre el Estado de abanderamiento y la propiedad del buque.

Podemos admitir que en un buque con bandera de conveniencia no existe una relación o vínculo genuino entre el propietario del buque y el Estado de pabellón, una conexión meramente accidental. Situación, que elude los principios normativos establecidos en la CNUDM, al no concurrir una relación auténtica entre el Estado y el buque. No obstante, en la práctica no es ilegal mientras se cumplan formalmente los requisitos exigidos por el Estado del pabellón (Ford & Wilcox, 2019; Handl, 2014; Miller & Sumaila, 2014; Rosello, 2021; Schatz, 2016).

La pesca trata de responder a los sistemas interconectados, comercializadoras de productos pesqueros, el propietario del buque, el registro del buque, el intermediario o comprador de las capturas, el Estado del puerto, Estado de pabellón y otros actores clave de la cadena de valor. Ahora se encuentran bajo los hilos de una política pesquera con intereses globales. El sector es libre en la elección del Estado de pabellón, únicamente está sujeto a la libre competencia que se somete a las cadenas de producción mundiales y las licencias de pesca (Sumaila et al., 2006). Es decir, los registros de buques ofrecen un “modelo comercial de pabellón” para la explotación de los buques, donde tiene un mayor peso los costes económicos asociados a las cuestiones técnicas, administrativas y sociales.

Por parte de los armadores sin escrúpulos, resulta relativamente fácil y económico abanderar un buque o embarcación a través de Internet. Las embarcaciones pueden cambiar de bandera y cambiar de nombre varias veces, una práctica conocida como “salto de bandera”. Con el respaldo de empresas fantasmas, empresas conjuntas y propietarios ocultos, las Banderas de Conveniencia reducen significativamente los costos operativos de las operaciones de pesca ilegal y hace que sea extremadamente difícil identificar y sancionar a los verdaderos propietarios de embarcaciones que pescan ilegalmente o realizan operaciones dentro de la cadena de suministro (Pramod et al., 2014). Por ejemplo, si una embarcación o buque propiedad de una empresa nipona gestionada desde Panamá, con bandera de Mongolia, opera ilegalmente en aguas de Ecuador, es muy difícil para las agencias de protección costeras sancionar a los verdaderos beneficiarios reales y disuadir futuras irregularidades.

Desde finales del siglo pasado, la conservación y ordenación deberán ser eje común de los Estados de pabellón, como se manifiesta en el Acuerdo de Naciones Unidas sobre Poblaciones de Peces de 1995 que entró en vigor en 2001. El texto busca una explotación sostenible de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios, para que los buques que faenen en alta mar tengan la debida tutela de los Estados de abanderamiento. Debemos tener presente, el Código de conducta de la FAO para la pesca responsable, de 1995, junto con el Plan de acción internacional de la FAO para prevenir, desalentar y eliminar la pesca INDNR, de 2001.

En 2014, el Comité de Pesca de la FAO en su 31º período de sesiones, aprobó las Directrices voluntarias para la actuación del Estado del pabellón (FAO, que se analizarán que resulten valiosas para fortalecer el cumplimiento de los Estados del pabellón de sus deberes y obligaciones (FAO, 2014). Donde hizo suyas las citadas directrices, y se trataba la implementación de los sistemas de localización y seguimiento de los buques para su control y vigilancia, así como los mecanismos de colaboración para la coordinación de las operaciones y el intercambio de información y la cooperación entre los países para que los estados del pabellón (Camilleri, 2015). En el texto de 2015, se exponen una serie de medidas que los países pueden adoptar para asegurar que los buques registrados bajo sus banderas no lleven a cabo pesca INDNR. Las Directrices también contienen recomendaciones para que los países fomenten el cumplimiento y tomen medidas en caso de incumplimiento por parte de los buques, así como para mejorar la cooperación internacional con el fin de ayudar a los países en desarrollo a cumplir con sus responsabilidades de Estado rector del pabellón.

Las citadas directrices se basan en los instrumentos internacionales existentes, como el Acuerdo de cumplimiento de la FAO de 1993 (FAO, 1993), el cual buscaba dar respuesta a la utilización de pabellones de terceros países con el objetivo de eludir medidas restrictivas de conservación. Por lo cual, se pronuncia sobre la responsabilidad de los Estados del pabellón en el control de sus buques que realicen actividades pesqueras en alta mar, resaltando la lucha contra la pesca INDNR. Dado que no todos los Estados son capaces o están dispuestos a cumplir

con sus obligaciones de Estado abanderamiento para combatir la pesca INDNR, la adopción y aplicación de medidas del Estado rector del puerto con el objetivo de solucionar estas carencias hasta cierto punto.

5. LA GOBERNANZA DE LAS NUEVAS FRONTERAS MARÍTIMAS

La evolución del Derecho del mar o la ampliación de las zonas económicas exclusivas, podemos decir que han puesto punto final al principio del mar abierto. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar establecía la responsabilidad de los Estados del pabellón sobre las actividades pesqueras realizadas por actores privados en la Zona Económica Exclusiva de los Estados ribereños. Al analizar las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en relación con los Estados del pabellón y el acceso a los recursos pesqueros bajo jurisdicción del Estado de abanderamiento. Se demuestra que la evolución normativa está fortaleciendo las normas internacionales que obligan al Estado pabellón a garantizar que sus buques cumplan con las normas de control y protección pesqueras en las aguas de soberanía de cualquier Estado ribereño.

En relación con las disposiciones internacionales de aplicación a los buques que pescan ilegalmente dentro de una ZEE, se establece que dichos buques pueden ser abordados por el Estado ribereño, excepto en algunas circunstancias concretas y con las excepciones contempladas en los diferentes acuerdos regionales de pesca. En líneas generales las instituciones internacionales recomiendan a los Estados cuando sospechen que un buque ha infringido la normas en materia pesquera procedan a informar al Estado del pabellón del buque, que es el responsable de abordar las infracciones. En este sentido, históricamente los Estados de pabellón no aplican el derecho de hacer cumplir eficazmente las regulaciones existentes en la materia, cuando se trata de actividades realizadas en aguas situadas fuera de la jurisdicción de otros Estados, y donde no hay conexión física o jurídica. Por lo cual, se necesita de una cooperación más intensa entre los Estados afectados por la pesca INDNR.

Una ventana de oportunidad para abordar la amenaza de la pérdida de la diversidad biológica marina se abrió en 2017 (Resolución 72/249, de 24 de diciembre de 2017) cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas lanzó negociaciones formales para elaborar el texto de un instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar sobre la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de áreas fuera de la jurisdicción nacional, con miras a desarrollar el instrumento lo antes posible. Para una aplicación eficaz, ese instrumento mundial dependerá de una acción mejorada y bien coordinada de los órganos de gestión internacionales y regionales responsables. No obstante, la pandemia está dilatando las diferentes conferencias (decisiones 74/543 y 75/570), la cuarta sesión se convocará del 7 al 18 de marzo de 2022 (UN, 2022).

Si bien las naciones individuales gestionan las poblaciones de peces dentro de sus aguas de soberanía, las Organizaciones Regionales de Ordenación Pesquera (OROP) constituyen uno de los pilares más importantes de la ordenación pesquera en alta mar. En este sentido, el AMERP otorga una responsabilidad especial a las OROP y en varias de sus disposiciones se resalta la importancia de la cooperación regional a través de estos órganos. La cooperación regional entre los Estados puede ser el refuerzo necesario a los Estados rectores del puerto y garantizando que se beneficien de la información obtenida mediante la aplicación de las diferentes medidas del Estado rector del puerto, la cual tiene incluida la armonización del sistema. Destacar el trabajo realizado por algunas de la OROP que han introducido medidas del Estado rector del puerto en sus propias medidas de conservación y ordenación, lo que debería facilitar las obligaciones de intercambio de información (Erceg, 2006; Fischer, 2020; Hutniczak, 2019; Sander et al., 2014; Willock & Lack, 2006).

En relación con la OROP, los Estados de pabellón dedicados a la pesca INDNR tiene un fuerte respaldo económico, que se ve favorecido por Estados que no tienen la voluntad o recursos necesarios para realizar un control de los buques bajo su soberanía. Por otro lado, la efectividad de acciones emprendidas por las OROP no tiene el impacto deseado por

los Estados ribereños con unos estándares de conducta responsable. Las medidas de lucha contra los buques de pesca INDNR se reducen, cuando no se pueden aplicar sanciones que disuadan a los infractores de las mismas. Por lo tanto, si un barco cambia de pabellón a un Estado que no es parte de estos acuerdos y entonces pueden pescar sin tener en cuenta las medidas de ordenación acordadas.

Desde la Convención sobre pesca y conservación de los recursos vivos de la alta mar, en Ginebra el 29 de abril de 1958, donde se establece el germen de futuros acuerdos mediante la obligación de cooperación para la conservación de los recursos vivos afectados. Posteriormente, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura traslada al nuevo modelo de pesca responsable a la cooperación entre Estados y, con intereses en los recursos pesqueros en el Código de Conducta para la Pesca Responsable de 1995. Donde, la FAO manifiesta los principios y normas aplicables a la conservación, ordenación y desarrollo de todas las pesquerías de forma responsable. Además, el texto facilita las disposiciones para la cooperación entre Estados al amparo de acuerdos internacionales.

El fragmentado marco de gobernanza asociado a la pesca presenta fisuras normativas que lo hacen exiguo para abordar las crecientes amenazas a la biodiversidad marina de la zona de alta mar. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM) establece normas que rigen los usos de los océanos y sus recursos, pero no especifica la forma en la que los Estados deben conservar y utilizar de manera sostenible la biodiversidad marina de alta mar. En este sentido, en las últimas décadas la comunidad internacional ha desarrollado una serie de medidas y acuerdos regionales y sectoriales independientes a la CNUDM, lo que se puede traducir como un marco de gobernanza irregular. Por otro lado, destacar la falta de coordinación y cooperación entre los numerosos organismos y organizaciones tanto a nivel regional como a escala internacional.

A nivel regional, los responsables de la toma de decisiones requieren de mayor conocimiento y comprensión sobre los vacíos, desafíos y oportunidades en el marco legal. Por consiguiente, en el modelo de gestión de los recursos naturales de alta mar y la implementación,

seguimiento y aplicación de enfoques de gestión basados en los desafíos específicos a nivel regional. La gobernanza regional sienta las bases para un acuerdo global efectivo en el marco de la CNUDM y su implementación exitosa.

6. EL ESTADO RECTOR DEL PUERTO EN LA PESCA INDNR

La creciente importancia de las medidas del Estado rector del puerto en la lucha mundial contra la pesca INDNR, se debe en gran medida a que los Estados del pabellón no han ejercido un control y jurisdicción efectivos sobre los buques que enarbolan su pabellón. En el actual sistema de pabellones de abanderamiento, y el entramado asociado a la propiedad de un buque puede hacer difícil identificar a los propietarios o beneficiarios de un buque de pesca. Algunos de los registros abiertos protegen el anonimato de los propietarios y obstaculizan en gran medida la capacidad de terceros Estados en hacer cumplir el marco normativo internacional. Las empresas o navieras pueden fácilmente cambiar de bandera a un buque identificado como infractor y eludir sus obligaciones internacionales. La pesca INDNR puede cambiar fácilmente el pabellón, práctica que puede ir acompañada de transbordos entre embarcaciones. Dado lo anterior, los puertos tienen un papel significativo en la lucha contra la pesca INDNR, pues todas las capturas obtenidas dependen de hacer uso de una instalación portuaria para su desembarque y posible almacenamiento. No obstante, la pesca puede ser transbordada y procesada en alta mar, situación que dificulta aún más un sistema coordinado de controles en los puertos y los requisitos para los buques y embarcaciones para detectar y hacer cumplir las medidas contra la pesca INDNR. El Estado rector del puerto necesita de recursos y capacidad operativa, lo cual lleva una presión desigual en los controles portuarios (Agnew et al., 2009; Miller & Sumaila, 2014; G. A. Petrossian et al., 2015; Telesetsky, 2014).

Los buques pesqueros que buscan acceso a los puertos por muchas razones, incluida la toma de combustible, relevo de los tripulantes, avituallamiento, desembarque o transbordo de las capturas, etc. Resulta de vital importancia el control del acceso a los puertos de los buques

pesqueros, se considera una de las herramientas más importantes para prevenir, disuadir y eliminar la pesca INDNR. La entrada en vigor el 5 de junio de 2016, del Acuerdo de la FAO sobre medidas del Estado rector del puerto (AMERP) de 2009 (Resolución No 12/2009, de 22 de noviembre de 2009), supone un punto de inflexión en las medidas para prevenir la entrada de pescado capturado ilegalmente que entre en la cadena de valor a través de puertos extranjeros. El AMERP es el primer tratado internacional de carácter vinculante centrado específicamente en la pesca INDNR. El cual tiene como objetivo prevenir, desalentar y eliminar la citada pesca, está basado en impedir el desembarco de las capturas en los puestos. Asimismo, el AMERP reduce los alicientes para que los buques relacionados con la INDNR continúen operando. Por otro lado, se intenta interrumpir el flujo de productos pesqueros derivados de la pesca INDNR hacia los mercados nacionales e internacionales. Las disposiciones del AMERP se aplican a los buques de pesca que soliciten entrar a un puerto designado de un Estado que sea diferente de su Estado del pabellón.

El AMERP se desarrolla de conformidad con una serie de instrumentos, declaraciones y esquemas internacionales, que incluyen el CNUDM (1982); Acuerdo de Cumplimiento de la FAO (1993); Código de Conducta para la Pesca Responsable de la FAO (1995); Acuerdo de las Naciones Unidas sobre las poblaciones de peces (1995); PAI-Pesca INDNR (2001); Declaración de Roma sobre la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (2005); Modelo de sistema sobre las medidas del Estado rector del puerto destinadas a combatir la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada de la FAO (2007).

A la vista de las AMERP, podemos decir que las Directrices voluntarias para la actuación del Estado del pabellón (FAO, 2014), se plantean como un importante complemento para eliminar la pesca INDNR, entre otras cosas supervisando, evaluando y fomentando el cumplimiento por los Estados del pabellón de sus responsabilidades. Una mejor actuación de los Estados del pabellón y la aplicación del AMERP, respaldado por acciones de seguimiento, control y vigilancia eficaces. Además de ser complementada por medidas efectivas de acceso a los mercados. Los avances realizados por los Estados ribereños y de pabellón pueden ser

de ayuda para una reformulación de la situación actual y, que coordinada por la FAO en sus directrices internacionales puedan tener los resultados esperados.

En relación con las medidas asociados AMERP, destacar la publicación por parte de la FAO de los volúmenes o listas de verificación producto del Programa Global de la FAO para Apoyar la Implementación del Acuerdo sobre Medidas del Estado Rector del Puerto e Instrumentos Internacionales Complementarios y Mecanismos Regionales para Combatir la Pesca INDNR. El Volumen I tiene como objetivo agregar las responsabilidades del Estado costero, del pabellón y del puerto para combatir la pesca INDNR contenidas en determinados instrumentos pesqueros internacionales en un solo documento de referencia (FAO, 2021b). El Volumen II proporcionar a los actores principales del cumplimiento las obligaciones de los Estados en virtud del derecho internacional, incluidos los funcionarios de los Estados y, en particular, de los Estados en desarrollo, una lista de verificación completa para evaluar el nivel de conformidad del marco jurídico nacional con las normas pertinentes (FAO, 2021c). Mediante su utilización el usuario debe poder evaluar si cada deber o responsabilidad se encuentra total, parcial o no está presente en el marco legal evaluado, además de abordar cualquier vacío normativo identificado.

La pesca INDNR no solo es causada por un control ineficaz del Estado del pabellón y una aplicación inadecuada del marco normativo internacional por parte del Estado ribereño. Por ello, en el contexto de la pesca INDNR hemos podido asistir a la proliferación de puertos de conveniencia, caracterizados por no tener implementadas normas y procedimientos establecidos para asegurar la entrada de exclusivamente del pescado capturado legalmente (G. A. Petrossian et al., 2015). Dentro de los factores, hay que destacar las carencias en las inspecciones de buques, capturas, etc. Los puertos que están en el foco de la pesca INDNR presentan una falta de capacidad para realizar inspecciones en el espacio portuario adecuadas y tomar medidas disuasorias. El Estado rector del puerto puede desempeñar un papel fundamental para evitar que el pescado capturado INDNR se integre en el comercio internacional. Por lo tanto, las medidas del Estado rector del puerto son medios efectivos

para dificultar el movimiento de pescado INDNR desde las zonas de captura al consumidor final (Elvestad & Kvalvik, 2015; He, 2016; G. Petrossian et al., 2015; Telesetsky, 2014).

A este respecto, las medidas del Estado rector del puerto garantizarían que los buques con prácticas asociadas a la INDNR y, que escapen a la detección de los Estados ribereños y del control de los Estados del pabellón, puedan ser objeto de las correspondientes medidas represivas. La falta de un control efectivo del Estado del pabellón y de procedimientos inadecuados en la inspección portuaria, pueden tener en el establecimiento de regímenes regionales o en los Memorándums de entendimiento de control por el Estado rector del puerto una herramienta de éxito (Alderton & Winchester, 2002; Cariou & Wolff, 2015; Freire-Gibb et al., 2014). En consecuencia, los mecanismos regionales de control por el Estado rector del puerto que, implican el intercambio de información y armonización de las medidas portuarias, se pueden considerar la base para prevenir y controlar la pesca INDNR. Mientras tanto, se están logrando avances ejemplares a escala global (Erceg, 2006; Fischer, 2020; Pauly & Zeller, 2019; Sander et al., 2014).

En relación con los Estados de pabellón, los Estados ribereños deberían exigir los detalles de la propiedad del buque al revisar las solicitudes de licencia/autorización de pesca. Principalmente, en los casos en los que no se pueda establecer con certeza quién es el beneficiario efectivo de la actividad del buque. Con carácter general, los Estados del puerto deben adherirse al Acuerdo de Medidas del Estado rector del puerto de la FAO y, al determinar qué buques inspeccionar, también considerar como buques de mayor riesgo los buques que enarbolan pabellón de algunos de los Estados de pabellón o con empresas asociados a la pesca INDNR. Por otro lado, los Estados que se benefician del comercio de productos derivados de la pesca INDNR, deberían establecer medidas para identificar que el Estado de pabellón cumpla con sus obligaciones, en virtud del derecho internacional.

7. CONSIDERACIONES FINALES

En las próximas décadas, ante un posible endurecimiento normativo, podríamos asistir a un incremento de los Estados de pabellón que dan refugio a las embarcaciones destinadas al lucrativo negocio de la pesca no reglamentada. Por ello, resulta vital un control más riguroso de la aplicación del marco normativo y de las medidas propuestas para el control de la pesca INDNR. Un problema global demanda de una respuesta conjunta y coordinada, que asegure la conservación de los recursos marinos y, permita el desarrollo de políticas marítimas efectivas y coherentes para una pesca más sostenible. En este sentido, los Estados ribereños están reconociendo la necesidad de fortalecer la gobernanza de los océanos para la conservación y el uso sostenible de los recursos pesqueros.

Las lecciones aprendidas de otras regulaciones y de sus políticas de control, pueden ser de gran ayuda para limitar la degradación de nuestros mares y océanos, y utilizarlos de forma sostenible. La industria de la pesca no escapa a los problemas presentes en la gestión y conservación de los ecosistemas marinos y costeros. A pesar de existir un marco normativo internacional que regula la pesca, el carácter global de la pesca hace de la aplicación particular de la normativa por los Estados de abanderamiento, que los buques puedan faenar en una dualidad de principios, que permite la pesca ilegal y excesiva en los países menos desarrollados y con menores recursos para la conservación.

El postulado del vínculo genuino ha demostrado que no es un sólido argumento contra el crecimiento de pabellones con una relajada aplicación de la normativa internacional. Los Estados de bandera que realizan un control eficaz de sus flotas muestran que, sin darse una vinculación entre la nacionalidad del buque y el armador, tienen altos índices en las inspecciones realizadas en terceros países. El uso generalizado de Registros abiertos por parte de la industria pesquera internacional hace necesaria fortalecer las medidas de control y seguimiento por los Estados ribereños. Estamos en un momento histórico, donde es necesario plantear nuevos enfoques normativos para mejorar la gestión de los recursos pesqueros. La globalización nos ha permitido ser conscientes del

problema, puede ser esta también parte de la solución. Siempre que se tenga el compromiso de la comunidad internacional o que los acuerdos regionales den una pronta respuesta.

8. REFERENCIAS

- Agnew, D. J., Pearce, J., Pramod, G., Peatman, T., Watson, R., Beddington, J. R. & Pitcher, T. J. (2009). Estimating the Worldwide Extent of Illegal Fishing. *PLoS ONE*, 4(2), e4570.
<https://doi.org/10.1371/journal.pone.0004570>
- Alderton, T. & Winchester, N. (2002). Globalisation and de-regulation in the maritime industry. *Marine Policy*, 26(1), 35–43.
[https://doi.org/10.1016/S0308-597X\(01\)00034-3](https://doi.org/10.1016/S0308-597X(01)00034-3)
- Camilleri, M. (2015). *Directrices Voluntarias para la Actuación del Estado del Pabellón*. Roma. FAO.
- Cariou, P. & Wolff, F.-C. (2015). Identifying substandard vessels through Port State Control inspections: A new methodology for Concentrated Inspection Campaigns. *Marine Policy*, 60, 27–39.
<https://doi.org/10.1016/j.marpol.2015.05.013>
- Chapsos, I. & Hamilton, S. (2019). Illegal fishing and fisheries crime as a transnational organized crime in Indonesia. *Trends in Organized Crime*, 22(3), 255–273. <https://doi.org/10.1007/s12117-018-9329-8>
- Elvestad, C. & Kvalvik, I. (2015). Implementing the EU-IUU Regulation: Enhancing Flag State Performance Through Trade Measures. *Ocean Development & International Law*, 46(3), 241–255.
<https://doi.org/10.1080/00908320.2015.1054745>
- Erceg, D. (2006). Deterring IUU fishing through state control over nationals. *Marine Policy*, 30(2), 173–179.
<https://doi.org/10.1016/j.marpol.2004.11.004>
- FAO. (1993). Acuerdo de Cumplimiento de la FAO de 1993 fue adoptado en su 27o periodo de sesiones la Conferencia de la FAO el 24 de noviembre de 1993 y con entrada en vigor el 24 de abril de 2003. Roma.
- FAO. (2001). Plan de Acción Internacional de la FAO para Prevenir, Desalentar y Eliminar la pesca INDNR (PAI-Pesca INDNR). Roma.
- FAO. (2009). Acuerdo sobre medidas del Estado rector del puerto. Resolución No 12/2009, de 22 de noviembre de 2009, entró en vigor el 5 de junio de 2016. Roma.

- FAO. (2014). Las directrices voluntarias para la actuación del Estado del pabellón, el Acuerdo de la FAO sobre medidas del Estado rector del puerto de 2009 y otros instrumentos para luchar contra la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (pesca INDNR). Roma.
- FAO. (2015a). Directrices voluntarias de la FAO para la actuación del Estado del pabellón. Roma.
- FAO. (2015b). El estado mundial de la pesca y la acuicultura. Oportunidades y desafíos, Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. Roma.
- FAO. (2016). El estado mundial de la pesca y la acuicultura 2016. Contribución a la seguridad alimentaria y la nutrición para todos. Roma.
- FAO. (2018). El marcado de los barcos pesqueros con identificadores apropiados (COPACO por Trygg Mat Tracking and Stop Illegal Fishing). Rome.
- FAO. (2020a). El Plan de acción regional para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (INDNR) en los países miembros de la COPACO (2019-2029). Roma.
- FAO. (2020b). Progresos en el grado de aplicación de los instrumentos para luchar contra la pesca INDNR, 2018-2020.
<https://www.fao.org/sustainable-development-goals/indicators/1461/es/>
- FAO. (2020c). The State of World Fisheries and Aquaculture 2020. FAO.
<https://doi.org/10.4060/ca9229en>
- FAO. (2021a). Pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (pesca INDNR).
<https://www.fao.org/iuu-fishing/es/>
- FAO. (2021b). Checklists and technical guidelines to combat illegal, unreported and unregulated (IUU) fishing. FAO. <https://doi.org/10.4060/cb5992en>
- FAO. (2021c). Checklists and technical guidelines to combat illegal, unreported and unregulated (IUU) fishing. FAO. <https://doi.org/10.4060/cb6186en>
- Fischer, J. (2020). How transparent are RFMOs? Achievements and challenges. *Marine Policy*, 104106. <https://doi.org/10.1016/j.marpol.2020.104106>
- Ford, J. H. & Wilcox, C. (2019). Shedding light on the dark side of maritime trade – A new approach for identifying countries as flags of convenience. *Marine Policy*, 99, 298–303. <https://doi.org/10.1016/j.marpol.2018.10.026>
- Freire-Gibb, L. C., Koss, R., Margonski, P. & Papadopoulou, N. (2014). Governance strengths and weaknesses to implement the marine strategy framework directive in European waters. *Marine Policy*, 44, 172–178.
<https://doi.org/http://dx.doi.org/10.1016/j.marpol.2013.08.025>

- Gallic, B. le & Cox, A. (2006). An economic analysis of illegal, unreported and unregulated (IUU) fishing: Key drivers and possible solutions. *Marine Policy*, 30(6), 689–695. <https://doi.org/10.1016/j.marpol.2005.09.008>
- Handl, G. (2014). Flag State Responsibility for Illegal, Unreported and Unregulated Fishing in Foreign EEZs. *Envtl. Pol’y & L.*, 44, 158.
- He, J. (2016). Enhancing Chinese law and practice to combat illegal, unreported and unregulated fishing and trade. *Asia Pacific Journal of Environmental Law*, 19, 4–28. <https://doi.org/10.4337/apjel.2016.01.01>
- Hutniczak, B. (2019). Coordination between RFMOs on mutual recognition of IUU vessel lists. *Marine Policy*, 107, 103596. <https://doi.org/10.1016/j.marpol.2019.103596>
- ILO. (2022). International Labour Organization (ILO). Fisheries. <https://www.ilo.org/global/industries-and-sectors/shipping-ports-fisheries-inland-waterways/fisheries/lang—en/index.htm>
- ITF. (2022a). International Transport Workers’ Federation (ITF). Flags of convenience. <https://www.itfglobal.org/en/sector/seafarers/flags-of-convenience>
- ITF. (2022b). International Transport Workers’ Federation (ITF). IUU fishing: Combating the threat to people and fisheries. <https://www.itfglobal.org/en/sector/fisheries/iuu-fishing>
- Mackay, M., Hardesty, B. D. & Wilcox, C. (2020). The Intersection Between Illegal Fishing, Crimes at Sea, and Social Well-Being. *Frontiers in Marine Science*, 7. <https://doi.org/10.3389/fmars.2020.589000>
- Miller, D. D. & Sumaila, U. R. (2014). Flag use behavior and IUU activity within the international fishing fleet: Refining definitions and identifying areas of concern. *Marine Policy*, 44, 204–211. <https://doi.org/10.1016/j.marpol.2013.08.027>
- Murphy, D. D. (2006). *The Structure of Regulatory Competition Corporations and Public Policies in a Global Economy*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199216512.001.0001>
- Palacios-Abrantes, J., Reygondeau, G., Wabnitz, C. C. C. & Cheung, W. W. L. (2020). The transboundary nature of the world’s exploited marine species. *Scientific Reports*, 10(1), 17668. <https://doi.org/10.1038/s41598-020-74644-2>
- Pauly, D., Watson, R. & Alder, J. (2005). Global trends in world fisheries: impacts on marine ecosystems and food security. *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*, 360(1453), 5–12. <https://doi.org/10.1098/rstb.2004.1574>

- Pauly, D. & Zeller, D. (2016). Catch reconstructions reveal that global marine fisheries catches are higher than reported and declining. *Nature Communications*, 7(1), 10244. <https://doi.org/10.1038/ncomms10244>
- Pauly, D. & Zeller, D. (2019). Agreeing with FAO: Comments on SOFIA 2018. *Marine Policy*, 100, 332–333. <https://doi.org/10.1016/j.marpol.2018.12.009>
- Petrossian, G. A., Marteache, N. & Viollaz, J. (2015). Where do “Undocumented” Fish Land? An Empirical Assessment of Port Characteristics for IUU Fishing. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 21(3), 337–351. <https://doi.org/10.1007/s10610-014-9267-1>
- Petrossian, G. A., Sosnowski, M., Miller, D. & Rouzbahani, D. (2020). Flags for sale: An empirical assessment of flag of convenience desirability to foreign vessels. *Marine Policy*, 116, 103937. <https://doi.org/10.1016/j.marpol.2020.103937>
- Petrossian, G., Weis, J. S. & Pires, S. F. (2015). Factors affecting crab and lobster species subject to IUU fishing. *Ocean & Coastal Management*, 106, 29–34. <https://doi.org/10.1016/j.ocecoaman.2015.01.014>
- Pramod, G., Nakamura, K., Pitcher, T. J. & Delagran, L. (2014). Estimates of illegal and unreported fish in seafood imports to the USA. *Marine Policy*, 48, 102–113. <https://doi.org/10.1016/j.marpol.2014.03.019>
- Ratner, B. D., Åsgård, B. & Allison, E. H. (2014). Fishing for justice: Human rights, development, and fisheries sector reform. *Global Environmental Change*, 27, 120–130. <https://doi.org/10.1016/j.gloenvcha.2014.05.006>
- Rosello, M. (2021). IUU Fishing as Flag State Accountability Paradigm. In *IUU Fishing as a Flag State Accountability Paradigm* (pp. 160–183). Brill | Nijhoff. https://doi.org/10.1163/9789004463219_008
- Said, A. & Chuenpagdee, R. (2019). Aligning the sustainable development goals to the small-scale fisheries guidelines: A case for EU fisheries governance. *Marine Policy*, 107, 103599. <https://doi.org/10.1016/j.marpol.2019.103599>
- Sander, K., Lee, J., Hickey, V., Mosoti, V. B., Viridin, J. & Magrath, W. B. (2014). Conceptualizing maritime environmental and natural resources law enforcement – The case of illegal fishing. *Environmental Development*, 11, 112–122. <https://doi.org/10.1016/j.envdev.2013.08.002>
- Schatz, V. (2016). Fishing for Interpretation: The ITLOS Advisory Opinion on Flag State Responsibility for Illegal Fishing in the EEZ. *Ocean Development & International Law*, 47(4), 327–345. <https://doi.org/10.1080/00908320.2016.1229939>
- Sumaila, U. R., Alder, J. & Keith, H. (2006). Global scope and economics of illegal fishing. *Marine Policy*, 30(6), 696–703. <https://doi.org/10.1016/j.marpol.2005.11.001>

- Sumaila, U. R., Zeller, D., Hood, L., Palomares, M. L. D., Li, Y. & Pauly, D. (2020). Illicit trade in marine fish catch and its effects on ecosystems and people worldwide. *Science Advances*, 6(9). <https://doi.org/10.1126/sciadv.aaz3801>
- Telesetsky, A. (2014). Laundering fish in the global undercurrents: Illegal, unreported, and unregulated fishing and transnational organized crime. *Ecology LQ*, 41, 101–149.
- Tickler, D., Meeuwig, J. J., Bryant, K., David, F., Forrest, J. A. H., Gordon, E., Larsen, J. J., Oh, B., Pauly, D., Sumaila, U. R. & Zeller, D. (2018). Modern slavery and the race to fish. *Nature Communications*, 9(1), 4643. <https://doi.org/10.1038/s41467-018-07118-9>
- TMT. (2022). Trygg Mat Tracking (TMT): Combined IUU Fishing Vessel List. <https://www.tm-tracking.org>
- UN. (2012). The future we want. Outcome document of the United Nations Conference on Sustainable Development Rio de Janeiro, Brazil, 20–22 June 2012.
- UN. (2022, January 1). Intergovernmental Conference on an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction (General Assembly resolution 72/249). <https://www.un.org/bbnj/>
- Upton, S. & Vitalis, V. (2003). Stopping the high seas robbers: coming to grips with illegal, unreported and unregulated fisheries on the high seas. Round Table on Sustainable Development. OECD, Paris.
- Willock, A. & Lack, M. (2006). Follow the leader: Learning from experience and best practice in regional fisheries management organizations. WWF International and TRAFFIC International.

LA CONTROVERTIDA VALIDEZ DE LOS ACUERDOS ARANCELARIOS Y DE PESCA ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y MARRUECOS: CAUSAS Y POSIBLES CONSECUENCIAS

JONATÁN CRUZ ÁNGELES
Universidad de Jaén

1. INTRODUCCIÓN

Antes de la colonización española de 1884, el Sáhara Occidental, situado al noroeste del continente africano era un mar de arena sin fronteras. Este territorio, sin embargo, estaba poblado y gestionado a través de un entramado organizativo y político muy concreto, el de las tribus. En efecto, un desierto debe distinguirse de un Estado en la medida en que en éste último vive una población que desarrolla una actividad económica, por escasa que sea, con sus tradiciones y su historia. En 1963, el Sáhara Occidental se convirtió en un territorio autónomo según Naciones Unidas: España, que era por aquel entonces la potencia colonial, tuvo que organizar un referéndum que nunca llegaría a celebrarse. Desde entonces, este territorio ha sido ocupado militarmente tanto por Marruecos como por Mauritania.

Hoy en día (diciembre 2021), el pescado todavía se captura en las aguas del Sáhara Occidental, tanto por embarcaciones europeas como marroquíes, transportándose y vendiéndose en el territorio de los Estados miembros. Mercancías como el tomate saharauí se etiquetan y se comercializan como producto marroquí. Pero, puede que no por mucho tiempo. Desde 2012, la disputa ha llegado a los tribunales europeos, planteando cómo en los acuerdos arancelarios y de pesca celebrados entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos podría apreciarse una extralimitación de las competencias de los representantes de las partes

signatarias y, como consecuencia, se estaría promoviendo una ocupación efectiva, así como una actividad económica basada en la explotación ilegal de los recursos del pueblo saharauí, tanto en el territorio del Sáhara Occidental como en sus aguas adyacentes.

En este capítulo de libro presentaremos una síntesis de los principales hitos que han caracterizado la evolución del tratamiento de la subjetividad del Frente Polisario en la sociedad internacional contemporánea, así como analizaremos la argumentación jurídica utilizada por cada una de las partes implicadas en el *iter* de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta última década. Todo ello con el objetivo de resolver una cuestión principal: ¿cómo debería actuar un tribunal internacional si éste aprecia que, aunque en la letra de un tratado no se menciona de forma expresa a un territorio, puede verificarse que éste sí se encuentra afectado *de facto* por su contenido?

Quizás haya llegado el momento de que las empresas europeas empiecen a plantearse cómo pueden (re)definir sus relaciones comerciales con Marruecos, con el fin de garantizar no sólo que no se explote de forma ilícita el patrimonio del Sáhara Occidental, sino que también se garantice su derecho a la autodeterminación. El contexto geopolítico es complejo. No obstante, el debate está servido.

2. LA CUESTIÓN DEL SÁHARA OCCIDENTAL

El 14 de diciembre de 1960, la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) adoptó la Resolución 1514 (XV), titulada “Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales” que, en particular, proclama que “todos los pueblos tienen derecho de libre discriminación, en virtud (del cual) determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”, que “en los territorios de fideicomiso y no autónomos y en todos los demás territorios que no han logrado aún su independencia deberán tomarse inmediatamente medidas para traspasar todos los poderes a los pueblos de esos territorios, sin condiciones ni reservas, en conformidad con su voluntad y sus deseos libremente expresados”, y que “todos los Estados deberán observar fiel y estrictamente las

disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas (...) sobre la base de la igualdad, de la no intervención en los asuntos internos de los demás Estados y del respeto de los derechos soberanos de todos los pueblos y de su integridad territorial”.

El Sáhara Occidental se había convertido, en la fecha en que se adoptó la Resolución 1514 (XV), en una provincia española. En 1963 fue inscrito por la ONU en la “lista preliminar de los Territorios a los que se aplica la Declaración sobre la Concesión de la Independencia de los Países y Pueblos Coloniales, como territorio no autónomo administrado por el Reino de España, en el sentido del artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945. Sigue figurando en la lista de los territorios no autónomos establecida por el Secretario General de la ONU sobre la base de la información transmitida de conformidad con el artículo 73 de dicha Carta⁷⁷.

El 20 de diciembre de 1966, la Asamblea General de la ONYU adoptó la Resolución 2229 (XXI) sobre la cuestión de Ifni y el Sáhara Español, en la que “reafirm(ó) el derecho inalienable del pueblo del Sáhara Español a la libre determinación, de conformidad con la resolución 1514

⁷⁷ Carta de las Naciones Unidas. Capítulo XI. Declaración relativa a territorios no autónomos. Artículo 73. Los Miembros de las Naciones Unidas que tengan o asuman la responsabilidad de administrar territorios cuyos pueblos no hayan alcanzado todavía la plenitud del gobierno propio, reconocen el principio de que los intereses de los habitantes de esos territorios están por encima de todo, aceptan como un encargo sagrado la obligación de promover en todo lo posible, dentro del sistema de paz y de seguridad internacionales establecido por esta carta, el bienestar de los habitantes de esos territorios, y asimismo se obligan: a. a asegurar, con el debido respeto a la cultura de los pueblos respectivos, su adelanto político, económico, social y educativo, el justo tratamiento de dichos pueblos y su protección contra todo abuso; b. a desarrollar el gobierno propio, a tener debidamente en cuenta las aspiraciones políticas de los pueblos, y a ayudarlos en el desenvolvimiento progresivo de sus libres instituciones políticas, de acuerdo con las circunstancias especiales de cada territorio, de sus pueblos y de sus distintos grados de adelanto; c. a promover la paz y la seguridad internacionales; d. a promover medidas constructivas de desarrollo, estimular la investigación, y cooperar unos con otros y, cuando y donde fuere del caso, con organismos internacionales especializados, para conseguir la realización práctica de los propósitos de carácter social, económico y científico expresados en este Artículo; y e. transmitir regularmente al Secretario General, a título informativo y dentro de los límites que la seguridad y consideraciones de orden constitucional requieran, la información estadística y de cualquier otra naturaleza técnica que verse sobre las condiciones económicas, sociales y educativas de los territorios por los cuales son respectivamente responsables, que no sean de los territorios a que se refieren los Capítulos XII y XIII de esta Carta.

(XV) de la Asamblea General”, e invitó al Reino de España, en su calidad de Potencia administradora, a “determinar lo antes posible (...) los procedimientos para la celebración de un referéndum bajo los auspicios de (la ONU) con miras a permitir a la población autóctona del Territorio que ejerza sin trabas su derecho a la libre determinación”.

El 24 de octubre de 1970, la Asamblea General de la ONU adoptó la Resolución 2625 (XXV), mediante la que aprobó la “Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, cuyo texto se anexa a dicha Resolución. Esta Declaración “solemnemente proclama”, en particular, “el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos”. Por lo que se refiere a este principio, indica, en particular, lo siguiente: “En virtud del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, consagrado en la Carta, todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de proseguir su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta (...) El establecimiento de un Estado soberano e independiente, la libre asociación o integración con un Estado independiente o la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo constituyen formas del ejercicio del derecho de libre determinación de ese pueblo (...) El territorio de una colonia u otro territorio no autónomo tiene, en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, una condición jurídica distinta y separada de la del territorio del Estado que lo administra, y esa condición jurídica distinta y separada conforme a la Carta existirá hasta que el pueblo de la colonia o territorio no autónomo haya ejercido su derecho de libre determinación de conformidad con la Carta y, en particular, con sus propósitos y principios”.

El Frente Popular para la Liberación de Saguía y Río de Oro (en adelante Frente Polisario) es una organización creada el 10 de mayo de 1973 en el Sáhara Occidental. Se define en el artículo 1 de sus estatutos como un “movimiento de liberación nacional” cuyos miembros “luchan por la independencia total y la recuperación de la soberanía del pueblo

saharaui sobre la totalidad del territorio de la República Árabe Saharaui Democrática”.

El 20 de agosto de 1974, el Reino de España informó a la ONU de que se proponía organizar, bajo los auspicios de ésta, un referéndum en el Sáhara Occidental. Tras ello, el 13 de diciembre de 1974, la Asamblea General de la ONU adoptó la Resolución 3292 (XXIX), mediante la que decidió, en particular, recabar de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) una opinión consultiva sobre las siguientes cuestiones: “I. ¿Era el Sáhara Occidental (Río de Oro y Sakiet El Hamra) en el momento de su colonización por España un territorio sin dueño (*terra nullius*)? Si la respuesta a la primera pregunta es negativa, II. ¿Qué vínculos jurídicos existían entre dicho territorio y el Reino de Marruecos y el complejo mauritano?”

El 16 de octubre de 1975, la CIJ emitió la opinión consultiva⁷⁸. En el párrafo 162 de dicha opinión consideró lo siguiente: “Los elementos e informaciones puestos en conocimiento de la Corte indican que en el momento de la colonización española existían vínculos jurídicos de subordinación entre el Sultán de Marruecos y ciertas tribus que vivían en el territorio del Sáhara Occidental. Indican además la existencia de derechos, incluidos ciertos derechos sobre la tierra, que constituían vínculos jurídicos entre el complejo mauritano, en el sentido en que lo entiende la Corte, y el territorio del Sáhara Occidental. En cambio, la Corte llegó a la conclusión de que los elementos e informaciones puestos a su disposición no demostraban la existencia de ningún vínculo de soberanía territorial entre el territorio del Sáhara Occidental, por una parte, y el Reino de Marruecos o el complejo mauritano, por la otra. Por lo tanto, la Corte no comprobó que existieran vínculos jurídicos capaces de modificar la aplicación de la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de la ONU en lo que se refiere a la descolonización del Sáhara Occidental y, en particular, a la aplicación del principio de libre determinación mediante la expresión libre y auténtica de la voluntad de las poblaciones del territorio”.

⁷⁸ Véase Sáhara Occidental, opinión consultiva, CIJ, Rec. 1975, p. 12; texto íntegro disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/61>

En el párrafo 163 de la opinión consultiva sobre el Sáhara Occidental, la CIJ declaró, en particular: “La (Corte) opina, con respecto a la cuestión I, (...) que el Sáhara Occidental (Río de Oro y Sakiet El Hamra) en el momento de su colonización por España no era un territorio sin dueño (*terra nullius*); con respecto a la cuestión II, (...) que existían entre dicho territorio y el Reino de Marruecos vínculos jurídicos con las características indicadas en el penúltimo párrafo de la opinión consultiva (y) que existían entre dicho territorio y el complejo mauritano vínculos jurídicos con las características indicadas en el penúltimo párrafo de la opinión consultiva”.

En un discurso pronunciado el mismo día de la publicación de la opinión consultiva sobre el Sáhara Occidental, el rey de Marruecos declaró que “todo el mundo ha(bía) reconocido que el Sáhara (Occidental) pertenec(ía)” al Reino de Marruecos y que le “incumb(ía) recuperar pacíficamente este territorio”, llamando, a tal fin, a la organización de una marcha.

El 22 de octubre de 1975, a petición del Reino de España, el Consejo de Seguridad de la ONU adoptó la Resolución 377 (1975), en la que “pid(ió) al Secretario General de la ONU que entabl(ase) consultas inmediatas con las partes involucradas e interesadas” e “(hizo) un llamamiento a (éstas) para que (diesen) muestras de caución y moderación”. El 2 de noviembre de 1975, adoptó la Resolución 379 (1975), en la que “exhort(ó) a todas las partes involucradas e interesadas a evitar cualquier acción unilateral o de otra índole que pu(diese) intensificar más la tirantez en la región” y “pid(ió) al Secretario General que prosig(uiese) e intensifi(case) sus consultas”. El 6 de noviembre de 1975, a raíz del inicio de la marcha anunciada por el rey de Marruecos, que congregó a 350.000 personas, y de que éstas hubieran cruzado la frontera entre el Reino de Marruecos y el Sáhara Occidental, el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 380 (1975), en la que, en particular, “deplor(ó) la realización de (la) marcha” y “pid(ió) a Marruecos que retir(ase) de inmediato del Territorio del Sáhara Occidental a todos los participantes en (dicha) marcha”.

El 26 de febrero de 1976, el Reino de España informó al Secretario General de la ONU de que, a partir de esa fecha, ponía término a su

presencia en el Sáhara Occidental y se consideraba desligado de toda responsabilidad de carácter internacional con relación a la administración de dicho territorio. Entre tanto estalló un conflicto armado en la región entre el Reino de Marruecos, la República Islámica de Mauritania y el Frente Polisario. Una parte de la población del Sáhara Occidental huyó de este conflicto y encontró refugio en campos de refugiados situados en el territorio argelino, cerca de la frontera con el Sáhara Occidental.

El 14 de abril de 1976, el Reino de Marruecos celebró con la República Islámica de Mauritania un tratado de partición del territorio que dicho tratado le había adjudicado. El 10 de agosto de 1979, la República Islámica de Mauritania celebró un acuerdo de paz con el Frente Polisario en virtud del cual ésta renunció a toda reivindicación territorial sobre el Sáhara Occidental. El Reino de Marruecos tomó el control del territorio evacuado por las fuerzas mauritanas y procedió a anexionárselo.

El 21 de noviembre de 1979, la Asamblea General de la ONU adoptó la Resolución 34/37, sobre la cuestión del Sáhara Occidental, en la que “reafirm(ó) el derecho inalienable del pueblo del Sáhara Occidental a la libre determinación a y a la independencia de conformidad con las disposiciones de la Carta de la ONU (...) y con los objetivos de la Resolución 1514 (XV)”, “deplor(ó) profundamente la agravación de la situación, como consecuencia de la persistente ocupación del Sáhara Occidental para Marruecos, “pid(ió) encarecidamente a Marruecos que particip(ara) también en la dinámica de paz y (pusiera) fin a la ocupación del Territorio del Sáhara Occidental” y “recomend(ó) a tal efecto que el (Frente Polisario), representante del pueblo del Sáhara occidental, particip(ara) plenamente en toda búsqueda de una solución política justa, duradera y definitiva de la cuestión del Sáhara Occidental, de conformidad con las resoluciones y declaraciones de la ONU”. Tras esta Resolución se adoptó la Resolución 35/19, de 11 de noviembre de 1980, en cuyo párrafo 10 la Asamblea General “pid(ió) encarecidamente a tal efecto a Marruecos y al (Frente Polisario), representante del pueblo del Sáhara Occidental, que entabl(asen) negociaciones directas

con miras a llegar a una solución definitiva de la cuestión del Sáhara Occidental”.

El conflicto entre el Frente Polisario y el Reino de Marruecos continuó hasta que, el 30 de agosto de 1988, las partes aceptaron en principio las propuestas de acuerdo presentadas, en particular, por el Secretario General de la ONU, que preveían concretamente la declaración de un alto el fuego y la organización de un referéndum de libre determinación bajo el control de la ONU.

El 27 de junio de 1990, el Consejo de Seguridad de la ONU adoptó la Resolución 658 (1990), en la que “apr(obó) el informe del Secretario General de la ONU (...) que contiene (...) las propuestas de arreglo juntamente con un bosquejo del plan (de aplicación de las mismas)” y “pid(ió) a las dos partes que colabor(asen) plenamente con el Secretario General (de la ONU) y el Presidente en funciones de la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización de la Unidad Africana en sus esfuerzos por lograr la pronta solución de la cuestión del Sáhara Occidental”. El 29 de abril de 1991, el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 690 (1991), por la que se estableció la misión de las Naciones Unidas para el Referéndum del Sáhara Occidental (Minurso).

A día de hoy (diciembre 2021), a pesar de las consultas y de los intercambios organizados bajo la égida de la ONU, las partes no han llegado a una solución de la situación en el Sáhara Occidental. El Reino de Marruecos controla la mayor parte del territorio del Sáhara Occidental, mientras que el Frente Polisario controla la otra parte; ambas zonas están separadas por un muro de arena construido y vigilado por el ejército marroquí. Un número importante de refugiados procedentes de este territorio sigue viviendo en los campos administrados por el Frente Polisario, situados en el territorio argelino.

3. LOS ACUERDOS DE ASOCIACIÓN Y LIBERALIZACIÓN

La Unión Europea y Marruecos celebraron en 1996 un Acuerdo de Asociación y en 2012 un Acuerdo que establecía medidas de liberalización recíprocas en materia de productos agrícolas, productos agrícolas

transformados, pescado y productos de pesca (en adelante el Acuerdo de Liberalización)⁷⁹. El ámbito de aplicación territorial, común a ambos acuerdos, fue aprobado por la Unión Europea mediante una Decisión del Consejo⁸⁰.

El Frente Polisario interpuso un recurso de anulación contra dicha Decisión ante el Tribunal General de la Unión Europea. Mediante su sentencia de 10 de diciembre de 2015⁸¹, el Tribunal General anuló la Decisión tras haber considerado, ante todo, que los Acuerdos de asociación y Liberalización eran aplicables “al territorio del Reino de Marruecos” y que esta expresión debía entenderse, a falta de estipulación en sentido opuesto, en el sentido de que incluía el Sáhara Occidental. Posteriormente, el Tribunal General firmó que, habida cuenta de la aplicación de estos Acuerdos al Sáhara Occidental, el Frente Polisario estaba afectado por la Decisión del Consejo y, por tanto, tenía legitimación activa para solicitar su anulación. Por último, el Tribunal General declaró, en esencia, que el Consejo había incumplido su obligación de examinar, antes de celebrar el Acuerdo de Liberalización, si existían indicios de una explotación de los recursos naturales del territorio del Sáhara Occidental bajo control marroquí que pudiera llevarse a cabo en detrimento de la población de dicho territorio y vulnerando sus derechos fundamentales. Al no estar satisfecho con esta sentencia, el Consejo interpuso un recurso ante el Tribunal de Justicia al objeto de obtener su anulación.

⁷⁹ Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra, firmado en Bruselas el 26 de febrero de 1996 y aprobado en nombre de dichas Comunidades mediante la Decisión 2000/204/CE, CECA del Consejo y de la Comisión, de 24 de enero de 2000 (DO 2000, L 70, p. 1).

⁸⁰ Decisión 2012/497/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2012, relativa a la celebración del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos sobre medidas recíprocas de liberalización del comercio de productos agrícolas, productos agrícolas transformados, pescado y productos de la pesca, sustitución de los Protocolos n.º. 1, 2 y 3 y los anexos de estos Protocolos, y modificación del Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el reino de Marruecos, por otra parte (DO 2012, L 241, p. 2).

⁸¹ Sentencia del Tribunal General de 10 de diciembre de 2015, Frente Polisario/Consejo (T-512/12).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia del asunto C-104/16⁸² se pronuncia tras un procedimiento acelerado a petición del Consejo, estimando el recurso de casación y anulando la sentencia del Tribunal General. En efecto, el Tribunal de Justicia observa que, para determinar el ámbito de aplicación territorial del Acuerdo de Liberalización, cuyo tenor no se refiere en ningún momento al Sáhara Occidental, el Tribunal General no tuvo en cuenta todas las normas de Derecho Internacional aplicables a las relaciones entre la Unión Europea y Marruecos, tal y como exige la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados⁸³.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia señala que, habida cuenta del estatuto separado y distinto reconocido al territorio del Sáhara Occidental, en virtud de la Carta de Naciones Unidas y del principio de autodeterminación de los pueblos, está excluido considerar que la expresión “territorio del Reino de Marruecos”, que define el ámbito territorial de aplicación de los Acuerdos de Asociación y Liberalización, incluye el Sáhara Occidental y, por tanto, que estos Acuerdos son aplicables a dicho territorio. De este modo, el Tribunal General no extrajo las consecuencias del estatuto de que goza el Sáhara Occidental a la luz del Derecho Internacional.

A continuación, se desprende de la práctica internacional que, cuando un tratado está destinado a aplicarse no sólo en territorio sobreaño de un Estado, sino también más allá de éste, dicho tratado debe preverlo expresamente, ya se trate de un territorio que se encuentra bajo la jurisdicción de este Estado, ya sea un territorio de cuyas relaciones internacionales es responsable dicho Estado. Por tanto, esta regla se opone también *a priori* a que se considere que los Acuerdos de Asociación y de Liberalización son aplicables al Sáhara Occidental.

⁸² Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, Consejo de la Unión Europea contra Frente Popular para la Liberación de Saguia el Hamra y Río de Oro (Frente Polisario). (C-104/16).

⁸³ Convención sobre el derecho de los tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969 (Recueil des Traités des Nations Unies, vol. 1155, p. 331).

Por último, tras haber recordado el principio de efecto directo relativo de los tratados, en virtud del cual los tratados no deben perjudicar ni beneficiar a terceros sin su consentimiento, el Tribunal de Justicia expone que, habida cuenta de la opinión consultiva dictada por la Corte internacional de Justicia en 1975 sobre el Sáhara Occidental tras una solicitud de la Asamblea General de las Naciones Unidas⁸⁴, el pueblo de este territorio debe considerarse un tercero que puede verse afectado por la aplicación del Acuerdo de Liberalización. Ahora bien, en el caso de autos, no parece que este pueblo haya manifestado su consentimiento a que el Acuerdo se aplique al Sáhara Occidental.

En lo que atañe al hecho de que ciertas cláusulas de los Acuerdos de Asociación y de Liberalización se hayan aplicado de facto en algunos casos a los productos originarios del Sáhara Occidental, el Tribunal de Justicia observa que no se ha demostrado que dicha práctica sea fruto de un acuerdo entre las partes al objeto de modificar la interpretación del ámbito de aplicación territorial de estos Acuerdos. Además, una supuesta voluntad en este sentido de la Unión implicaría admitir que ésta ha querido ejecutar los Acuerdos de modo incompatible con los principios de autodeterminación y de efecto relativo de los tratados y de la exigencia de buena fe que se desprenden del Derecho Internacional.

Habiendo concluido que el Acuerdo de Liberalización no se aplica al territorio del Sáhara Occidental, el Tribunal de Justicia anula la sentencia del Tribunal General, que había llegado a la conclusión contraria, y decide pronunciarse él mismo sobre el recurso interpuesto por el Frente Polisario. A este respecto, declara que, toda vez que el Acuerdo de Liberalización no se aplica al Sáhara Occidental, el Frente Polisario no está afectado por la Decisión mediante la cual el Consejo celebró el Acuerdo. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia declara la inadmisibilidad del recurso del Frente Polisario por falta de legitimación.

⁸⁴ Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre el Sáhara Occidental (CIJ Recueil 1975, p. 12).

4. EL ACUERDO DE PESCA

El Tribunal de Justicia declaró, mediante la sentencia de 21 de diciembre de 2016, que debía interpretarse, de conformidad con el Derecho Internacional, que el Acuerdo de Asociación y de Liberalización celebrados entre la UE y Marruecos no eran aplicables al territorio del Sáhara occidental. No obstante, dicho asunto no afectaba al Acuerdo de pesca, por lo que el Tribunal de Justicia no se pronunció en su sentencia sobre la validez de este⁸⁵.

Ante esta situación, *Western Sahara Campaign (WSC)*, una organización independiente de voluntariado cuyo objetivo es promover el reconocimiento del derecho a la libre determinación del pueblo saharauí, plantea ante el Tribunal Superior de Justicia (Inglaterra y País de Gales), Sección de lo Contencioso-Administrativo, que el Acuerdo de pesca y los actos que lo aprueban y aplican⁸⁶ son ineficaces en la medida en que se aplican al territorio y las aguas del Sáhara Occidental. Por consiguiente, WSC estima que las autoridades británicas actúan ilegalmente cuando prevén aplicar dicho Acuerdo y, concretamente, otorgar licencias para pescar en las aguas en cuestión.

Así las cosas, la *High Court of Justice* eleva una cuestión al Tribunal de Justicia sobre si, en particular, el Acuerdo de Pesca era válido a la luz del Derecho de la Unión. Se trata de la primera cuestión prejudicial sobre validez que se refiere formalmente a acuerdos internacionales celebrados por la Unión.

Mediante la sentencia de 21 de diciembre de 2016⁸⁷, el Tribunal de Justicia declara que, en primer lugar, es competente para analizar la validez

⁸⁵ Sin embargo, el Frente Polisario cuestiona ante el Tribunal General de la Unión Europea la legalidad del Protocolo del Acuerdo de Pesca (asunto T-180/14). Por decisión del Tribunal General, la tramitación de este asunto quedó suspendida hasta el pronunciamiento sobre el asunto WSC.

⁸⁶ Además de los actos citados en las notas anteriores, ESC cuestiona asimismo la validez del Reglamento (UE) n.º 1270/2013 del Consejo, de 15 de noviembre de 2013, relativo al reparto de las posibilidades de pesca en virtud del Protocolo de 2013 (DO 2013, L 328, p. 40).

⁸⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de febrero de 2018. *Western Sahara Campaign UK c. Comisionados de Hacienda y Aduanas de Su Majestad y Secretario de estado de Medio Ambiente, Alimentación y Asuntos Rurales* (C.266/16).

de los actos de celebración de acuerdos internacionales suscritos por la Unión y, en ese contexto, para analizar si dichos acuerdos son compatibles con los Tratados y con las normas de Derecho Internacional que vinculen a la Unión.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia aborda la validez del Acuerdo de Pesca. Indica que el tribunal británico desea saber si la posibilidad de explotar recursos procedentes de las aguas adyacentes al Sáhara Occidental es compatible con el Derecho de la Unión y el Derecho Internacional. Ahora bien, esa pregunta presupone que dichas aguas estén comprendidas en el ámbito territorial de aplicación del Acuerdo. Por consiguiente, para empezar el Tribunal de Justicia comprueba si esa hipótesis es correcta.

El Tribunal de Justicia observa al respecto, para empezar, que el Acuerdo de Pesca se aplica al “territorio de Marruecos”, expresión equivalente al concepto de “territorio del Reino de Marruecos” que figura en el Acuerdo de Asociación. Pues bien, como el Tribunal de Justicia ya señaló en su sentencia de 21 de diciembre de 2016, por este concepto deberá entenderse el espacio geográfico en el que el Reino de Marruecos ejerce sus competencias soberanas con arreglo al Derecho Internacional, excluyendo cualquier otro territorio, como el del Sáhara occidental. En estas circunstancias, incluir el territorio del Sáhara Occidental en el ámbito de aplicación del Acuerdo de pesca conculcaría determinadas normas de Derecho Internacional general que son de aplicación a las relaciones de la Unión con el Reino de Marruecos, en especial, el principio de libre determinación.

A continuación, el Tribunal de Justicia señala que el Acuerdo de Pesca es aplicable a “las aguas bajo soberanía o jurisdicción” del Reino de Marruecos. Pues bien, en virtud de la Convención sobre el Derecho del Mar⁸⁸, las aguas sobre las que el Estado ribereño tiene derecho a ejercer su soberanía o jurisdicción están limitadas a las adyacentes a su

⁸⁸ La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982 (Colección de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 1833 (p. 3), 1834 (p. 3) y 1835 (p. 3)), entró en vigor el 16 de noviembre de 1994. Su celebración se aprobó en nombre de la Comunidad mediante la Decisión 98/392/CE del Consejo, de 23 de marzo de 1988 (DO 1998, L 179, p. 1).

territorio y comprendidas en su mar territorial o su zona económica exclusiva. Por tanto, el Tribunal de Justicia declara que, habida cuenta de que el territorio del Sáhara Occidental no forma parte del territorio del Reino de Marruecos, las aguas adyacentes al territorio del Sáhara Occidental no están comprendidas en la zona de pesca marroquí, objeto del Acuerdo de pesca.

Por último, el Tribunal de Justicia aborda el ámbito territorial de aplicación del Protocolo que acompaña al Acuerdo de pesca. Aún cuando dicho Protocolo no contenga ninguna disposición específica sobre lo particular, el Tribunal de Justicia señala que varios de sus preceptos usan la expresión “zona de pesca marroquí”. Pues bien, esa expresión es idéntica a la que figura en el acuerdo, que la define como “las aguas bajo la soberanía o jurisdicción del Reino de Marruecos”. El Tribunal de Justicia deduce de ello que la “zona de pesca marroquí” de que habla el Protocolo no incluye las aguas adyacentes al territorio del Sáhara Occidental.

Por tanto, el Tribunal de Justicia declara que, dado que ni el Acuerdo de pesca ni el Protocolo que lo acompaña son de aplicación a las aguas adyacentes al territorio del Sáhara Occidental, los actos de la Unión que se refieren a su celebración y aplicación son válidos.

5. LOS ACUERDOS ARANCELARIOS Y DE PESCA SOSTENIBLE

En virtud de lo dispuesto en el artículo 263.4º del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Frente Polisario interpone recurso de anulación contra dos decisiones del Consejo por las que se aprueba la celebración de acuerdos entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos⁸⁹.

⁸⁹ Decisión (UE) 2019/2017 del Consejo, de 28 de enero de 2019, relativa a la celebración del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos sobre la modificación de los Protocolos n.º 1 y n.º 4 del Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una Asociación entre las Comunidades europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el reino de Marruecos, por otra (DO L 34, p. 1), y la Decisión (UE) 2019/441 del Consejo, de 4 de marzo de 2019, relativa a la celebración del Acuerdo de colaboración de pesca

Artículo 263 (antiguo artículo 230 TCE). “(...) 4º. Toda persona física o jurídica podrá interponer recurso, en las condiciones previstas en los párrafos primero y segundo, contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución”.

Los acuerdos aprobados mediante las decisiones impugnadas (en adelante acuerdos controvertidos) son el resultado de negociaciones llevadas a cabo en nombre de la Unión, con Marruecos, a raíz de las sentencias pronunciadas por el Tribunal de Justicia (*vid. ad supra*)⁹⁰. Por una parte, se trataba de celebrar un acuerdo que modificara los Protocolos del Acuerdo Euromediterráneo de asociación⁹¹, relativos al régimen aplicable a la importación en la Unión Europea de los productos agrícolas originarios de Marruecos y a la definición del concepto de “productos originarios”, para hacer extensivo a los productos procedentes del Sáhara Occidental exportados bajo el control de las autoridades aduaneras marroquíes el beneficio de las preferencias arancelarias concedidas a los productos de origen marroquí exportados a la Unión. Por otra parte, se quería modificar el Acuerdo de Pesca entre la Comunidad Europea y Marruecos⁹² y, en particular, incluir en el ámbito de aplicación de dicho Acuerdo las aguas adyacentes al territorio del Sáhara Occidental.

El Frente Polisario pidió la anulación de las decisiones impugnadas mediante escritos de demanda presentados en 2019. Afirmando actuar “en nombre del pueblo saharauí”, alega, *inter alia*, que el Consejo

sostenible entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos, de su Protocolo de aplicación y del Canje de Notas adjunto al Acuerdo (DO L 77, p. 4)

⁹⁰ Sentencias de 21 de diciembre de 2016, Consejo/Frente Polisario (C-104/16 P); véase el CP n.º. 140/16) y de 27 de febrero de 2018, Western Sahara Campaign UK (C-266/16; véase el CP n.º. 21/18). En estas sentencias, el tribunal de Justicia precisó que el Acuerdo de asociación sólo abarcaba el territorio de Marruecos, y no el Sáhara Occidental, y que ni el Acuerdo de pesca ni su Protocolo de aplicación son aplicables a las aguas adyacentes al territorio del Sáhara Occidental.

⁹¹ Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos por otra (DO L 70, p. 2).

⁹² Acuerdo de colaboración en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y el Reino de Marruecos (DO L 141, 2006, p. 4).

incumplió las obligaciones que incumbían a la Unión en el marco de sus relaciones con Marruecos en virtud del Derecho de la Unión y del Derecho Internacional al haber aprobado los acuerdos controvertidos, mediante las decisiones impugnadas, sin el consentimiento de dicho pueblo. En efecto, según el Frente Polisario, los mencionados acuerdos se aplican al Sáhara Occidental, prevén la explotación de sus recursos naturales y favorecen la política anexionista de Marruecos sobre dicho territorio. Además, aduce que el segundo de esos Acuerdos también se aplica a las aguas adyacentes al citado territorio. En concreto, el Frente Polisario sostiene que los Acuerdos no son conformes con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sentada en las sentencias Consejo/Frente Polisario (C-104/16 P) y Western Sahara Campaign UK (C-266/16), que en su opinión excluyen esa aplicación territorial.

Mediante sus sentencias en el asunto T-279, por una parte, y en los asuntos acumulados T-344/19 y T-356/19, por otra parte, el Tribunal General anula las decisiones impugnadas, decidiendo, no obstante, que sus efectos se mantengan durante un cierto periodo de tiempo⁹³, pues su anulación con efectos inmediatos podría tener graves consecuencias sobre la acción exterior de la Unión y poner en cuestión la seguridad jurídica de los compromisos internacionales asumidos por ésta. En cambio, el Tribunal General declara inadmisibile el recurso del Frente Polisario en el asunto T-356/19, interpuesto contra el Reglamento relativo al reparto de las posibilidades de pesca en virtud del Acuerdo de colaboración de pesca, por considerar que no lo afecta directamente⁹⁴.

En primer lugar, el Tribunal General comprueba si el Frente Polisario tiene capacidad procesal ante los órganos jurisdiccionales de la Unión. En efecto, según el Consejo y las partes intervinientes, el Frente Polisario no tiene personalidad jurídica en virtud del Derecho interno de un Estado miembro, no es un sujeto de Derecho Internacional y no reúne los criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales de la Unión

⁹³ Este periodo no podrá exceder el plazo de dos meses para interponer recurso de casación o de la fecha en que se dicte la sentencia del Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre un potencial recurso de casación.

⁹⁴ Reglamento (UE) 2019/440, del Consejo, de 29 de noviembre de 2018, relativo al reparto de las posibilidades de pesca en virtud del Acuerdo de colaboración de pesca sostenible entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos y de su Protocolo de aplicación (DO 2019, L 77, p. 1).

para reconocer capacidad procesal a una entidad de personalidad jurídica. En su opinión, el Frente Polisario no sería una persona jurídica en el sentido del artículo 263.4º del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Citando su jurisprudencia anterior, el Tribunal General precisa que ésta no excluye que la capacidad de actuar ante el juez de la Unión pueda reconocerse a una entidad, independientemente de su personalidad jurídica de Derecho interno, especialmente si así lo requieren las exigencias de la tutela judicial efectiva, pues debe descartarse una interpretación restrictiva del concepto de persona jurídica. Al examinar la cuestión de si el Frente Polisario tiene personalidad jurídica en Derecho Internacional Público, el Tribunal General estima que el papel y la representatividad del Frente Polisario le confieren capacidad procesal ante el juez de la Unión.

A este respecto, el Tribunal General hace constar que el Frente Polisario goza de reconocimiento a nivel internacional como representante del Sáhara Occidental, aun suponiendo que dicho reconocimiento se inscriba en el marco limitado del proceso de autodeterminación del citado territorio. Además, su participación en ese proceso implica que cuenta con la autonomía y la responsabilidad necesarias para actuar en este contexto. Por último, las exigencias de la tutela judicial efectiva requieren que se reconozca al Frente Polisario la capacidad de recurrir ante el Tribunal General para defender el derecho a la autodeterminación del pueblo del Sáhara Occidental. El Tribunal General concluye, por tanto, a partir de ahí que el Frente Polisario es una persona jurídica en el sentido del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, y desestima la causa de inadmisión del Consejo.

En segundo lugar, el Tribunal General examina la causa de inadmisión del Consejo basada en la falta de legitimación del Frente Polisario. En cuanto a la cuestión de si las decisiones impugnadas afectan directamente al Frente Polisario, el Tribunal General destaca que una decisión de celebrar un acuerdo internacional en nombre de la Unión es un elemento constitutivo de dicho acuerdo y que, por tanto, los efectos de la aplicación de ese acuerdo sobre la situación jurídica de un tercero son pertinentes para apreciar si resulta directamente afectado por la decisión de que se trate. En este caso, con el fin de defender los derechos

que para el pueblo del Sáhara Occidental emanan de las reglas del Derecho Internacional que vinculan a la Unión, el Frente Polisario debe poder invocar los efectos de los acuerdos controvertidos sobre los citados derechos para demostrar que le afectan directamente. Pues bien, el Tribunal General considera que, en la medida en que los acuerdos controvertidos se aplican expresamente al Sáhara Occidental, así como, por lo que respecta al segundo de esos acuerdos, a las aguas adyacentes a éste, afectan al pueblo de dicho territorio y requerían que se obtuviera su consentimiento. Por consiguiente, el Tribunal General concluye que las decisiones impugnadas tienen efectos directos sobre la situación jurídica del frente Polisario en su calidad de representante de ese pueblo y de parte en el proceso de autodeterminación de dicho territorio. Por último, el Tribunal General subraya que, en lo relativo a su aplicación territorial, la puesta en práctica de los acuerdos controvertidos tiene un carácter puramente automático y no deja ninguna facultad de apreciación a sus destinatarios.

En lo que respecta a si el Frente Polisario resulta individualmente afectado, el Tribunal General señala que, habida cuenta de las circunstancias que han llevado a concluir que resulta directamente afectado, en particular de su situación jurídica como representante del pueblo del Sáhara Occidental y como parte en el proceso de autodeterminación de ese territorio, debe considerarse que el Frente Polisario resulta afectado por las decisiones impugnadas debido a cualidades particulares que lo individualizan de manera análoga a como lo sería el destinatario de esas decisiones.

En lo concerniente al fondo y, más concretamente, a la cuestión de si el Consejo incumplió la obligación de ajustarse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a los principios de Derecho Internacional aplicables a los acuerdos controvertidos, el Tribunal General indica que, en la sentencia Consejo/Frente Polisario, el Tribunal de Justicia dedujo del principio de autodeterminación y del principio de efecto relativo de los tratados obligaciones claras, precisas e incondicionales que han de presidir las relaciones entre la Unión y Marruecos en lo relativo al Sáhara Occidental: por una parte, el respeto de su estatuto separado y distinto y, por otra parte, la obligación de garantizar el consentimiento de su pueblo en caso de aplicación del Acuerdo de asociación sobre

dicho territorio. En consecuencia, el Frente Polisario debe poder invocar contra las decisiones impugnadas el cumplimiento de las mencionadas obligaciones, en la medida en que dicho incumplimiento puede afectar a ese pueblo, en su calidad de tercero respecto de un acuerdo celebrado entre la Unión y Marruecos. En este contexto, el Tribunal General rechaza la alegación esgrimida por el Frente Polisario según la cual la Unión y Marruecos no pueden celebrar un acuerdo aplicable al Sáhara Occidental, puesto que esta hipótesis no queda descartada por el Derecho Internacional, tal y como lo interpreta el Tribunal de Justicia.

En contrapartida, el Tribunal General acoge la alegación del Frente Polisario mediante la que alega que no se ha respetado la exigencia relativa al consentimiento del pueblo del Sáhara Occidental, en su calidad de tercero respecto de los acuerdos controvertidos, en el sentido del principio de efecto relativo de los Tratados.

A este respecto, por una parte, el Tribunal General considera que no es aplicable en este caso el principio de Derecho Internacional en virtud del cual el consentimiento de un tercero respecto de un acuerdo internacional puede presumirse cuando la intención de las partes en dicho acuerdo haya sido concederle derechos, puesto que la finalidad de los acuerdos controvertidos no es conceder derechos a dicho pueblo, sino que le imponen, en cambio, obligaciones.

Por otra parte, el Tribunal General destaca que, cuando una regla de Derecho Internacional exige el consentimiento de una parte o de un tercero, la expresión de dicho consentimiento condiciona la validez del acto para el que se requiere, la validez de ese propio consentimiento depende de su carácter libre y auténtico, y ese acto es oponible a la parte o al tercero que haya dado válidamente su consentimiento al respecto. Sin embargo, no puede considerarse que las gestiones emprendidas por las autoridades de la Unión antes de que se celebraran los acuerdos controvertidos permitieran obtener el consentimiento del pueblo del Sáhara Occidental respecto de dichos acuerdos, conforme al principio de efecto relativo de los tratados, tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia. El Tribunal General precisa, en este sentido, que la facultad de apreciación de las instituciones en el marco de las relaciones exteriores no les permitía, en este caso, decidir si podían ajustarse o no a esta exigencia.

En particular, el Tribunal General hace constar, para empezar, que, habida cuenta, por una parte, del alcance jurídico del concepto de “pueblo” en Derecho Internacional y del concepto de “consentimiento”, por otra parte, las “consultas” a las “poblaciones afectadas” organizadas por las instituciones no pudieron fructificar en la expresión del consentimiento del pueblo del Sáhara Occidental. Ese enfoque permitió, como mucho, recabar la opinión de las partes afectadas, sin que dicha opinión condicionarse la validez de los acuerdos controvertidos ni vinculase a las partes, único modo en que podrían resultarles oponibles. Seguidamente, el Tribunal General considera que los diferentes elementos relativos a la situación particular del Sáhara Occidental invocados por el Consejo no demuestran que fuera imposible en la práctica obtener el consentimiento del pueblo del Sáhara Occidental respecto de los acuerdos controvertidos, en su calidad de tercero respecto de los mismos. Por último, el Tribunal General destaca que las instituciones no pueden utilizar el escrito del consejero jurídico de la ONU de 29 de enero de 2002 como fundamento válido para reemplazar la exigencia de que se expresara dicho consentimiento por el criterio de los beneficios de los acuerdos controvertidos para las poblaciones afectadas. El Tribunal General concluye que el Consejo no tuvo suficientemente en cuenta todos los elementos pertinentes relativos a la situación del Sáhara Occidental y consideró erróneamente que gozaba de un margen de apreciación para decidir si procedía atenerse a dicha exigencia.

6. CONCLUSIONES

La última decisión del Tribunal General de la UE de anular los acuerdos arancelarios y de pesca es histórica en la medida en que va en contra de la actitud diplomática de sus Estados miembros. Además de las importantes consecuencias económicas que podría tener para éstos. Por un lado, se presenta la cuestión de la importación de productos provenientes del Sáhara Occidental presentados falsamente como marroquíes. Por otro lado, una posible indemnización por la explotación pesquera por parte de embarcaciones de Estados miembros de la Unión Europea de aguas ocupadas ilegalmente. Ante esta situación, el Consejo de la Unión Europea ha decidido recurrir la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, con el único voto en contra del representante

sueco⁹⁵, que considera que el fallo del 29 de septiembre de 2021 es coherente con las decisiones anteriores, en la medida en que un tratado no puede crear obligaciones o derechos para terceros sin su consentimiento y que, por tanto, los acuerdos no pueden celebrarse sin el consentimiento del pueblo del Sáhara Occidental.

Así las cosas, el 10 de noviembre de 2021, los embajadores del Comité de Representantes Permanentes (COREPER) de la Unión Europea aprobaron la interposición del recurso de casación, requiriéndose la aprobación a nivel ministerial. Ésta se produjo durante la reunión de los Ministros de Desarrollo celebrada el pasado 19 de noviembre. Pocos días después de que el Rey de Marruecos Mohamed VI declarase que “no establecería o mantendría transacción económica o comercial alguna con aquellos que tuviesen una actitud ambigua o ambivalente en esta cuestión”. Como consecuencia de los recursos interpuestos, ambos acuerdos sujetos a la sentencia de septiembre de 2021, el acuerdo comercial y el de pesca, seguirán aplicándose al Sáhara Occidental hasta que el Tribunal de Justicia de la UE se pronuncie. Se espera que el proceso tarde un año más (aproximadamente).

Por una parte, los Estados miembros de la Unión Europea quieren agotar la vía legal para tratar de aportar la mayor claridad posible al fallo. Mientras que, por otra parte, el Frente Polisario interpreta la interposición del recurso como una especie de conspiración por parte de algunos países europeos que apoyarían al ocupante marroquí, para seguir saqueando las riquezas del pueblo saharauí, como parte de una estrategia para tratar de entorpecer el proceso de descolonización.

La futura decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se plantea en un contexto geopolítico marcado por la tensión entre Marruecos y sus vecinos. Recordemos que Marruecos es el primer socio comercial de la Unión en la vecindad sur y del vigésimo en términos generales. Además, la decisión de recurrir podría afectar a las relaciones, ya de

⁹⁵ En 2018, Suecia fue el único Estado miembro de la UE que objetó la práctica que ésta había adoptado en respuesta a las sentencias anteriores del Tribunal de Justicia de la UE que ya habían invalidado la aplicación de los acuerdos entre la UE y Marruecos a la última colonia de África: el enfoque de añadir una enmienda a los acuerdos impugnados para incluir explícitamente al Sáhara Occidental en su ámbito geográfico, sin el consentimiento del pueblo del territorio.

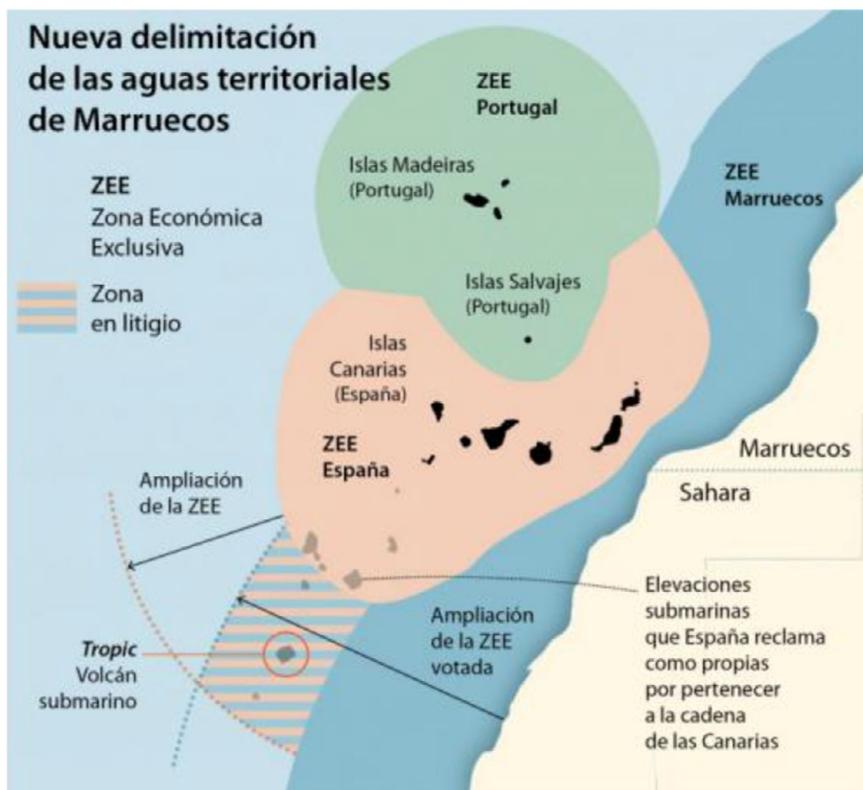
por sí tensas, en los últimos tiempos, en lo relativo al control y gestión de flujos migratorios masivos provenientes de Marruecos hacia la Unión Europea⁹⁶.

6. REFERENCIAS

- Carrasco González, F. M. (2017), “Los derechos de aduana”, en Pérez Royo F. (dir.), *Curso de Derecho Tributario*, Parte especial, 11ª ed., Tecnos, Madrid.
- Falcón y Tella, R. & Pulido Guerra E. (2018), *Derecho Fiscal Internacional*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid.
- Fernández Rozas, J.C. (2017), “Estrategias y prioridades de la polivalente gestión de la Unión Aduanera ante su cincuenta aniversario”, en *La Ley Unión Europea*, nº. 44.
- Ibáñez Marsilla S. (2019), “Impuestos arancelarios”, en Martín Queralt J., Tejerizo López, J.M. & Álvarez Martínez, J. (dirs.), *Manual de Derecho Tributario*, 16ª ed., Thomson Reuters, Madrid.
- Jurado Borrego, M. P. (2017), “La aduana del Siglo XXI”, en Solé Estalella, J.A. (dir.), *El Código Aduanero de la Unión y su normativa de desarrollo*, 1ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona.
- Mangas Martín, A. & Liñán Nogueras, D.J. (2014), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 8ª ed., Tecnos, Madrid.
- Soroeta Licerias, J. (2015), *International Law and the Western Sahara Conflict*, ed. Wolf Legal Publishers.
- Soroeta Licerias, J. (2018), “La jurisprudencia del TJUE en relación con la legalidad de la explotación de los recursos naturales del Sáhara Occidental o el dogma de la inmaculada legalidad de la acción exterior de la Unión Europea y sus consecuencias”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº. 46.
- Soroeta Licerias, J. (2019), “Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Saharawi Territory”, en *Spanish Yearbook of International Law*, nº. 23.

⁹⁶ Piénsese, inter alia, en el incidente diplomático vivido en el mes de mayo de 2021, cuando Marruecos descubrió que Madrid había acogido al líder del Frente Polisario, Brahim Ghali, que sufría complicaciones relacionadas con la COVID19. Inmediatamente, las fuerzas de seguridad marroquíes relajaron la vigilancia de las fronteras en el enclave español de Ceuta.

**ANEXO I. LA AMPLIACIÓN UNILATERAL
DE LAS AGUAS TERRITORIALES MARROQUÍES (2020)⁹⁷**



Fuente: MarineRegions.org/

⁹⁷ El 26 de enero de 2020, el Parlamento marroquí aprobó las leyes 37.17 y 38.17 que amplían la Zona Económica Exclusiva (ZEE) marroquí y la delimitación de su frontera marítima con España y Mauritania. Esta ampliación incluye las aguas adyacentes del Sáhara Occidental.

LAS RADIOCOMUNICACIONES COMO UN ELEMENTO MÁS EN LA SEGURIDAD MARÍTIMA

RAQUEL ESTHER REY CHARLO
Universidad de Cádiz

1. INTRODUCCIÓN

La navegación nació con el objetivo de obtener alimentos y explorar el horizonte, convirtiéndose hoy en día, en el medio más utilizado para el transporte tanto de personas como de mercancías.

Esta investigación parte desde mediados del siglo XVIII hasta comienzos del XIX. Estos siglos se caracterizaron por sus revoluciones políticas y tecnológicas. La primera revolución originada en Gran Bretaña en el siglo XVIII, se extendió por el resto de Europa en la primera mitad del siglo XIX, aunque no se realizasen homogéneamente.

Inglaterra, por su situación geográfica, contó con unos factores que le facilitaron su economía y su industria antes que el resto de los países europeos. Uno de los factores fue el hecho de tener una moneda estable, otro fue una buena organización bancaria, sin olvidar el factor de poseer unas buenas redes fluviales que utilizaban para el transporte de mercancía, y, por lo tanto, una buena flota naval. Gracias a sus relaciones internacionales y a esta flota, Inglaterra estaba fluidamente provista por materias primas, que a su vez exportaba con el valor añadido en forma de productos.

Esto conllevó a que Europa se convirtiera en unos de los continentes más rico como consecuencia de los descubrimientos de nuevas rutas de navegación para el comercio. Sus redes fluviales interiores y su red de pequeños puertos de cabotaje, se convirtieron en un medio de transporte esencial para el desarrollo del comercio internacional.

La Primera revolución industrial, respaldó cambios tecnológicos, culturales y sociales y con ello económicos. Los cambios tecnológicos se basaron en la utilización del acero (el cual se convirtió en materia prima, produciendo avances tecnológicos en la industria bélica), y del carbón (utilizado como energía de los motores de vapor que llevaban los primeros buques de vapor). Estos cambios tecnológicos se vieron reflejados en el transporte, ocasionando un gran desarrollo tanto en el sector ferroviario como en el marítimo, provocando el crecimiento de la industria y del comercio.

Con la Segunda revolución industrial, se produjo una aceleración en los cambios que ya se habían originado en la Primera. Como fue en el caso de los cambios técnicos, las innovaciones, las fuentes de energía nuevas, se potenciaron los estudios, con lo que se produjo un aumento de conocimiento científico, técnico y sanitario. Este periodo en términos generales se caracterizó por máquinas mucho más complejas. Se descubrió la electricidad y el petróleo como fuentes de energía. La electricidad hizo que se multiplicaran los inventos, desde la bombilla de Edison, hasta llegar al teléfono de Bell. La necesidad de la comunicación a largas distancias, se vio solventada con la telegrafía, y posteriormente por la telegrafía sin hilos, invento de Marconi que se hizo notorio tras el desarrollo de la difusión.(Palacios, 2004)

2. OBJETIVO

El objetivo por afrontar en esta investigación es realizar un recorrido histórico de las comunicaciones y como llegan éstas a los buques para convertirse en un medio más para la seguridad abordo. Para tal propósito, se efectuará un análisis histórico de dichos avances en el entorno marítimo con la finalidad de demostrar la necesidad y la importancia de las radiocomunicaciones a bordo para las Comunicaciones SAR, como cualquier otra información que se pueda recibir de estas, avisos a los navegantes, partes meteorológicos.

3. ESTADO DEL ARTE

Los avances tecnológicos en las radiocomunicaciones marítimas han sido estudiados por muchos autores. Harsh Vardhan, en su *Radio Broadcast Technology*, realiza un recorrido por la historia de la radio difusión donde ultima que, los grandes cambios tecnológicos en el área de procesamiento y transmisión de la señal, brindan calidad y fiabilidad a las comunicaciones (Vardhan, 2002). Los métodos de comunicación entre buques o buque y costa han evolucionado y se ha pasado de una señal que dependería de la distancia, de la hora y del tiempo, pasando por el canal óptico, acústico, hasta llegar al canal eléctrico, emitiendo una señal mediante radiotelegrafía y radiotelefonía (Skyttner, 1997).

La base de este estudio son las Radiocomunicaciones Marítimas, y, como no, surge desde la telegrafía sin hilo. En esta línea, Vinay Kumar Nassa nos hace un recordatorio del pasado, presente y futuro en las comunicaciones, observando la evolución de esta por el desarrollo tecnológico (Nassa, n.d.). También Dunlap, escritor de aquellos años, en uno de sus libros, nos habla de la evolución de estas radiocomunicaciones desde Marconi, hasta el primer socorro emitido por el “Republic” (Dunlap, 1937).

4. SEGURIDAD MARITIMA

La Seguridad Marítima hace referencia tanto a la seguridad del buque como a la seguridad del medio. Con respecto a la seguridad del buque, se refiere a aquellos factores que influyen en la navegación y en la seguridad de la vida humana a bordo, y que engloban a los aspectos internos y externos que perturban su travesía. Hay que destacar la vinculación existente entre seguridad de la navegación y seguridad del medio marino, ambas dependientes de la seguridad del buque. Las tecnologías satelitarias son utilizadas para determinar la posición del propio buque en cuestión para garantizar la seguridad, también para comunicaciones de socorro, urgencia, seguridad y de rutina. Según la ITU, las radiocomunicaciones contribuyen a mejorar la seguridad y el bienestar en el mar, de acuerdo con el Objetivo 9 de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (ODS).

Las radiocomunicaciones son el único medio que posibilita la comunicación entre buques o entre buque y tierra. Esta capacidad de comunicación se ha convertido en indispensable para el sector marítimo, donde el transporte marítimo sustenta a una economía globalizada y en el cual la seguridad de la navegación es un objetivo prioritario.

4.1. COMIENZOS DE LA SEGURIDAD

Debemos de realizar una visión retrospectiva de la seguridad marítima, donde su comienzo estaba fundamentalmente enfocada a la seguridad del propio buque y de su personal. En el transcurso de los años surgen distintas normativas e instituciones nacionales orientadas a la seguridad.

En 1824 Sir William Hillary fundó la “National Lifeboat Institution” con el objetivo de dar apoyo a la flota inglesa, mediante embarcaciones salvavidas gobernadas por personal capacitado (Mortimer, 1999), las 24 horas del día, los 7 días de la semana, dichas personas que lo formaban eran voluntarios y estaban financiados por donaciones. Se trataba y trata de un servicio independiente de la guarda costera y del gobierno. La creación de esta institución fue en respuesta al elevado número de naufragios habidos en los alrededores de la isla de Man. Algunos de ellos fueron el buque *Wallace Edkin*, que naufragó en Southport o del *Duque de Richmond* que se incendió en el Mar de Irlanda.

Todo esto motivó que el afán de prestar ayuda a los buques en situación de peligro hiciera que cada país costero se esforzara en crear su propia sociedad, teniendo como referencia a la National Lifeboat Institution. En 1859, España obtuvo botes y materiales procedente del Royal Institution los cuales fueron repartido por los distintos puertos españoles. Pero a pesar de estar dotados, no tenían personal cualificado por lo que los servicios no eran eficaces, ya que se requiere entrenamiento específico, señales de alertas, conocimientos de incendios a bordo y primeros auxilios.

En 1880 nació “La sociedad Española de Salvamento de Náufragos”, para ayudar en las costas tanto de la península como de las islas adyacentes. Se trata de una sociedad benéfica, cuyo material procede del

ministerio, se fue afianzando poco a poco, incluso publicaban Boletines con avisos a los navegantes, rescates realizados y medallas concedidas. Pero debido a las grandes pérdidas sufridas durante la guerra civil de 1936, la sociedad se quedó sin fondos y sus benefactores disminuyeron. No sería hasta 1960 cuando España se adhiere al Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, con lo que se comprometía a garantizar el salvamento de las personas en peligro en sus costas. Esto obligó a reestructurar y dotar los servicios. En un primer momento sus funciones fueron encomendadas a la Armada y posteriormente a la Cruz Roja en 1971.

El “British Board of Trade” como organismo se encargó de supervisar las relaciones comerciales con otras naciones, haciendo cumplir las leyes tanto del comercio como la de navegación (Andrews, 1908). Dicho organismo estableció el primer Código Internacional de Señales en 1855, con la finalidad de resolver conflictos como consecuencia del idioma y resolver situaciones de seguridad marítima (López et al., n.d.). Cuando se comenzó a implantar reglas en la navegación, cada nación tenía sus reglas las cuales estaban condicionadas al capital marítimo de cada país. Si se observa internacionalmente, abundaba las contradicciones y por tanto las colisiones eran frecuentes. Más tarde, dicho organismo como consecuencia del cada vez más evidente aumento del tamaño de los buques y de su velocidad, junto al incremento del tráfico marítimo, llevó al establecimiento de la Rule of Road at Sea (1863) como normativa de separación de tráfico marítimo, la cual fue adoptada paulatinamente por las naciones marítimas (Cockcroft & Lameijer, 2003).

4.2. UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES (ITU)

Si nos adentramos en las comunicaciones marítimas como un elemento más para la seguridad marítima, al principio, estas se reducían en señales acústicas y visuales, por lo tanto, las comunicaciones solo se realizaban entre buques cercanos entre sí o entre buque y tierra firme visible. La aparición de “la radio” favoreció la seguridad marítima y eliminó el aislamiento de la tripulación.

El auge en la producción provocado por La Revolución Industrial vivida en Europa desde mediados del S XVIII impactó de lleno en el

transporte marítimo internacional y por consiguiente en los buques, donde las nuevas tecnologías en materia de comunicaciones también se hicieron presentes. Dichos cambios propiciaron un cambio de normativas y reglamentaciones que se llevarían a cabo en Convenios.

En un primer momento, esos primeros avances tecnológicos en comunicaciones que se realizaron en 1830 fue en tierra, destacando en países como en Inglaterra, Estados Unidos, y en las principales comunidades de los países europeos, por su alto poder adquisitivo. Con la aparición de “la telegrafía” y por tanto el progreso, en un primer momento, se quedó en líneas telegráficas nacionales, ya que cada país utilizaba un sistema y equipos distintos. Luego se pasó a convenios bilaterales, hasta que se comenzó a crear un acuerdo de los países, unificando y normalizando las comunicaciones (Al Qemzi & Al Mansoori, 2015).

De ahí surgió en 1865 la Unión Internacional de Telecomunicaciones (ITU) como la institución encargada de velar y legislar en lo concerniente a las comunicaciones.

5. RADIOCOMUNICACIONES A BORDO

5.1. INICIO DE LAS RADIOCOMUNICACIONES

La naturaleza de las comunicaciones dejó constancia de aquellas primeras pruebas de Marconi por establecer una comunicación entre dos buques. En los últimos años del siglo XIX, Marconi perfeccionó con éxito los avances científicos logrados con anterioridad en el campo de las ondas electromagnéticas, facilitando el hacer posible las comunicaciones con los barcos y la implantación de la Telegrafía sin hilos (TSH). Muchos fueron los investigadores que contribuyeron para la aparición de TSH, como fue Oerted, Ampere, Faraday, Herz, Tesla, Brandey, Lodge y Popov; pero el que fue considerado como el padre de la telegrafía sin hilo era Marconi, y, por tanto, fue el que tiene su patente y comercializó con la radio. En 1898 fundó el primer servicio radioeléctrico diario, entre la isla Wight y Bourmemouth. Y fueron tan relevantes los avances en comunicaciones terrestres, que ya, en 1899 la nueva tecnología irrumpió en los buques.

En 1899, sería cuando el primer buque “Saint Paul” se hizo a la mar equipado con un equipo de telegrafía a bordo (González & Corbacho, 2015). La aparición del perfil, del “operador radiotelegrafista” fue clave para las comunicaciones, por lo cual, el hombre en el mar dejó de sentirse solo, de añorar a su gente y a su país gracias a este medio que utilizó de puente, la “telegrafía morse”. A parte de convertirse en un medio para la seguridad en la navegación, y un gran apoyo para la búsqueda y rescate.

Los progresos de las comunicaciones en los buques por aquel entonces, fueron poco conocidas por la gente de a pie, hasta que ya se empezaron a realizar rescates en los accidentes marítimos, como fue en 1900 el caso del rompehielos “Yermak” (Szymanczyk, 2013) que, tras recibir una llamada, rescató a unos pescadores en el Mar Báltico.

La Marconi’s International Marine Communications Company se fundó en 1900, consiguió grandes clientes a los que alquilaba los equipos y a sus operadores, como fue en el caso de la British Lloyd Company y el Gobierno Italiano. Fue tanto su poder y monopolio, que no bastó con poner sus equipos en los buques sino también, a no comunicarse con buques que no tuviesen sus equipos. Fue tan evidente el monopolio que una muestra de ello fue que, en 1902, hubo un percance que puso en evidencia a las comunicaciones, al no permitir la comunicación entre buque y costa por no tener las instalaciones de la misma compañía, norma que estableció Marconi a sus operadores (Yago, n.d.).

Como la telegrafía en los buques se convirtió en una gran industria, apareció como rival de Marconi, Telefunken. Empresa alemana fundada en 1903, que fusionó Funkentelegraphie (AEG) y Telebraun (S&H) para competir contra Marconi. Por aquel entonces, la rivalidad de Reino Unido y Alemania fue visible al tratarse de dos grandes potencias, y por la aparición de la telegrafía, por la que lucharon por su control con la patente, sus tecnologías y como no, dentro del mercado, sin dejarnos atrás la importancia de las comunicaciones en los periodos de guerra.

5.2. ESTANDARIZACIÓN DEL SOCORRO

Fue en 1906, en Berlín, cuando la primera Conferencia Radiotelegráfica Internacional firmó el primer “Convenio Internacional de Radiotelegrafía” donde se recogió por primera vez en su anexo, una reglamentación de obligado cumplimiento. Esta reglamentación fue revisada en diversas ocasiones, y fue conocida como Reglamento de Radiocomunicaciones. Dicho reglamento recogía entre otras, el deber de poder comunicar entre equipos de distintos fabricantes y navieras, es decir compatibilidad técnica. Se estableció el orden de prioridad de las comunicaciones, la banda de frecuencia se divide en tres bloques:

- Una de ellas adecuada a la correspondencia publica marítima.
- La segunda entre estaciones costeras que estén a larga distancia.
- Para las instalaciones navales y militares.

Se estandarizó el SOS en morse (...—...) como la señal de socorro, sustituyendo a CQD (Come Quick Danger, venid pronto, peligro) que se trataba de un código utilizado para comunicaciones (pero no tuvo aceptación internacionalmente hasta 1912 y en vigor hoy día) (Fernández-Shaw, 1973). En 1909 Marconi seguía rechazando las comunicaciones de otros buques que no tuvieran sus equipos, ya que el acuerdo no había sido firmado por todos los integrantes.

5.2.1. Primer socorro

En 1909, el buque “Slavonia” (Monteiro, 2013). emitió la primera señal de socorro por radiotelegrafía en su travesía entre Palermo y Nueva York al naufragar cerca de las Azores. En ese mismo año el buque “Arapahoe” realizó por morse una llamada de socorro tras la rotura de su hélice, y a los pocos meses él recibió un socorro del “SS Iroquois”⁹⁸.

5.2.2. Primer rescate marítimo

En enero de 1909, tuvo lugar el primer rescate marítimo (Fedunkiw, 2007) donde las radiocomunicaciones jugaron un papel primordial. El

⁹⁸ Ver: <https://are-mar.es>

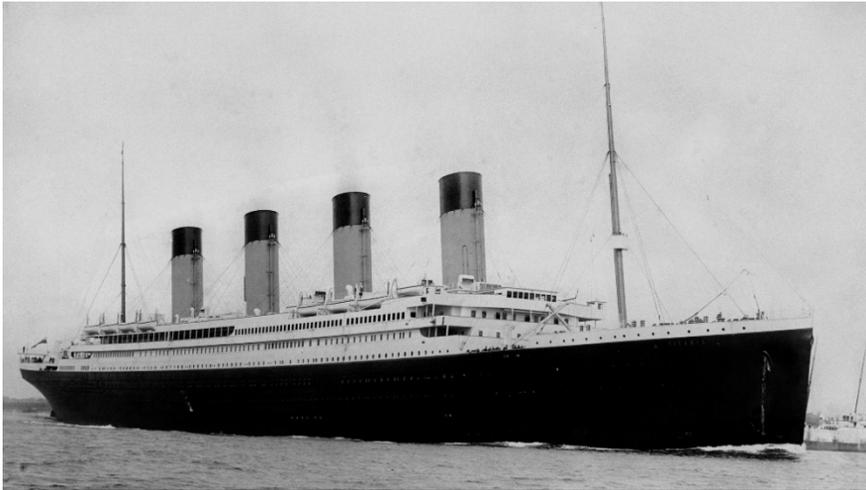
incidente que tuvo lugar fue el abordaje entre un buque de pasaje británico “Republic” y otro italiano “Florida”. El buque “Florida” colisionó con el “Republic” a la altura de la sala de máquinas, ocasionándole el apagado de motores, calderas y dinamos, y por ello se quedó sin electricidad. Pero gracias a tener energía de las baterías secundarias, pudo enviar el socorro (CQD, predecesor del SOS) a través del telégrafo inalámbrico. A dicha llamada de auxilio, respondieron varios buques, quedó así demostrada la capacidad de ayuda que tenía la nueva tecnología. Desde ese momento, las radiocomunicaciones han adquirido una importancia vital como medio de alertar rápidamente de cualquier incidente, para su posterior solución, como por ejemplo el rescate de embarcaciones o tripulantes, entre otras acciones. Pasó de ser un instrumento que reducía el aislamiento en la mar y dar avisos, a convertirse en algo necesario para salvar miles de vidas humanas.

Otro claro ejemplo fue en 1910, el “Kentucky” que antes de hundirse envió un socorro y consiguió salvar muchas vidas, o en 1911, el “Mérida”.

5.3. CAMBIO EN LA HISTORIA DE LA SEGURIDAD MARÍTIMA

El buque que marcó la historia de la seguridad marítima y en particular en las comunicaciones, fue el Titanic, en 1912. Dicho buque emitió una señal de socorro antes de hundirse, lo cual facilitó el rescate de un gran número de pasajeros y tripulación.

FIGURA 1. *Titanic*



Fuente: Canal Historia⁹⁹

El siniestro indujo que en ese año se realizara una Conferencia Radiotelegráfica Internacional, en Londres. Donde observaron que los Reglamentos de Seguridad se habían quedado obsoletos en relación a los avances tecnológicos surgidos en aquellos años, al igual que el servicio de telegrafía y su función para la seguridad en la navegación.

En una segunda Conferencia, se acordaron varias medidas a tomar con respecto a las comunicaciones, como fue el caso del acuerdo de franjas de longitud de onda para las señales de socorro y que los periodos de silencio fuesen a los 15 y a los 45 minutos de cada hora con una duración de 3 minutos (Brenot, n.d.).

Dos años después, en 1914 se firmó, aunque no llegó a entrar en vigor por el periodo bélico de la Primera Guerra Mundial, el primer Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida en la Mar (SOLAS 1914), donde se acordó la obligatoriedad de llevar una instalación radiotelegráfica de ondas hectométricas a bordo con operatividad las 24 horas. Dicho convenio marcó la estrategia internacional de próximos SOLAS en materia de radiocomunicaciones. Además, se incluyeron unos

⁹⁹ Ver: <https://canalhistoria.es/hoy-en-la-historia/hundimiento-del-titanic/>

capítulos referentes a la radiotelegrafía, al salvamento, a la protección contra incendios, a la navegación y a la construcción.

Ya fue en los SOLAS del 29,48 y 60 cuando se obligó a llevar las instalaciones en los buques de pasaje y de carga(>1600TRB). La telegrafía se convirtió en la primera tecnología reglada internacionalmente hasta el SOLAS 48, donde se exigió la estación radiotelefónica en buques entre 300 y 1600TRB, y se incluyó el radiogoniómetro, siendo ambas medidas de seguridad. En el SOLAS 60 se dieron los horarios de escucha, las especificaciones técnicas de equipos y modo de operación. Y no sería hasta el SOLAS del 74 hasta que no se incluyeran el radar y sonda. En estos Convenios establecieron al Oficial Radioelectrónico como el encargado de la manipulación y el mantenimiento de los equipos.

Durante la guerra, se seguía investigando, y se iban produciendo avances tecnológicos. Se crearon transmisores y receptores para las trincheras para poder así comunicarse. Las técnicas de localización de frecuencia enemiga fueron mejoradas hasta tal extremo que, por triangulación, eran capaces de localizar el buque enemigo. Esto conllevó que los buques mercantes, disminuyeran el uso de la radio, para no ser detectados por el enemigo, esto fue considerado silencio de radio. La importancia de la radio en los buques se hizo primordial, se pasó de los equipos de chispas a los transistores de arcos y de estos a los equipos de tubos de vacíos. La tecnología llegó aumentando la capacidad de las radios, que rían transmitir por voz y se consiguió (1917), al igual que seguir utilizando longitudes de ondas cortas, para llegar a la radiodifusión. La guerra contribuyó con los avances y progresos tecnológicos aparte de científicos.

Existen muchos buques de gran interés histórico por sus transformaciones en periodos de guerra, como el “Lusitania” que pasó de ser un transatlántico de lujo con una estación de telegrafía a bordo, a ser un buque destinado para el transporte de tropas. O el buque “Lancastria” que también se dedicó a la evacuación.

5.4. MEJORAS EN LAS RADIOCOMUNICACIONES: GMDSS

Los avances tecnológicos son utilizados para los dispositivos a bordo y como parte del sistema de seguridad marítima internacional, provocando con ello, los cambios legislativos pertinentes para que los buques se actualicen y modernicen. Por ello, se tiene en cuenta los estudios y progresos con los satélites.

La IMO, en su lucha por mejorar la seguridad marítima, comenzó a estudiar la posibilidad de utilizar los satélites como un elemento a incorporar en las comunicaciones marítimas, tras el lanzamiento del primer satélite de telecomunicaciones, el Telstar en 1962. Sería en 1966 cuando el Comité de Seguridad Marítima (CSM) estudió los requisitos operacionales de dichos satélites para uso marítimo.

En los inicios de los años setenta, se observó que las comunicaciones marítimas fueron mejorables gracias a los nuevos avances tecnológicos por satélite y la facilidad de comunicar por telegrafía de banda estrecha. La IMO percibió por tanto que era necesario modernizar las comunicaciones en el sistema de socorro marítimo que había sido adoptado por el entonces nuevo Convenio SOLAS 1974.

Sería en 1973, cuando se convocó una conferencia para establecer el uso de los satélites a un nuevo sistema de comunicaciones marítimas.

La conferencia tuvo lugar en 3 sesiones, y fue en la última cuando se adoptó el Convenio Constitutivo de la Organización Internacional de Telecomunicaciones Marítimas, denominada INMARSAT con su Acuerdo de Explotación.

La IMO, en la resolución A283(VIII) de 1973, reconoció esa necesidad de mejorar la seguridad marítima, con un sistema de socorro marítimo más eficaz. El sistema debería de cumplir una serie de especificaciones como fueron, facilitar las comunicaciones tanto a distancias largas como medias, ser de fácil uso, tener unos procedimientos estándares internacionales para facilitar las operaciones de rescate y la coordinación, los sistemas debían de incluir alarmas automáticas e indicadores de posición.

El origen de INMARSAT en 1979 por la IMO, y los frutos posteriores llevaron al desarrollo y aceptación de un nuevo sistema, el Sistema Mundial de Socorro y Seguridad Marítimos (GMDSS).

En 1979, la IMO planteó el nuevo sistema, el GMDSS, cuyas bases se encuentran en la resolución A 420(XI). En el SOLAS del 74 que entró en vigor en 1980, se establecieron las etapas para la entrada del nuevo sistema, todo ello llevado a cabo por el conocimiento de la gran inversión económica que acarrea.

La asistencia a buques siniestrados fue evidente y reflejado internacionalmente en el SOLAS. Sin embargo, la asistencia y las operaciones de búsqueda y rescate, dependían de cada país (era un plan nacional), dependiendo de sus requisitos y de sus propios recursos. Pero todos, aunque individualmente, tenían planes muy similares, se tuvo que incorporar un nuevo convenio en 1979, denominado Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimos (Convenio SAR). En 1985, se dialogó sobre la colaboración entre países y centros de coordinación de salvamentos relacionados entre sí, para optimizar el salvamento marítimo. Surgió por tanto la necesidad de renovar las comunicaciones, desarrollando ese nuevo sistema “Sistema Mundial de Socorro y Seguridad Marítima (E. Tzannatos, 2002).

A partir de entonces, en el artículo 98 de la Convención de las Naciones Unidas “On the Law at Sea” también se estableció la obligación generalizada para todos los estados costeros de organizar un servicio de búsqueda y rescate.

En si la Convención SAR fue diseñada para proporcionar un sistema de emergencia global, donde el GMDSS, sería el soporte para unas comunicaciones eficientes. Tanto el GMDSS y el SAR son fundamentales para la seguridad marítima ya que garantizan la efectividad y la rapidez necesaria para un caso de emergencia.

El Convenio fue enmendado en 1998 (MSC.70(69) en vigor en enero del 2000) y en 2004, denominado como Convenio de Hamburgo, y fue clave para los servicios marítimos SAR, donde se especificaron los requisitos para los sistemas SAR a los estados costeros del mundo, estableció acuerdos con los países vecinos y estableció regiones SAR.

Se comprometieron a vigilar las costas y por tanto a rescatar a personas en peligro en el mar que se encontraran en su zona de vigilancia. Estos arreglos incluyeron el establecimiento, operación y mantenimiento de las instalaciones de búsqueda y rescate siendo practicables y necesarias, teniendo en cuenta la densidad del tráfico marítimo y los peligros de la navegación. Se exigió establecer sistemas de notificación para buques, donde informen de su situación a la costera. Reduciendo el tiempo entre el último contacto y el comienzo de la operación de búsqueda y rescate y contribuyendo a determinar qué buques puedan prestar asistencia.

La Convención SAR proporcionó un plan global para llevar a cabo operaciones SAR, pero lo que no pudo hacer fue optimizar las comunicaciones que eran y son importantes en los procedimientos de búsqueda y rescate, y fue ahí donde el Sistema Mundial de Socorro y Seguridad Marítima (GMDSS) entró.

FIGURA 2. *Sistema GMDSS*



Fuente: SAILOR

El criterio básico del GMDSS es alertar tanto a las autoridades de búsqueda y salvamento en tierra como a los buques cercanos al siniestrado, con el propósito de que puedan ayudar en la búsqueda y salvamento con la mínima dilación. También permite mantener comunicaciones de

urgencia y seguridad marítima, radio avisos náuticos y meteorológicos. En otras palabras, puede efectuar funciones de comunicación fundamentales para la seguridad. Para ello, el sistema está formado por una serie de equipos que dependen de la zona marítima en la que navegue el buque.

La cooperación entre la IMO y la ITU fue decisiva para establecer el marco legislativo adecuado para aplicar el GMDSS, realizándose a través de las Conferencias Administrativas Mundiales de Radiocomunicaciones para los servicios móviles de 1983 y 1987. Acogieron enmiendas al Reglamento donde acordaron las frecuencias, los procedimientos de explotación y el personal de radiocomunicaciones para el GMDSS.

El primer paso fue que los Estados, instalasen el sistema GMDSS a partir del 1 de febrero de 1992. Para ello, los buques tan solo debían incorporar la radiobaliza y el NAVTEX. El segundo paso se dio en 1995, donde se implantó que los buques de nueva construcción tenían que cumplir con el GMDSS según estaba indicado en el SOLAS en su Capítulo IV. El tercer y último paso fue que, en febrero de 1999, todos los buques tendrían que estar equipados según lo establecido.

Actualmente ya implantado el GMDSS, se sigue localizando deficiencias en las inspecciones de radiocomunicaciones por posible ineficacia de competencia de los operadores encargados del mismo, ya puede ser por falta de formación, por estrés, por carga de trabajo u otras circunstancias que repercuten a las comunicaciones. Con respecto a este tema, ha sido estudiado y comentado por distintos autores, como es el caso de Tzannatos donde califica de baja competencia, al operador encargado por emitir señales de socorros falsas, u otro estudio donde comenta su poca formación (E. S. Tzannatos, 2004).

A pesar de tener implantado el GMDSS, todavía hay que seguir solventando errores que tiene dicho sistema, como fue el caso de las falsas alertas, la IMO respondió aprobando la resolución A814(19) y más tarde la circular del comité, la MSC/Cir.861.

6. CONCLUSIONES

Se ha podido observar que, a través del tiempo, los investigadores y las nuevas tecnologías han avanzado en las radiocomunicaciones, y con ello se han producido cambios en las normativas internacionales acorde a dicha evolución. El desarrollo de las radiocomunicaciones ha estado determinado por los cambios desde su incorporación a los buques hasta la entrada en vigor de un sistema automatizado, denominado Sistema Mundial de Socorro y Seguridad Marítima.

Se ha podido comprobar y ver como las radiocomunicaciones a bordo, sirven tanto para recibir llamadas de emergencia, seguridad o rutina, como para avisos a los navegantes, partes meteorológicos, de ahí su gran importancia a bordo.

Si no se realiza el procedimiento de llamada correctamente, ésta no se recibirá adecuadamente por lo que no hay posibilidades de un rescate o que la ayuda llegue tarde. Esto nos lleva a que la rapidez es fundamental en estos casos porque sus consecuencias serían pérdidas de vidas humanas. Y si se tratase de un derrame, las medidas a tomar tendrán que ser inmediatas porque su expansión produciría un gran desastre medioambiental.

Por ello es fundamental tener recursos eficaces para emitir una señal de emergencia. Pero no solo depende del equipo, sino del personal a cargo de emitirlo, debe de conocer el procedimiento, el manejo del equipo, el mantenimiento del mismo... todo esto conlleva a una adecuada capacitación.

Todo lo expuesto hasta ahora pone de manifiesto la importancia de las radiocomunicaciones a bordo, siempre y cuando exista un correcto mantenimiento del equipamiento y un estrecho seguimiento de la normativa de obligado cumplimiento.

En el transcurso de los años, el cambio en las radiocomunicaciones, puede ser interpretado como consecuencia de pasar de equipos pesados que se debían de calentar, sintonizar y dependía de un buen mantenimiento y conocimiento de los equipos por lo cual había un personal capacitado y cualificado para el manejo y mantenimiento del equipo, el

oficial radioelectrónico, a pasar a la digitalización donde desaparece ese personal explícito para ese puesto como consecuencia de que los propios equipos tienen sus chequeos internos y apenas tienen mantenimiento, ya que una vez que un equipo se estropea es sustituido por uno nuevo al llegar a puerto. Con respecto a su manipulación se ha diseñado tan fácil e intuitivo para que el personal a cargo no le resulte difícil, pero, aun así, el oficial de puente debe tener una formación apropiada, con un título de operador de dichos equipos.

La evolución legislativa en materia de seguridad marítima, así como en materia de radiocomunicaciones ha estado siempre vinculada tanto a avances tecnológicos como a accidentes y catástrofes habidos a lo largo de la historia. Se ha podido observar claramente que la legislación ha evolucionado siempre y de forma constante en función a incidentes relevantes y a los avances científicos. Muestra de ello queda de manifiesto en la realización de los estudios de evolución del Reglamento de Radiocomunicaciones, Convenio SOLAS, Convenio SAR y STCW.

Para concluir con el tema, me siento obligada a comparar las comunicaciones de antes y después de la implantación del GMDSS. Antes, la cobertura de las comunicaciones estaba limitada dependiendo éstas de la cercanía a tierra, su operatividad dependía de un oficial radioelectrónico habilitado y cualificado para ello y la posible incompatibilidad entre buques de telefonía y telegrafía. Sin embargo, con el nuevo sistema, su cobertura es mundial al disponer de la capacidad de elección del método de transmisión, su manejo para realizar llamadas de socorro son operaciones simples y automáticas, y la compatibilidad entre sus equipos está asegurada.

Para rematar la falta de mantenimiento adecuado puede ser la causa principal de la mayoría de las deficiencias en radiocomunicaciones obtenidas en las inspecciones. Creo que queda claro que los equipos de radiocomunicaciones son necesarios a bordo, pero no sirven de nada, si el personal a cargo no sabe manejarlo correctamente. Esto nos justifica el llamamiento del personal encargado para que sea consciente de la importancia de un buen uso, conocimiento y mantenimiento, no sólo para su seguridad a bordo, sino también para evitar mayores catástrofes y costosos retrasos por deficiencias.

7. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

Agradezco al grupo de investigación “Política Marítima” de la Universidad de Cádiz, por su gran apoyo. Y mi gratitud por su colaboración a Manoli y José Ramón, unos grandes profesionales. Y sobre todo a mi familia por estar ahí, sin su apoyo no lo hubiera conseguido.

8. REFERENCIAS

- Al Qemzi, M. A., & Al Mansoori, H. O. (2015). Declaraciones con motivo del 150 Aniversario de la UIT. *Actualidades de La UIT*, 3, 40–41.
- Andrews, C. M. (1908). *British Committees, Commissions, and Councils of Trade and Plantations, 1622-1675* (Issues 1–12). Johns Hopkins Press.
- Brenot, P. (n.d.). *La telegrafía sin hilos y la Conferencia internacional sobre la salvaguardia de la vida humana en el mar*.
- Cockcroft, A. N., & Lameijer, J. N. F. (2003). *Guide to the collision avoidance rules*. Elsevier.
- Dunlap, O. E. (1937). *Marconi: The Man and his wireless*. Macmillan New York.
- Fedunski, M. (2007). *Inventing the Radio*. Crabtree Publishing Company.
- Fernández-Shaw, F. (1973). La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT): pasado, presente y futuro. *Revista de Política Internacional*, 125.
- González, J. C., & Corbacho, F. P. (2015). Los comienzos del oficial radiotelegrafista marítimo en España. *Llull: Revista de La Sociedad Española de Historia de Las Ciencias y de Las Técnicas*, 38(82), 259–290.
- López, J. M. R., en la Marina, S., & Códigos, C. I. (n.d.). *Las comunicaciones marítimas con bandersas, los semáforos en España*.
- Monteiro, A. (2013). Underwater archaeological trails and preserves in Portugal. *Lisbon: Instituto de Arqueologia e Paleociências, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova de Lisboa*.
- Mortimer, T. (1999). 175 years of the Royal National Lifeboat Institution. *Dublin Historical Record*, 52(2), 138–142.
- Nassa, V. K. (n.d.). Wireless Communications: Past, Present and Future. *Dronacharya Research Journal*, 50.
- Palacios, J. C. (2004). Desarrollo tecnológico en la primera revolución industrial. *Norba. Revista de Historia*, 17, 93–109.
- Skyttner, L. (1997). The cry for help: evolution of distress channels and signals at sea. *Kybernetes*, 26(3), 288–305.

Szymanczyk, O. (2013). *Historia de las telecomunicaciones mundiales*. Editorial Dunken.

Tzannatos, E. (2002). GMDSS operability: the operator-equipment interface. *The Journal of Navigation*, 55(1), 75–82.

Tzannatos, E. S. (2004). GMDSS false alerts: A persistent problem for the safety of navigation at sea. *The Journal of Navigation*, 57(1), 153–159.

Vardhan, H. (2002). Radio broadcast technology. *Resonance*, 7(1), 53–63.

Yago, J. J. E. (n.d.). *El servicio móvil marítimo en España*.

9. PUBLICACIÓN PÁGINA WEB:

UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES-ITU:

<https://www.itu.int/itunews/manager/display.asp?lang=es&year=2006&issue=09&ipage=pioneers&ext=html>

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.36.43.fr.200.pdf>
(Conferencia Radiotelegráfica Internacional de 1906)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.1.43.fr.200.pdf>
(Convenio de 1865)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.35.43.en.100.pdf>
(Conferencia Preliminar 1903)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.36.43.fr.200.pdf>
(Conferencia Radiotelegráfica Internacional de 1906)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.37.43.en.100.pdf>
(Conferencia Radiotelegráfica Internacional de 1912)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.39.43.en.100.pdf>
(Conferencia Radiotelegráfica Internacional de 1927)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.41.43.en.100.pdf>
(Conferencia Radiotelegráfica Internacional de 1932)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.50.43.en.100.pdf>
(Convenio de 1938)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.62.43.es.300.pdf>
(Convenio de 1947)

<https://www.itu.int/en/history/Pages/RadioConferences.aspx?conf=4.64>
(Convenio de 1948)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.85.43.es.300.pdf>
(Conferencia Administrativa de Radio 1959)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.85.43.es.301.pdf>
(Conferencia Administrativa de Radio 1959)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.89.43.es.300.pdf>
(Conferencia Administrativa Extraordinaria de Radiocomunicaciones-EARC63)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.90.43.es.300.pdf>
(Conferencia Administrativa Extraordinaria de Radiocomunicaciones-EARC63)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.92.43.es.300.pdf>
(Conferencia Administrativa Extraordinaria de Radiocomunicaciones-EARC63)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.94.43.es.300.pdf>
(Conferencia Administrativa Mundial de Radio 1967)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.95.43.es.300.pdf>
(Conferencia Administrativa Mundial de Radio 1971)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.96.43.es.300.pdf>
(Conferencia Administrativa 1974)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.96.43.es.301.pdf>
(Conferencia Administrativa 1974)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.99.43.es.300.pdf>
(Conferencia Administrativa Mundial de Radio 1977)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.101.43.es.300.pdf>
(Conferencia Administrativa Mundial de Radio 1979)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.105.43.es.300.pdf>
(Conferencia Administrativa Mundial de Radio 1983)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.117.43.es.300.pdf>
(Conferencia Administrativa Mundial de Radio 1987)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.111.43.es.300.pdf>
(Conferencia Administrativa Mundial de Radio 1988)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.111.43.es.301.pdf>
(Conferencia Administrativa Mundial de Radio 1988)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.119.43.es.300.pdf>
(Conferencia Administrativa Mundial de Radio 1988)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.122.43.es.300.pdf>
(Conferencia Administrativa Mundial de Radio 1992)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.123.43.es.300.pdf>
(Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones 1993)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.124.43.es.300.pdf> (Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones 1995)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.125.43.es.300.pdf> (Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones 1997)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.127.43.es.300.pdf> (Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones 2003)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.132.43.es.300.pdf> (Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones 2007)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.133.43.es.300.pdf> (Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones 2012)

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.297.43.es.300.pdf> (Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones 2015)

https://www.itu.int/dms_pubrec/itu-r/rec/m/R-REC-M.1170-0-199510-S!PDF-S.pdf

<http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/1.43.48.es.301.pdf>

Convenio Internacional sobre la Seguridad de la Vida Humana en la Mar-SOLAS:

<http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/ReferencesAndArchives/HistoryofSOLAS/Documents/SOLAS%201914.pdf> (SOLAS 1914)

<http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/ReferencesAndArchives/HistoryofSOLAS/Documents/SOLAS%201929%20UK%20Treaty%20Series.pdf> (SOLAS 1929)

<http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/ReferencesAndArchives/HistoryofSOLAS/Documents/SOLAS%201948%20UK%20Treaty%20Series.pdf> (SOLAS 1948)

[http://www.imo.org/es/About/Conventions/ListOfConventions/Paginas/International-Convention-for-the-Safety-of-Life-at-Sea-\(SOLAS\),-1974.aspx](http://www.imo.org/es/About/Conventions/ListOfConventions/Paginas/International-Convention-for-the-Safety-of-Life-at-Sea-(SOLAS),-1974.aspx) (SOLAS 1974)

<http://www.sct.gob.mx/JURE/doc/147-prot-vida-hum-mar-1978.pdf> (Protocolo 1978)

<http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-%28MSC%29/Documents/MSC.1%28XLV%29.pdf> (Enmienda 1981-SOLAS)

<http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-%28MSC%29/Documents/MSC.6%2848%29.pdf> (Enmienda 1983-SOLAS)

[http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-\(MSC\)/Documents/MSC.11\(55\).pdf](http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-(MSC)/Documents/MSC.11(55).pdf) (Enmienda 1988-SOLAS)

[http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-\(MSC\)/Documents/MSC.12\(56\).pdf](http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-(MSC)/Documents/MSC.12(56).pdf) (Enmienda 1988-SOLAS)

<https://www.inocar.mil.ec/web/index.php> (Enmienda 1998-SOLAS)

[http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-\(MSC\)/Documents/MSC.70\(69\).pdf](http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-(MSC)/Documents/MSC.70(69).pdf) (Enmienda 1998-SOLAS)

[http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data_id=23346&filename=A283\(VIII\).pdf](http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data_id=23346&filename=A283(VIII).pdf) (Resolución A283(VIII))

[http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data_id=23383&filename=A420\(XI\).pdf](http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data_id=23383&filename=A420(XI).pdf)

[http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data_id=23346&filename=A283\(VIII\).pdf](http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data_id=23346&filename=A283(VIII).pdf)

[http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data_id=25951&filename=A421\(XI\).pdf](http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data_id=25951&filename=A421(XI).pdf)

[http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Assembly/Documents/A.814\(19\).pdf](http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Assembly/Documents/A.814(19).pdf)

<http://docs.yasinskiy.net/books/imo-msc-circ/861.PDF>

[http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Assembly/Documents/A.811\(19\).pdf](http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Assembly/Documents/A.811(19).pdf)

[http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Assembly/Documents/A.694\(17\).pdf](http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Assembly/Documents/A.694(17).pdf)

Convenio Constitutivo de la Organización Internacional de Telecomunicaciones Marítimas por Satélites:

<https://imso.org/wp-content/uploads/2019/08/E.Amendments-To-The-Convention.pdf> (Enmienda 1985)

<https://imso.org/> (Reestructuración de INMARSAT 1998)

Convenio SAR:

<http://www.sass.gov.ar/txt/cospassarsat.html>

<http://www.icscc.org.cn/upload/file/20190102/Doc.9731-EN%20IAMSAR%20Manual%20-%20International%20Aeronautical%20and%20Maritime%20Search%20and%20Rescue%20Manual%20Volume%20III%20-%20Mobile%20Facilities.pdf>

Convenio STCW:

[http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-\(MSC\)/Documents/MSC.33\(63\).pdf](http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-(MSC)/Documents/MSC.33(63).pdf) (Enmienda 1994)

[http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-\(MSC\)/Documents/MSC.66\(68\).pdf](http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-(MSC)/Documents/MSC.66(68).pdf) (Enmienda 1997)

[http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-\(MSC\)/Documents/MSC.67\(68\).pdf](http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-(MSC)/Documents/MSC.67(68).pdf) (Enmienda 1997)

[http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-\(MSC\)/Documents/MSC.78\(70\).pdf](http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-(MSC)/Documents/MSC.78(70).pdf) (Enmienda 1998)

[http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-\(MSC\)/Documents/MSC.156\(78\).pdf](http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-(MSC)/Documents/MSC.156(78).pdf) (Enmienda 2004)

[http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-\(MSC\)/Documents/MSC.180\(79\).pdf](http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-(MSC)/Documents/MSC.180(79).pdf) (Enmienda 2004)

[http://www.imo.org/en/OurWork/Security/Guide_to_Maritime_Security/Guidance/Documents/MSC.209\(81\).pdf](http://www.imo.org/en/OurWork/Security/Guide_to_Maritime_Security/Guidance/Documents/MSC.209(81).pdf) (Enmienda 2006)

[http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Assembly/Documents/A.703\(17\).pdf](http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Assembly/Documents/A.703(17).pdf)

[http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Assembly/Documents/A.702\(17\).pdf](http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Assembly/Documents/A.702(17).pdf)

INSPECCIONES DEL ESTADO RECTOR DEL PUERTO SOBRE LAS RADIOCOMUNICACIONES: SEGURIDAD MARÍTIMA

RAQUEL ESTHER REY CHARLO
Universidad de Cádiz

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de seguridad marítima a lo largo de los años ha sufrido una evolución. Desde sus comienzos se garantizaba la seguridad del buque, de la tripulación y de la carga, hoy en día también se busca una seguridad del medio ambiente. Considerando que la naturaleza de los mares y océanos están en continuos cambios, estos pueden llevar a ocasionar distintos tipos de siniestros.

Cada Estado tiene sus autoridades marítimas con sus propias normas de seguridad para sus buques, tripulación y carga, eso conlleva a tener que establecer una Normativa Internacional. Dicha Normativa Internacional tendrá que englobar tanto la protección del medio ambiente como la inclusión de las responsabilidades de la contaminación que deberá asumir los Estados.

Cuando los Estados registran a los buques en sus países, dichos buques llevan el Pabellón del país. Desde ese mismo instante, el país es responsable de su flota y de los requisitos exigidos a éstos, por lo que, para verificar su cumplimiento, pueden realizar sus propias inspecciones y supervisiones o recurrir a las sociedades de clasificación para que las realicen.

1.1. REGISTRO DE UN BUQUE

Antiguamente, cada país tenía su propia legislación de carácter nacional y apenas existían las internacionales. Pero todo esto cambió en 1955,

tras el caso *Nottebohm*, donde las Cortes Internacionales de Justicia de la Haya, tomó una decisión sobre los criterios a tomar relacionado con la nacionalidad de Friedrich Nottebohm, el cual, era nativo de Alemania, pero establecido en Guatemala (Orcasitas, 1955) (Quirós, 2014). Dicha decisión fue vinculante en el derecho internacional para los criterios de la nacionalidad. En relación a los buques, se llevó a cabo en 1958, en la *Convention on High Seas (HSC)*, donde se expuso la relación entre buque y Estado de pabellón. Aquí se manifiesta el control del Estado sobre el registro del buque, la jurisdicción sobre el personal a bordo y las medidas de seguridad en todos sus ámbitos (construcción, equipos, condiciones trabajo, comunicaciones...).

El registro de un buque es darle nacionalidad del Estado, esto implica a actuar según sus leyes. Hoy en día todavía esa relación entre Estado y registro de un buque no es fiable, debido a que algunos Estados no han podido garantizar esos convenios establecidos con respecto a la seguridad marítima y vida humana, y a la prevención contra la contaminación. Por ese motivo, los buques que ostenten una bandera u otra se podrán diferenciar en su régimen fiscal ventajoso, laxitud en las inspecciones donde los requisitos exigidos son mínimos, las contrataciones son con costes laborales mínimos influyendo así en la seguridad social de la tripulación... es decir, unos Estados serán más estrictos que otros. Este hecho ocasiona que estas banderas sean muy interesantes para los armadores, por lo que esas diferencias, son ventajas y como consecuencia aparecen una gran cantidad de registros abiertos (OR) o llamados también banderas de conveniencia (FOC)(Jiménez Piris, 2017). El uso de este tipo de banderas de conveniencia se va acentuando cada vez más por el fluido transporte de mercancías internacionales provocando una gran competitividad, y a su vez al reducir costo tienen poca garantía de seguridad (García, 2019) (Garat, 2019).

1.2. SOCIEDAD DE CLASIFICACIÓN

La lucha por la seguridad marítima continúa y a pesar de los esfuerzos realizados por los Organismos Internacionales y Nacionales para hacer cumplir con la seguridad marítima, no están libres de la intervención privada no gubernamental de la Sociedad de Clasificación. Dichas

sociedades también defienden por la seguridad marítima, proporcionando servicios de clasificación y asistencias industrial, basados en sus conocimientos y tecnología marítima. Para ese fin, desarrollan sus propias normas y verifican el cumplimiento. A través de una serie de inspecciones observan, tanto las condiciones del buque desde, su diseño, estructura, equipos, como los servicios prestados y un seguimiento periódico para la continuidad del cumplimiento de las normativas. Un buque que cumple con las normas establecidas recibirá un certificado de clasificación de esa sociedad. Pero ese certificado tan solo es garantía del cumplimiento de esas normas y no una garantía de seguridad ni de navegabilidad del buque.

En muchas ocasiones los Estados de abanderamiento no son capaces de cumplir con las normas internacionales, debido a no tener suficiente personal cualificado, por la cantidad de buques inscritos. Como una posible solución, recurren a las empresas privadas para que realicen dichas inspecciones, pero dichas empresas deben ser reconocidas por la Administración. Una vez que esas sociedades son reconocidas, pueden emitir certificados de garantía de inspección. Las funciones de las Sociedades de Clasificación fueron reconocidas tanto por el Protocolo de 1988 del Convenio internacional sobre líneas de carga, como por el Convenio SOLAS.

2. ESTADO DEL ARTE

El transporte marítimo se ha convertido en el medio más económico y eficiente para el transporte de mercancías, esto fue desde el auge de la economía de nuevos países como China e India. Debido a lo cual, existe una relación entre transporte marítimo y cambios en la reglamentación, en nuestro caso en las radiocomunicaciones.

El primero fue como consecuencia del hundimiento del “Titanic” en 1912, que dio origen al primer convenio SOLAS en 1914. Aunque este primer convenio no llegó a entrar en vigor, el SOLAS tomó medidas de prevención en la navegación, construcción, radiotelegrafía, dispositivos de salvamento y lucha contra incendios.

Pero no solo hay relación del transporte con la reglamentación sobre seguridad, sino también con la contaminación medioambiental. Cabe destacar el buque petrolero “Amoco Cádiz”, que originó el acuerdo en 1982 de 14 países, conocido como Memorandum de París, base del Control del Estado Rector del Puerto (a partir de ahora PSC, Port State Control).

Por ello, esta investigación profundiza más en este tema entrando dentro de las propias inspecciones del PSC, ya que se han producido grandes cambios en el control de la seguridad del transporte marítimo. Pero para ello, conviene hacer un recorrido por el Control del Estado Rector del Puerto, desde su origen hasta su evolución, incluyendo los distintos Memorandum (Alcázar & Piniella, 2002).

Siguiendo este hilo argumental, en la ponencia realizada en el seminario Internacional “Integración y democratización en América Latina”, ya se habló del concepto de globalización por ser la base fundamental para entender los cambios producidos en la estructura del transporte marítimo (Hiernaux, 1993). Cabe destacar el estudio realizado por Midor (Midor et al, 2000) sobre las alianzas estratégicas entre las compañías, finalizando que su bajo nivel de estabilidad se debe a la competitividad entre ellas. Sobre la globalización también se ha estudiado como esta afecta en la vida laboral de los marinos, para ello se ha utilizado la comparación de los registros abiertos, también conocidos como banderas de conveniencia (FOC Flags of Convenience) (Alderton & Winchester, 2002a).

Aparte del concepto de globalización, debemos de destacar algunos otros como el caso del papel del estado de abanderamiento y de las sociedades de clasificación, para llegar a la necesidad de los Estados riveros o portuarios (PSC) (Piniella, 2009). Otros autores han estudiado los índices de siniestralidad de los estados de bandera para establecer si son peores que otro tipo de registro, para analizarlo, utilizaron la base de datos del Lloyd’s entre los años 1997 y 1999 (Alderton & Winchester, 2002b). Y Boisson realiza un análisis sobre la sociedad de clasificación y sus desafíos futuros para la seguridad marítima (Boisson, 1994). Investigadores como Fan, valoraron los efectos de los factores externos para la decisión de abanderamiento y la inspección del PSC, ayudando a

determinar una política apropiada para mejorar la seguridad marítima (Fan et al., 2014).

Los desafíos del análisis de la seguridad marítima y la perspectiva utilizada para cuantificar los riesgos fueron analizados por Yang, Wang y Li (Yang et al., 2013). También se ha tratado la necesidad de considerar la periodicidad de las inspecciones según el perfil del buque (Knapp & Van De Velden, 2007). Incluso la efectividad del PSC se ha puesto en duda, uno de los motivos ha sido el que los métodos adoptados para seleccionar los buques no eran los adecuados (Li & Zheng, 2008), e incluso aspectos específicos de las inspecciones (Fu et al., 2020) (Wu et al 2014). También Jean Franco, profesor de la Universidad de Falcon, en Venezuela, hace una crítica a las inspecciones del Estado Rector del Puerto de su país considerando que el número de inspectores sea insuficiente y la poca normativa de la realización de las inspecciones (Urbina, 2013).

Por último, conviene destacar las aportaciones de otros autores sobre el análisis detallado de dichas inspecciones, como de las verificaciones de las condiciones del buque, de su equipo, o sobre su tripulación (Cariou & Wolff, 2015), (Graziano et al., 2017), (Graziano et al., 2018).

3. OBJETIVOS

El objetivo por tratar será profundizar en los tipos de inspecciones del Estado Rector del Puerto y en las deficiencias encontradas en ellas con respecto a las radiocomunicaciones. Teniendo en cuenta que las radiocomunicaciones son el único medio que posibilita la comunicación entre buques o entre buque y tierra. Esta capacidad de comunicación se ha convertido en indispensable para el sector marítimo, donde el transporte marítimo sustenta a una economía globalizada y en el cual la seguridad de la navegación es un objetivo prioritario. Por este motivo, se va a determinar e identificar las diferentes deficiencias en radiocomunicaciones existentes en las inspecciones PSC, centrándonos de forma más concreta en las realizadas en el espacio marítimo regulado por el Memorándum de París (MoU).

4. METODOLOGÍA

Para llegar al objetivo se recurrió a una metodología descriptiva donde se analizó los tipos de inspecciones del PSC y un análisis estadístico fundamentado en las inspecciones con respecto a las radiocomunicaciones.

La investigación se ha centrado en el París MoU, dicho Memorándum, abarca la zona marítima de Europa y Canadá (costa atlántica-Atlántico Norte), constituido por 27 autoridades marítimas. Apoyados en su base de datos, la investigación abarcó un periodo comprendido entre 2005 y 2016. Dicha base de datos nos ofreció el número IMO, nombre del buque, bandera, tipo de buque, puesta en quilla, tonelaje, código de país, nombre del puerto, fecha de inspección, tipo de inspección, deficiencia, acción del código de deficiencia y, si el buque inspeccionado estaba detenido o no.

La codificación que establece el MoU de París en las deficiencias se muestra en la Tabla 1, aunque aquí solo hemos reflejado las 8 primeras ya que el estudio corresponde al grupo 05 que equivale a las deficiencias en radiocomunicaciones marítimas, y estas se encuentra entre ellas.

TABLA 1. Lista de los 8 primeros códigos de deficiencias

Código Deficiencia	
01	Certificates & Documentation
02	Structural condition
03	Water/Weathertight condition
04	Emergency Systems
05	Radio communication
06	Cargo operations including equipment
07	Fire safety
08	Alarms

Fuente: Memorándum Paris

A su vez, dentro del código de deficiencias 05 podremos discriminar en los diferentes tipos o subtipos de las deficiencias específicas en

radiocomunicaciones (ver tabla 2) como incumplimientos de los estándares de seguridad marítimas.

TABLA 2. Tipo de deficiencias en radiocomunicaciones

Código	Tipo de Deficiencia
5101	Distress messages: obligations and procedures.
5102	Functional requirements
5103	Main installation
5104	MF radio installation
5105	MF/HF radio installation
5106	INMARSAT ship earth station
5107	Maintenance/duplication of equipment
5108	Performance standards for radio equipment
5109	VHF radio installation
5110	Facilities for reception of marine safety information
5111	Satellite EPIRB 406MHz/1,6GHz
5112	VHF EPIRB
5113	SART/AIS-SART
5114	Reserve source of energy
5115	Radio log (diary)
5116	Operation/maintenance
5118	Operation of GMDSS equipment
5199	Other (radio communication)

Esta investigación nos ha llevado a plantear dos estudios. El estudio 1, consiste en la Implantación GMDSS y el segundo estudio, ya es un análisis más detallado donde profundizaremos tanto en las inspecciones del Paris MoU como de las deficiencias y sus motivos.

4. RESULTADOS

De conformidad con las disposiciones en los convenios del MoU, se ha procedido a la realización de las inspecciones a buques extranjeros y se ha facilitado el acceso a los informes sobre dichas actividades. Los resultados obtenidos de dichas inspecciones, las han comunicado a través de sus plataformas. Dicha información revela las deficiencias y detenciones llevadas a cabo, por ello, para nuestro estudio hemos accedido y analizado dichos registros específicos en radiocomunicaciones.

El periodo de investigación nos ha llevado a realizar un total de 247.817 inspecciones en el París MoU. Como la investigación se centra en las radiocomunicaciones, con respecto a estas hay un total de 11057 buques inspeccionados y de los cuales se obtuvieron un total de 26.035 deficiencias en radiocomunicaciones repartidas por los distintos tipos de inspección.

4.1. ESTUDIO 1: IMPLANTACIÓN GMDSS

En el estudio 1, hemos querido analizar a grandes rasgos las deficiencias de radiocomunicaciones teniendo en cuenta evolución que se produjo en ésta a lo largo de los años.

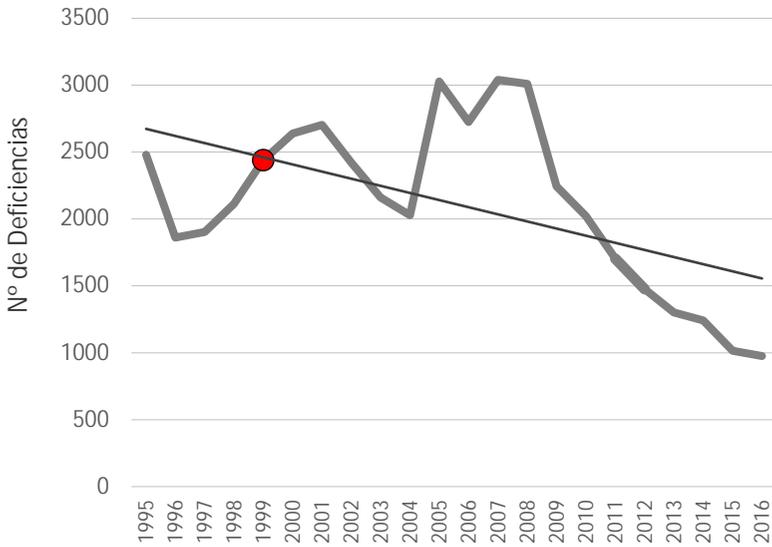
Para tal fin, el estudio se ha basado en un análisis genérico entre los años 1995-2016. Las intenciones llevadas a cabo con esta franja de tiempo, consistió en ver la evolución de las deficiencias en radiocomunicaciones con el paso del tiempo, como consecuencia de pasar de un sistema de comunicaciones tradicional a otro más moderno digitalizado, el GMDSS.

Por este motivo, se estableció un período en el que la presencia del Oficial Radioelectrónico cumplía con los requisitos del sistema tradicional

de socorro, posteriormente un segundo periodo de transición entre lo antiguo y lo nuevo en las comunicaciones y finalmente un tercer periodo con la implementación final del GMDSS.

La gráfica 1 muestra una descripción general de las inspecciones realizadas por los Estados Miembros de 1995 a 2016 en radiocomunicaciones.

GRÁFICA 1 Deficiencias en radiocomunicaciones



Fuente: Elaboración propia

En la gráfica se observa el número de deficiencias en materia de comunicaciones de forma global encontradas en los buques cuyas inspecciones se realizaron en dicha franja de estudio. El punto rojo marcado es un año crucial para las comunicaciones, ya que, en ese año 1999 por ley, era obligatorio tener instalado el nuevo sistema de radiocomunicaciones, el GMDSS. La línea que pasa por ella, se trata de una línea de tendencia que nos deja ver su tendencia a decrecer, como consecuencia de una disminución paulatina del déficit en comunicaciones.

Entre los dos primeros años de estudio, se aprecia una disminución del número de deficiencias encontradas, puede ser como consecuencia

tanto de la entrada del Memorandum como la implantación del nuevo sistema, GMDSS.

Se muestra claramente como durante el periodo de entrada en vigor del GMDSS, hasta su implantación total en 1999, teniendo en cuenta la coexistencia de los dos sistemas de comunicaciones, (el tradicional operado manualmente por el Oficial Radioelectrónico y el GMDSS operado de forma automatizada por el Oficial de Navegación en el puente), hubo un pequeño aumento de las deficiencias aunque la tendencia posterior a medida que se iba consolidando la automatización, no indica un mayor número de deficiencias en materia de comunicaciones en las inspecciones PSC del París MoU, sino todo lo contrario una tendencia a la disminución de las mismas y por ende a la consolidación del GMDSS.

La siguiente franja en el tiempo a tener en cuenta sería el comprendido desde el año 2000 al 2008, período donde comenzó a establecerse el Estado del Puerto.

Finalmente, la gráfica muestra el periodo comprendido entre los años 2008 a 2016 destacable por un descenso notorio de las deficiencias detectadas en las inspecciones, debido al cumplimiento de las normativas y por tanto de las inspecciones más exhaustivas, como consecuencia de la implantación del nuevo sistema de inspección (La Directiva 2009/16/CE).

4.2. ESTUDIO 2

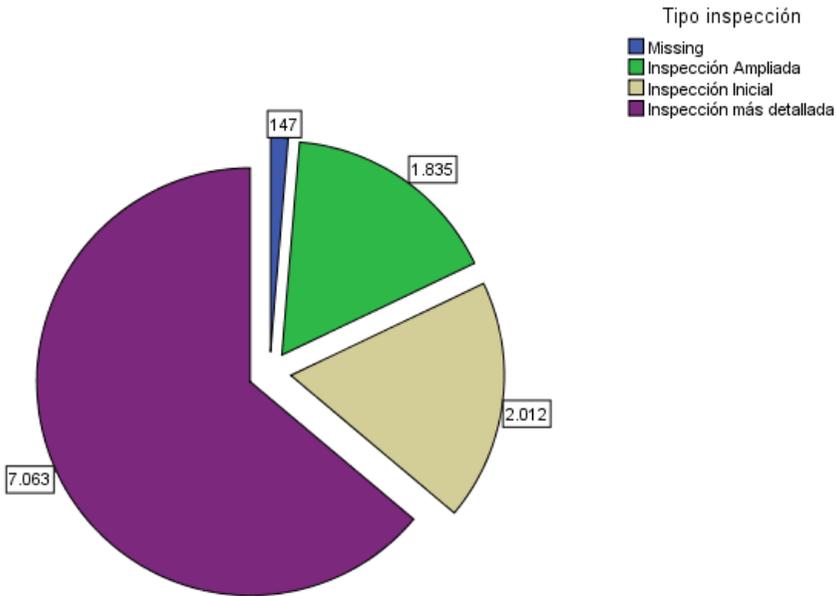
Una vez finalizado el estudio 1 genérico, se ha pasado a un estudio más profundo de las inspecciones, donde el periodo de estudio se centra entre 2005 y 2016. Como ya se ha mencionado, para este segundo estudio, también nos hemos apoyado en los informes realizado por los inspectores en sus inspecciones los cuales han compartido a través de sus plataformas, de conformidad con los convenios internacionales en los que se basan las inspecciones PSC como SOLAS, STCW, y MARPOL.

Como ya se ha repetido en varias ocasiones, uno de los elementos claves de la seguridad es la supervisión de los buques por el PSC a través de sus inspecciones. La inspección inicial trata de verificar certificados, documentación, apariencia visual del buque... si no se ajustan en lo

esencial a las normativas, se realizará una inspección más detallada. Con respecto a este criterio en este nuevo periodo de investigación, hemos querido saber qué tipo de inspecciones se ha realizado.

Nuestro estudio se basará en aquellas inspecciones donde se localizaron deficiencias en radiocomunicaciones. Esto abarca a un total de 11057 buques inspeccionados, lo cual equivale a un 4,46% del total y de donde obtenemos un total de 26035 deficiencias en radiocomunicaciones repartidas en los diferentes tipos de inspección como podemos observar en la gráfica 2.

GRÁFICA 2 Tipo de inspección



Fuente: Elaboración propia

Se puede observar claramente los tipos de inspección existentes en el memorándum. Se puede apreciar que de las inspecciones iniciales se realizaron a un total de 2012 buques, sin embargo, sobre las inspecciones ampliadas podríamos decir que tan solo se realizaron un total de 1835 inspecciones de buques. Nada tiene que ver con el número de

inspecciones que se realizaron de las inspecciones más detalladas con un total de 7063. Como nota indicaremos, que 147 son inspecciones missing como consecuencias de la base de datos.

Una inspección inicial, cabe recordar que era una visita al buque para verificar certificados, documentación y el estado general del buque y su higiene. La inspección ampliada como es lógico en estos buques de estudio, son las que se llevan a cabo debido a que se ven motivos fundados para creer que las condiciones del buque, equipos o tripulación no son los reglamentarios. Y las inspecciones más detalladas, son como resultado de una gran cantidad de deficiencias tan visibles que nos lleve a inspecciones mucho más profundas e incluye un control de las condiciones generales.

TABLA 3. Tipo de Inspección/Año de inspección

		Año de Inspección											Total	
		2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015		2016
Tipo inspección	Missing	54	103	78	50	41	52	15	6	10	9	4	1	423
	Inspección ampliada	358	445	504	383	248	238	454	369	297	266	236	231	4029
	Inspección inicial	1051	626	509	427	416	413	165	127	105	78	58	51	4026
	Inspección más detallada	2048	2081	2366	2378	1789	1564	1084	1003	914	902	726	702	17557
Total		3511	3255	3457	3238	2494	2267	1718	1505	1326	1255	1024	985	26035

Fuente: Elaboración propia

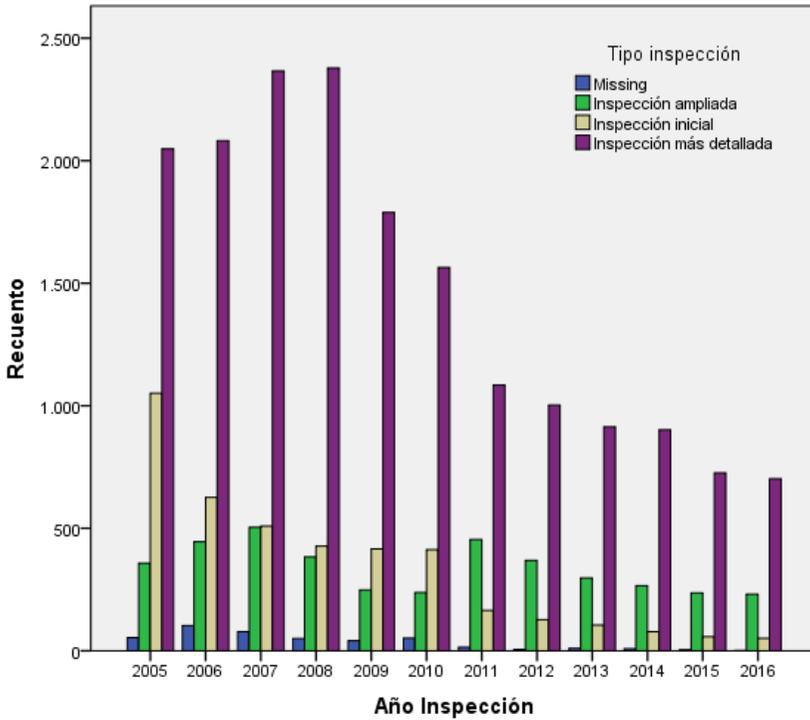
La tabla 3 representa el número de inspecciones realizadas por año de investigación por cada tipo de inspección.

El análisis cuantitativo que podemos observar en ella, nos incita a pensar que las inspecciones más detalladas son las más realizadas, pero, aun así, en ella podemos observar una disminución paulatina de estas con el paso del tiempo. Podríamos considerar que es consecuencia de que cada vez más, se intenta cumplir las normativas.

Un punto interesante a tener en cuenta sería que posiblemente la causa de ser las inspecciones más realizadas sea porque quizás, un inspector cuando realiza una inspección no les da mayor importancia a las deficiencias de radiocomunicaciones por considerar otro tipo de deficiencias de mayor peligrosidad. Otro motivo podría deberse a que dicho inspector no sea especialista en esta área por lo que ignora dichas deficiencias. Lo que nos hace pensar que, a no ser que las otras deficiencias le conlleven a una inspección mayor, no evalúen las deficiencias de radiocomunicaciones eficientemente.

Todo esto puede llevar a sospechar que, al no tener unas condiciones óptimas en comunicaciones del buque, favorezcan que el nivel de consecuencias de un accidente pueda ser mayor.

GRÁFICA 3 Tipo de inspección por año



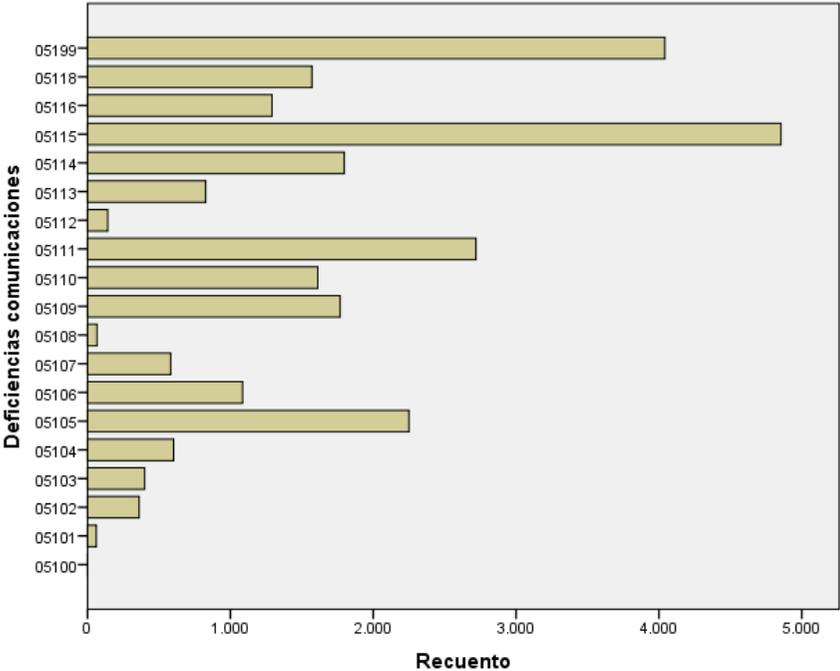
Fuente: Elaboración propia

Esta gráfica es un reflejo de lo comentado anteriormente de la tabla 3, dejando así más visible la superioridad en las inspecciones más detalladas ocurridas en los años de estudio.

Una vez comprobado que se realizan inspecciones de radiocomunicaciones ya sea de un tipo o de otro, hemos querido adentrarnos a realizar un estudio más profundo para saber cuáles son esas deficiencias en este campo más repetitivas y poder así solventar dichas deficiencias y saber cuáles fueron los motivos que llevaron a éstas.

Se ha querido representar en la gráfica 4, las deficiencias en radiocomunicaciones, con la intencionalidad de ofrecer una visión más perceptible del tipo de deficiencia más habitual.

GRÁFICA 4 Deficiencias en Radiocomunicaciones



Fuente: Elaboración propia

Si observamos con detalle dicha gráfica, se puede observar que, las deficiencias más destacadas y por tanto más repetitivas en términos generales son la 05115, 05199, 05111 y la 05105.

Gracias a la colaboración y anotaciones de los propios inspectores sobre las deficiencias, hemos podido saber con mayor profundidad cuales fueron los motivos de dichas deficiencias.

Por ello pasamos a definir las:

Código 05115: Diario de las Radiocomunicaciones,

La lectura de los datos anteriores muestra que la deficiencia más frecuente corresponde a la documentación y más específicamente al Diario de Radio Comunicaciones, por lo que se puede considerar que dichas anomalías fueron detectadas en las inspecciones iniciales. Según anotaciones de algunos inspectores, los buques inspeccionados a los que se

les registró esta deficiencia, fue debida a la ausencia del diario de comunicaciones, a anotaciones incorrectas o incompletas y a que las comprobaciones obligatorias mensuales no se efectuaron o no se reflejaron. Esta deficiencia tan frecuente y que podría parecer poco reveladora a ojos de algunos tripulantes puede ser debida a la falta de una formación adecuada o incluso a saturación y estrés laboral, pues se incurre en un claro incumplimiento de la regla 17 del capítulo IV de SOLAS, la cual obliga a todo buque a mantener actualizado un diario de comunicaciones conforme al Reglamento de Radiocomunicaciones y en el que se anotarán todas las comunicaciones de socorro, urgencia, seguridad, así como los detalles del mantenimiento y resultados de las pruebas periódicas de los equipos.

Si durante una inspección inicial se detectan claras evidencias de incumplimiento, el buque en cuestión puede ser objeto de una inspección más detallada, obteniéndose datos más relevantes. Las deficiencias detectadas son tan selectivas que identifican el problema de forma puntual y no genérica, aunque hay que tener en cuenta que el resultado final de una inspección más detallada estará condicionado en cierta medida por el perfil profesional del PSCO involucrado. La detección de este problema ha planteado en el seno del Memorándum la necesidad de elaborar un estudio a fin de valorar la idoneidad de un inspector multidisciplinar.

Código 05199, Otros

La segunda deficiencia más frecuente, Código 05199, hace referencia también a aspectos documentales como reglamentación y nomenclátors obsoletos, licencias caducadas e incluso como en el caso anterior, Código 05115, a la ausencia de registro sobre las pruebas periódicas de los equipos de radiocomunicaciones.

Código 05111, Satellite EPIRB 406MHz/1,6GHz,

Otro de los códigos de deficiencia más preocupante por el alto valor alcanzado, Código 05111, hace referencia a la radiobaliza de localización de siniestros o EPIRB. Preocupa esta deficiencia no sólo por su valor, sino porque ello implica una gran despreocupación o

desconocimiento por parte de los tripulantes sobre la funcionalidad de estos dispositivos en los casos en los que prácticamente no hay tiempo de pedir socorro. Las inspecciones registraron esta deficiencia como consecuencia de una incorrecta ubicación que en ocasiones hace referencia a almacenaje y no instalación, falta de las comprobaciones o ausencia de documentación que lo demuestre, baterías caducadas, ausencia de la programación del MMSI en la propia radiobaliza, fechas de vencimiento no marcadas en los dispositivos hidrostáticos etc. Aclarar que el Código 05111 hace referencia tanto a las EPIRB de 406 MHz como a las EPIRB de 1.6 MHz sólo hasta el año 2006, año en el que las de 1.6 MHz dejaron de estar operativas según MSC79-23.

Código 05105, MF/HF radio installation,

Preocupa también el valor alcanzado por el Código de deficiencia 05105 sobre la instalación de la radio MF/HF, el cual hace referencia a una mala instalación, un mal funcionamiento e incluso a la ausencia del mismo si el buque navega por zonas donde es obligatoria su instalación. Las pruebas llevadas a cabo durante las inspecciones arrojan un resultado alarmante pues se detectaron problemas con la interfaz GPS, imposibilidad de encenderlos debido a fuentes de energía de reserva en mal estado y falta de los registros de comprobaciones periódicas sin olvidar que el radio télex, NBDP, en ocasiones se ha encontrado fuera de servicio. Todo ello denota un claro incumplimiento del Capítulo IV del SOLAS (Reglas de la 4 a la 15), sin entrar en las consecuencias que tiene tanto para el propio buque como los demás, el poder recibir y transmitir un socorro adecuadamente.

Una vez alcanzado los objetivos de analizar los tipos de inspecciones y las deficiencias en radiocomunicaciones, hemos querido representar a través de la tabla 4, la relación existente entre el número total de deficiencias encontrada en los buques y las deficiencias encontradas en radiocomunicaciones en el tiempo estudiado.

TABLA 4. Porcentaje de deficiencias de radiocomunicaciones en relación con el número total de deficiencias según París MoU.

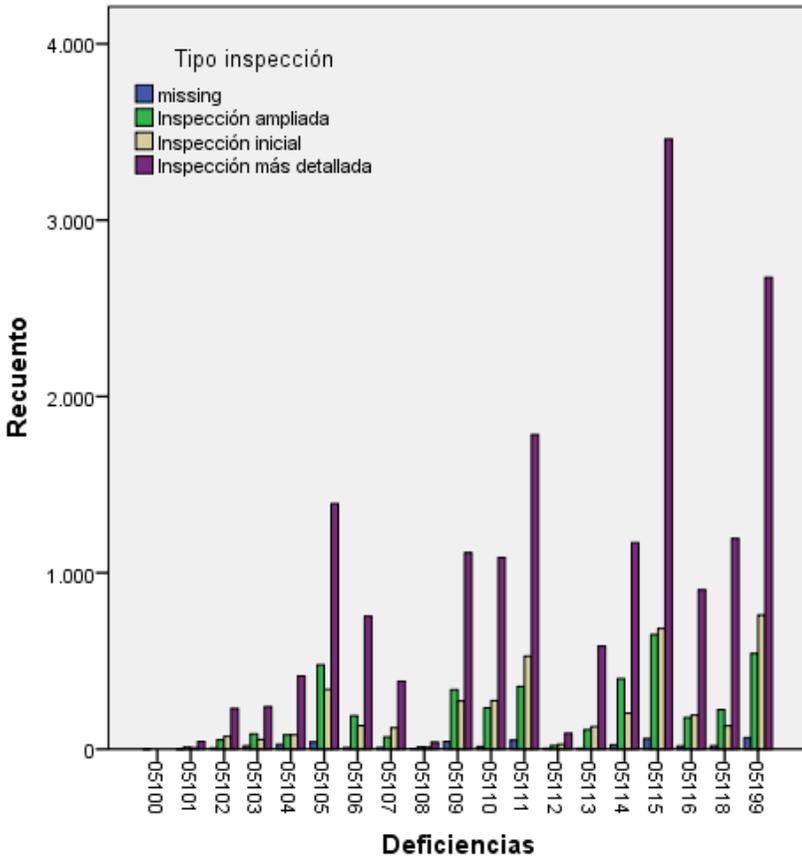
		DEFICIENCIAS		
		Def. Comunicaciones	Total Def.	Def %
Años	2005	3027	62434	4,80%
	2006	2724	66142	4,10%
	2007	3040	74713	4,10%
	2008	3009	83751	3,59%
	2009	2243	71911	3,12%
	2010	2200	64698	3,38%
	2011	1704	50738	3,33%
	2012	1476	49261	3,00%
	2013	1301	49074	2,65%
	2014	1242	46224	2,70%
	2015	1015	41777	2,40%
	2016	976	41857	2,30%
Total		23957	702580	3,41%

Fuente: Elaboración propia

La tabla muestra el % de deficiencias en radiocomunicaciones sobre el total de las detectadas en las inspecciones desde el año 2005 hasta 2016. Se ha observado una disminución significativa al pasar del 4,80% en 2005 al 2,30% en 2016, lo que puede ser visto como una mayor toma de conciencia por parte de las empresas navieras en materia de seguridad marítima provocada por una mayor presión en las inspecciones PSC y las consecuencias de una posible detención del buque.

Hasta ahora, el recorrido realizado en el estudio 2, se ha basado en los diferentes tipos de inspecciones que se han realizado, seguido de dichas inspecciones realizadas por año y las deficiencias obtenidas como consecuencias de las inspecciones. Por ello hemos querido representar en la siguiente grafica la relación existente entre las deficiencias encontradas por cada tipo de inspección realizada.

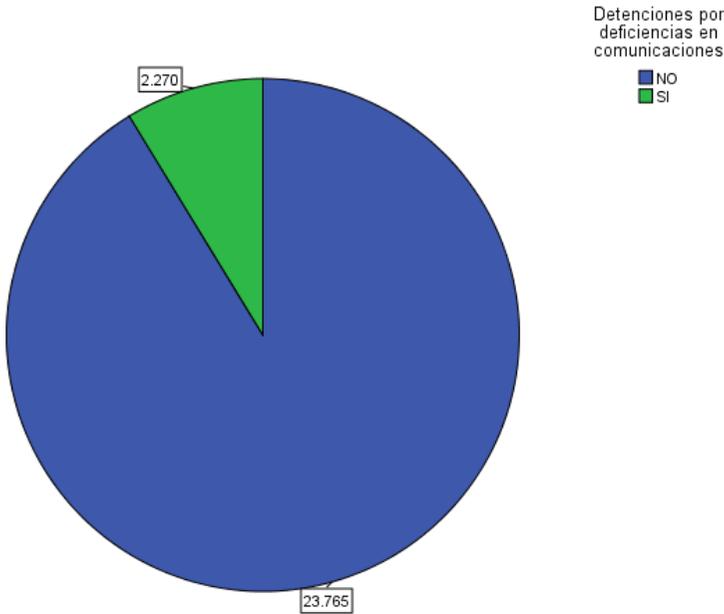
GRÁFICA 5 Deficiencias*Tipo de inspección



Fuente: Elaboración propia

Las deficiencias en radiocomunicaciones son deficiencias que se podrían considerar insignificante, teniendo en cuenta que una deficiencia en otra categoría, tiene más posibilidades de hacer que un buque sea detenido. Las deficiencias en radiocomunicaciones, por si mismas no tienen la capacidad suficiente para hacer detener a un buque, sin embargo, si estas deficiencias se unen con otros tipos de deficiencias si pueden dar a lugar a la detención del buque. A pesar de no ser una deficiencia de detención de peso, se ha querido representar en la siguiente gráfica, la relación que existe entre deficiencia en radiocomunicaciones que junto a otras deficiencias den lugar a detención del buque.

GRÁFICA 6 *Detención por deficiencia en radiocomunicaciones*



Fuente: Elaboración propia

Se ha estado hablando sobre que se han encontrado 26035 deficiencias de comunicaciones, de las cuales, como podemos observar en la gráfica 6, 23765 de ellas no son vinculantes para detención, sin embargo 2270, sí. Con esto queremos decir que, se trata de aproximadamente un 8,7%,

quizás un porcentaje muy pequeño, pero aun así es un porcentaje que hay que tener en cuenta.

6. CONCLUSIONES

El incremento del tráfico marítimo a lo largo de los años, condujo a un incremento de la accidentalidad. El claro objetivo de reducir la siniestralidad y evitar así desastres medioambientales, condujo a la incorporación de nuevas tecnologías a bordo y por consiguiente al establecimiento de un sistema de comunicaciones en los buques.

Las radiocomunicaciones a bordo como instrumento fundamental para recibir información sobre socorro, urgencia, seguridad y rutina, de ahí su vital importancia a bordo y, por tanto, la necesidad de cumplir tanto con la reglamentación como con el mantenimiento nos lleva a la importancia de las inspecciones en ellas.

Al ser de obligado cumplimiento las normativas, los Estados tienen la obligación de exigir a sus buques el cumplimiento de dichas normas. Pero no siempre es así debido a una falta de interés o por carecer de medios técnicos y humanos que lo posibiliten. Esto conlleva a que, Estados poco exigentes, condicionen registros abiertos que fomentan cambios de pabellón a conveniencia por parte de los armadores, pues si las exigencias son menores, con una menor inversión se obtiene un mayor beneficio.

Esta circunstancia respalda la aparición de organismos que previenen, identifican y detectan riesgos y peligros como es el caso del Control del Estado del Puerto (PSC). El PSC es el encargado de realizar inspecciones a buques extranjeros y con la finalidad de asegurar la navegación y proteger el medio marino.

En el primer estudio, se ha comprobado la variación en las comunicaciones por el hecho de la incorporación de la tecnología, es decir, la aparición del GMDSS y como consecuencia la desaparición del oficial radio que era el encargado de manipular los equipos antiguos, realizándose un periodo intermedio donde se ha convivido con dos sistemas de comunicaciones.

Se ha podido apreciar unos desajustes que se concibe con dicha convivencia donde por desconocimiento se producían falsas alarmas, los malos entendidos... hasta que al final ya se establece el GMDSS de forma oficial y comienza con el descenso del número de deficiencias de radiocomunicaciones.

También ese descenso puede ser concluyente por el cumplimiento de las normativas o por las inspecciones más exhaustivas que se han realizado como consecuencia de la implantación del nuevo sistema de inspecciones.

En el segundo estudio, lo primero que se realizó fue el estudio sobre qué tipo de inspecciones fueron las más realizadas. Esto dio lugar a que eran las “inspecciones más detalladas”, lo que nos conduce a sospechar que el inspector observó graves infracciones que deberían ser corregidas antes de partir.

A continuación, se realizó un análisis de identificación de deficiencias de radiocomunicaciones en dichas inspecciones, llegando a la conclusión que las más comunes eran:

- Diario de las Radiocomunicaciones (Radio Log), considerando la regla 16 del capítulo IX del Protocolo de Torremolinos, dice que se anotará las comunicaciones de socorro, urgencia, seguridad y rutina. Se puede deducir que los diarios no estarían ni correcta ni metódicamente cumplimentados, las pruebas de radiobalizas no estarían registradas, ni llevarían el mantenimiento de las baterías... Cabe recordar que el diario es obligatorio para buques de carga o buques clase T (150 toneladas o más) y para los buques de pasaje que navegan a más de 20 millas.
- Otros, en este caso se trata de la documentación, por lo tanto, se refiere a la posibilidad que se les haya pasado los periodos de validación de los certificados. No hay que olvidar que los certificados como la Licencia de Estación Radioelectrónica se valida a los 5 años, el Certificado de Seguridad Radioeléctrica se valida en 1 año y el Certificado de visitas de inspección sólo es válido 1 año. En el caso de las publicaciones de ITU sobre

las estaciones costeras, estaciones de servicio especiales, manual para el uso de los servicios móvil marítimo también tienen que estar al día, eso quiere decir que la mayoría de las veces se han debido de encontrar obsoletas, punto en que se debería de estar más pendiente y actualizarla, por lo que se asignaría de encargar a alguien específico para controlar y llevar al día la documentación. Por lo tanto, no cumplen con el capítulo IV del SOLAS.

- Radiobalizas, esta deficiencia es preocupante, porque implica una gran despreocupación o desconocimiento por parte de los tripulantes sobre la funcionalidad de estos dispositivos en los casos en los que prácticamente no hay tiempo de pedir socorro y se trata de uno de los elementos fundamentales para el rescate. Las inspecciones registraron esta deficiencia posiblemente como consecuencia de una incorrecta ubicación que en ocasiones hace referencia a almacenaje y no instalación, falta de las comprobaciones o ausencia de documentación que lo demuestre, baterías caducadas, ausencia de la programación del MMSI en la propia radiobaliza, fechas de vencimiento no marcadas en los dispositivos hidrostáticos etc.
- Instalaciones MH/HF. También se aprecia la deficiencia correspondiente a las instalaciones MH/HF, lo que puede ser un indicativo de una mala instalación, pueden haber localizado en mal estado su protección electromagnética e iluminación, un mal funcionamiento e incluso a la ausencia del mismo si el buque navega por zonas donde es obligatoria su instalación. Habrán comprobado el método de mantenimiento seleccionado ya sea duplicidad de equipo, mantenimiento en tierra o mantenimiento a bordo y por lo tanto confirmar que tenga los equipos correspondientes al área de navegación por lo que se ve que no cumple claramente con el SOLAS. Las consecuencias de este incumplimiento es el no recibir o transmitir un socorro adecuadamente por lo que la vida de las personas y el medioambiente se pueden ver perjudicados.

Las detecciones de estas deficiencias han sido localizadas en la mayoría de los casos cuando se realizan inspecciones más detallada, por lo que se deduce que, en términos generales, los inspectores no se detienen en ellas ya sea por no ser de su especialidad o porque no las consideren fundamentales, cosa que hemos podido demostrar que se equivocan, ya que las radiocomunicaciones es un elemento fundamental a bordo y supone un 8,7% de los motivos de detención del buque.

Tras los datos obtenidos y las conclusiones alcanzadas, la propuesta de mejora que nos podemos plantear es por un lado que los inspectores PSC, valoren con más eficacia y calidad las radiocomunicaciones, ya que a pesar de que se nota mucho las mejorías y su éxito, deben ser más concisos. Para ello se necesita el compromiso de los Estados, de forma conjunta e individual, obteniendo así una uniformidad en respuesta. Es fundamental la formación continuada por parte de los inspectores, sobre todo por los avances tecnológicos.

También se ha comentado mucho el factor humano, para ello nuestra propuesta de mejora sería aumentar la formación continuada del personal encargado de las radiocomunicaciones, incrementar los conocimientos periódicamente lo que conlleva un uso más racional y efectivo de los sistemas de radiocomunicaciones mejorando así la seguridad.

7. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

La autora agradece la asistencia del Paris MoU al proporcionar los datos utilizados para este estudio. También es de agradecer el apoyo recibido por parte del grupo de investigación “Política Marítima” de la Universidad de Cádiz, al cual pertenezco. A mis colaboradores Manoli y José Ramón, sin vosotros no lo hubiera conseguido, sois unos grandes profesionales. Por último, a mi familia por estar ahí, sin su apoyo y paciencia no lo hubiera conseguido.

8. REFERENCIAS

- Alcázar, J. A., & Piniella, F. (2002). *La prevención de siniestros marítimos a través del control del estado rector de puerto: Monografías de Seguridad Marítima*. Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones.
- Alderton, T., & Winchester, N. (2002a). Globalisation and de-regulation in the maritime industry. *Marine Policy*, 26(1), 35–43.
- Alderton, T., & Winchester, N. (2002b). Flag states and safety: 1997-1999. *Maritime Policy & Management*, 29(2), 151–162.
<https://doi.org/10.1080/03088830110090586>
- Boisson, P. (1994). Classification societies and safety at sea: Back to basics to prepare for the future. *Marine Policy*, 18(5), 363–377.
- Cariou, P., & Wolff, F. C. (2015). Identifying substandard vessels through Port State Control inspections: A new methodology for Concentrated Inspection Campaigns. *Marine Policy*, 60.
<https://doi.org/10.1016/j.marpol.2015.05.013>
- Fan, L., Luo, M., & Yin, J. (2014). Flag choice and Port State Control inspections—Empirical evidence using a simultaneous model. *Transport Policy*, 35, 350–357.
- Fu, J., Chen, X., Wu, S., Shi, C., Wu, H., Zhao, J., & Xiong, P. (2020). Mining ship deficiency correlations from historical port state control (PSC) inspection data. *PLoS One*, 15(2), e0229211.
- Garat, L. P. (2019). Banderas de inconveniencia. *Bie3: Boletín IEEE*, 16, 579–590.
- García, F. Q. (2019). Convenio sobre la contratación y la colocación de la gente de mar, 1996 (núm. 179). *Relaciones Laborales y Derecho Del Empleo*, 7.
- Graziano, A., Cariou, P., Wolff, F. C., Mejia, M. Q., & Schröder-Hinrichs, J. U. (2018). Port state control inspections in the European Union: Do inspector's number and background matter? *Marine Policy*, 88(2), 230–241. <https://doi.org/10.1016/j.marpol.2017.11.031>
- Graziano, A., Schröder-Hinrichs, J.-U., & Ölcer, A. I. (2017). After 40 years of regional and coordinated ship safety inspections: Destination reached or new point of departure? *Ocean Engineering*, 143, 217–226.
- Hiernaux, D. (1993). Globalización, integración y nuevas dimensiones territoriales: una aproximación conceptual. *Ponencia Presentada En El Seminario Internacional Integración y Democratización En América Latina: El Camino Recorrido*, Julio, Mimeografiado.
- Jiménez Piris, V. (2017). *Los Registros Abiertos de buques: Un análisis general*.

- Knapp, S., & Van De Velden, M. (2007). *Visualization of differences across port state control regimes by means of correspondence analysis*.
- Li, K. X., & Zheng, H. (2008). Enforcement of law by the Port State Control (PSC). *Maritime Policy & Management*, 35(1), 61–71.
- Orcasitas, L. (1955). Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de la Haya de 6 de Abril de 1955 en el Llamado Asunto Nottebohm. *REDI*, 8, 247.
- Piniella, F. (2009). *La seguridad en el transporte marítimo: retos del siglo XXI*. UCA.
- Quirós, L. A. V. (2014). La protección diplomática y la nacionalidad de las personas. *Revista Costarricense de Derecho Internacional*.
- Urbina, J. F. A. (2013). La eficacia en la inspección y control del buque frente al estado rector del puerto en Venezuela. *CIVITAS*, 1(2), 95–116.
- Yang, Z. L., Wang, J., & Li, K. X. (2013). Maritime safety analysis in retrospect. *Maritime Policy & Management*, 40(3), 261–277.

PUBLICACIÓN PÁGINA WEB:

<https://www.legal-tools.org/doc/7b4abc-1/pdf/>

<https://www.imo.org/es/About/Conventions/Pages/International-Convention-on-Load-Lines.aspx>

[https://www.imo.org/es/About/Conventions/Pages/International-Convention-for-the-Safety-of-Life-at-Sea-\(SOLAS\)%2C-1974.aspx](https://www.imo.org/es/About/Conventions/Pages/International-Convention-for-the-Safety-of-Life-at-Sea-(SOLAS)%2C-1974.aspx)

<https://www.parismou.org/>

[https://www.imo.org/es/About/Conventions/Paginas/International-Convention-on-Standards-of-Training,-Certification-and-Watchkeeping-for-Seafarers-\(STCW\).aspx](https://www.imo.org/es/About/Conventions/Paginas/International-Convention-on-Standards-of-Training,-Certification-and-Watchkeeping-for-Seafarers-(STCW).aspx)

[https://www.imo.org/es/About/Conventions/Pages/International-Convention-for-the-Prevention-of-Pollution-from-Ships-\(MARPOL\).aspx](https://www.imo.org/es/About/Conventions/Pages/International-Convention-for-the-Prevention-of-Pollution-from-Ships-(MARPOL).aspx)

<https://www.itu.int/es/Pages/default.aspx>

MÁS ALLÁ DE LA LEY 20.285. UNA REVISIÓN EMPÍRICA A LA TRANSPARENCIA PASIVA

DIEGO SILVA JIMÉNEZ
Universidad Central de Chile

1. INTRODUCCIÓN

Las políticas públicas son los grandes lineamientos rectores, por lo que un país decide transitar, son respuestas contingentes a la situación de un país y corresponden a los cursos de acción y flujos de información relacionados con un objetivo público definido en forma democrática y son desarrollados por el sector público y frecuentemente con la participación de la comunidad y del sector privado, viéndose como algo más grande que las decisiones individuales, pero más pequeño que los movimientos sociales, una política pública representa el intento de definir y estructurar una base racional para actuar o no actuar. (Gutiérrez, Restrepo & Zapata, 2017; Silva, 2014; Lobelle, 2017)

En Chile la Política de Transparencia y Probidad ha cobrado fuerza con los años, con una ciudadanía más empoderada y exigente, que sale a la calle a luchar por sus derechos y que cada día se preocupa más por el ethos público, con temas como, la educación, el medio ambiente, la salud de las personas. Es en este ámbito resulta imprescindible, el revisar la efectividad de la Ley de Acceso a la Información Pública, pues la mera existencia de esta no asegura su cabal cumplimiento.

Solo la existencia de un cuerpo legal que manifieste la Ley de Acceso a la Información no es requisito que, por sí, de su cumplimiento y probidad, si esta no está acompañada de la articulación de actores institucionales claros y del apoyo constitucional, además del empoderamiento ciudadano. (Peña, 2013; Ríos y Cejudo 2013; Ramírez – Alujas, 2011) La información es un bien público (Ramírez – Alujas, 2011; Olavarría

2012) y cuando la información pública es liberada, le hace bien a la sociedad, se debe vivir el tránsito hacia una cultura de transparencia en donde los Órganos del Estado se saben vigilados y obligados a hacer pública su información, como de ciudadanos que conocen y ejercen su derecho a exigirla (Ríos y Cejudo, 2013).

La Ley 20.285 de Acceso a la información Pública comenzó a regir en abril del 2009 con 24.680 consultas por año, para fines del año 2012 ya se habían realizado 51.952 solicitudes de Acceso a la Información, duplicando su primer recuento en solo 3 años, variando las regiones que solicitan la información, la forma de hacerlo, el tipo de organizaciones que lo hace y la nacionalidad de quien solicita la información. (Ministerio Secretaria General de la Presidencia, 2009; 2010; 2011; 2012)

En los primeros cuatro años de vida de esta Ley se realizaron en total 152.003 solicitudes de Acceso a la Información, aumentando gradualmente estas, además de la implementación de 280 a 322 órganos de la administración del Estado que están bajo estas medidas y de la aplicación constante de la transparencia Activa en los portales web de los organismos públicos. (Ministerio Secretaria General de la Presidencia, 2009; 2010; 2011; 2012)

La Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública (SAIP), ha superado la prueba de instalación, y debe ser revisada, no desde el punto de vista de su cuerpo legal u actores que velan por su cumplimiento, sino desde la información que se entrega, el poder verificar su efectividad, aunque de forma sucinta, a través del cumplimiento de sus principios.

Producto de la definición de la problemática, se han elaborado Objetivos con el fin de concretar el estudio y la revisión de nuestra Política de Transparencia. Se escogieron cinco principios de la Ley 20.285 de Acceso a la información pública, específicamente del derecho al acceso a la información de los órganos de la administración del Estado. Los principios son los aspectos éticos fundamentales de la Ley desde su espíritu que la concibió para ser utilizada por los ciudadanos. La especificación de cada uno de ellos se dará al momento del análisis de su resultado.

A continuación, se desarrolla una investigación que da cuenta de la aplicación práctica de las herramientas de consulta al Estado a través de la Ley 20.285 (Solicitud de Acceso a la Información) Este ejercicio trata sobre realización de una consulta ciudadana sobre la nanotecnología o más bien, sobre el conocimiento de algunas instituciones del Estado chileno sobre la materia y la revisión del cumplimiento de los mecanismos de participación de la Ley 20.285 de Acceso a la Información Pública.

En este contexto el presente trabajo se desarrolla una consulta ciudadana con el fin de poner en funcionamiento los mecanismos de información del Estado y revisar si estas consultas logran generar temas de agenda y poner en curso la acción de la democracia viva y no muerta de los votos.

Para poder generar esta acción se utilizó la Ley de Acceso a la Información N° 20.285 que vela por la omisión de secretismos del sector público y le otorga a la ciudadanía el deber de cuestionar, indagar y fiscalizar los actos de los gobernantes.

El fin último al realizar la consulta ciudadana es conocer la información que maneja las Instituciones y Órganos del Estado de Chile sobre esta materia y esperar que se cumpla al menos con lo estipulado en la Ley.

1.1. CONTEXTO DE LA FORMULACIÓN DE LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

La Ley 20.285 de Acceso a la Información Pública, nace y se desarrolla en un escenario político único con características definidas a través de una política de mejoramiento del Estado, está a partir de 1994 en Chile se evidencia a través de la Nueva Gestión Pública que intenta aplicar Eduardo Frei Ruiz-Tagle Homologando las políticas Chilenas a las Políticas Británicas de Margaret Thatcher, pero no es la única que da pie a este principio y es lo que a continuación se revisara (Silva, 2014; Olavarria, 2012; Ramírez -Alujas 2011)

La primera legislación que reconoce el derecho de acceso a la información como tal es Suecia en 1756, pero recién a partir de los últimos veinte años ha cobrado fuerza otorgarle un cuerpo legal que lo sus-

tente. Es más, desde el año 2000 al 2005 se aprobaron 34 leyes o decretos en materia de transparencia gubernamental y acceso a la información pública en distintas partes del mundo (Ríos & Cejudo, 2013)

La institucionalización del Acceso a la información pública en Chile, es parte de un largo proceso político que demoró 15 años en poder completarse. (Olavarría, 2012), esto no debe mirarse como una demora a priori, dado que respecto de otros países como Argentina y Brasil (Grandes de Latinoamérica) aún están en proceso de revisión y formulación de sus respectivas leyes (Ramírez –Alujas,2011; Olavarría, 2012; Ríos & Cejudo, 2013)

El primer esfuerzo de este emprendimiento político en Chile fue en 1994, cuando la Comisión de Ética Pública, presenta su “Informe sobre la Probidad y la Prevención de la Corrupción” que sienta las bases para la Ley 19.653 sobre Probidad Administrativa y a la vez modifica la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases General de Administración del Estado (Olavarría, 2012)

Se plantea que tanto en Chile como en algunos países centroamericanos la promulgación y aprobación de los cuerpos legales de la transparencia, están enmarcadas en procesos de transformación institucional y el combate a la corrupción (Olavarría, 2012; Ríos & Cejudo, 2013)

Pero no todo es avances, el primer proyecto de Ley de Acceso a la Información Administrativa durmió por casi 12 años debido a que fue enviado a la cámara de diputados en enero de 1995, luego en marzo de 1998 se propone archivar la medida y finalmente en junio del 2000 es retirada, para recién en 2008 ser aprobada y en 2009 puesta en marcha (Olavarría, 2012).

Ya en el 2003 nuevamente Chile se estremece por escándalos de corrupción y poca probidad, MOP – GATE, MOP –CIADE, CORFO-Inverlink, entre otros. A raíz de estos se llegaron a acuerdos políticos, para mejorar las medidas de probidad en torno a las auditorías internas, licitaciones y la creación del Servicio Civil. (Olavarría, 2012) Continuando en el año 2005 a través de la Ley 20.050 se elevó a rango constitucional el principio de Probidad y de publicidad de los actos de la administración del Estado (Artículo N° 8 de la Constitución de Chile

2005). Este acto es una clara y potente señal de lo que vendría, pues un marco legal no es nada sin el sustento constitucional de dicho principio (Ríos y Cejudo, 2013)

La presidenta Bachelet revivió estas propuestas con la Agenda de probidad, en noviembre del 2006, en diciembre del mismo año se dictó el Instructivo presidencial N° 008 que afirmaba el concepto de Transparencia Activa y explica la organización de las páginas webs de los organismos públicos, luego se remitiría la propuesta y la actual Ley que conocemos (Olavarría, 2012)

1.2. ASPECTOS MÁS RELEVANTES DE LA LEY 20.285 DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

En su Artículo 1° la ley de Acceso a la Información Pública regula el principio de transparencia de la función pública que es el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo.

Este principio afecta directamente a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. (Art. 2° SAIP)

Así mismo en su artículo N° 4 inciso dos plantea: El principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información.

En su título III la Ley plantea la Transparencia Activa, como un listado de información que deben mantener actualizado al menos una vez al mes los órganos de la administración del Estado: Su estructura orgánica, Las facultades, funciones y atribuciones de cada una de sus unidades u órganos internos, El marco normativo que les sea aplicable, El personal de planta, contrata y a honorarios, con las correspondientes remuneraciones, Las contrataciones para suministros entre otras.

En su título IV la Ley plantea el Derecho de Acceso a la Información de los Órganos de la Administración del Estado según su artículo N° 10 Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta Ley.

El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales.

La Ley 20.285 de Acceso a la información pública, plantea 11 principios, para el Derecho de Acceso a la Información de los Órganos de la Administración del Estado, en su artículo 10, tal como se puede apreciar en la Tabla 1

TABLA 1. Principios de la Ley 20.285 de Acceso a la información pública

Principio de la relevancia	Principio de la libertad de información
Principio de apertura o transparencia	Principio de máxima divulgación
Principio de la divisibilidad	Principio de facilitación
Principio de la no discriminación	Principio de la oportunidad
Principio del control	Principio de la responsabilidad
Principio de gratuidad	

Fuente: elaboración propia en base a Ley 20.285 de Acceso a la información pública

En su Artículo 12. La ley plantea que La solicitud de acceso a la información, (Transparencia Pasiva) podrá ser formulada por escrito o por sitios electrónicos y deberá contener únicamente:

- a) Nombre, apellidos y dirección del solicitante y de su apoderado, en su caso.
- b) Identificación clara de la información que se requiere.
- c) Firma de la solicitante estampada por cualquier medio habilitado.
- d) Órgano administrativo al que se dirige.

El procedimiento de gestión de solicitudes se declara en el Artículo 14.- La autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, deberá pronunciarse sobre la solicitud, sea entregando la información solicitada o negándose a ello, en un plazo máximo de veinte días hábiles, contado desde la recepción de la solicitud que cumpla con los requisitos del artículo 12.

Este plazo podrá ser prorrogado excepcionalmente por otros diez días hábiles, cuando existan circunstancias que hagan difícil reunir la información solicitada, caso en que el órgano requerido deberá comunicar al solicitante, antes del vencimiento del plazo, la prórroga y sus fundamentos.

El Órgano garante de hacer valer y cumplir esta Ley es el Consejo para la Transparencia que es una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, tendrá por objeto promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información.

Debiendo Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de esta ley y aplicar las sanciones en caso de infracción a ellas, Resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a esta ley, Promover la transparencia de la función pública, la publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y el derecho de acceso a la información, por cualquier medio de publicación, entre otras. (Artículo 33 Ley de Acceso a la Información)

A diferencia de otros países en Chile solo se basta con el Consejo para la Transparencia para la aplicación de esta norma, en Nicaragua y Panamá cuenta con más de una organización lo que provoca duplicidad de funciones y confusión, en Guatemala se le asigna esa función a un órgano ya existente lo que produce que esta colapse y no de abasto (Ríos y Cejudo 2013)

Pero como plantea Hauser (2018): Se comprenderá que toda la lógica de nuestro esfuerzo por incidir en la dimensión de la toma de decisiones

con sólida actualización de la información científicamente validada se objetiva en cuerpos legales que regulan las decisiones del ámbito privado, pero que ello es válido solo si las instituciones se desarrollan en un contexto democrático inspirado por valores y principios éticos.

2. OBJETIVOS

2.1. OBJETIVO GENERAL

- Medir la efectividad de Transparencia Pasiva a través de las respuestas obtenidas por organismo del Estado comprobando sus tiempos de respuestas, calidad y accesibilidad en una materia específica

3. METODOLOGÍA

El enfoque de la investigación fue cuantitativo, de tipo no experimental, transversal y con alcance descriptivo. (Hernández, Fernández y baptista, 2014). Según lo expuesto en esta investigación, gracias a la Ley 20.285, de Acceso a la información Pública, toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta Ley.

Por ende y para cumplir con el objetivo de este estudio se realizaron 14 solicitudes de Acceso a la Información, utilizando las herramientas entregadas por la Ley 20.285 de Acceso a la Información pública, a diferentes Órganos de la Administración del Estado (que revistieran importancia en el tema de estudio), con el fin de revisar sus tiempos de respuestas, calidad y accesibilidad en una materia específica, que este caso fue la nanotecnología.

Se realizaron solicitudes de transparencia pasiva a 14 Organismos del Estado a saber;

TABLA 2. Organismos del Estado Consulados a través de Transparencia Pasiva

Instituto de Salud Pública (ISP)	Instituto de Desarrollo Agropecuario (IDA)
Ministerio De Agricultura (MINAGRI)	Fuerza Área De Chile (FFAA)
Dirección General De Aeronáutica Civil (DGAC)	Servicio Nacional De Pesca (SERNAPES)
Seremi De Salud VI Región	Ministerio Del Medio Ambiente (MMA)
Servicio Agrícola y Ganadero (SAG)	Ministerio De Justicia (MINJU)
Ministerio De Economía Fomento y Turismo, el Ministerio De Minería ()	Ministerio De Energía
Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica. (CONICYT)	Ministerio de Minería

Fuente: elaboración propia

La muestra fue por conveniencia debido a que estos organismos deben tener un rol fundamental sobre la nanotecnología, desde su Comercialización (Ministerio De Economía Fomento y Turismo, Ministerio De Minería, la Fuerza Área De Chile), pasando por su regulación (Ministerio Del Medio Ambiente, Ministerio De Agricultura, Servicio Nacional De Pesca, Ministerio De Justicia, Seremi De Salud VI Región, Dirección General De Aeronáutica Civil, Ministerio De Energía) y su investigación y desarrollo (Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica)

Las preguntas que se realizaron, fue con el objeto de responder a las interrogantes antes planteadas (y de un arduo proceso de reflexión), es decir ¿Quién en Chile regula a la nanotecnología? Pero no se puede responder esa pregunta, sin antes saber, si se ocupa en alguna repartición publica, si sus marcos normativos lo regulan, si se han tomado decisiones al respecto o si se fiscalizan, si se abordan de alguna forma o si formaran parte de la agenda de dicha repartición.

Para ello se realizaron 6 preguntas a través de los portales de Transparencia de cada Institución. Durante el mismo día. Para poder analizar 5 principios de la Ley de Acceso a la información.

Para el análisis de cumplimiento de cada principio seleccionado se utilizó la siguiente lógica:

En el **principio de oportunidad**, se asignará un punto, cuando se cumple el plazo de 20 días hábiles para la entrega de la respuesta, de lo contrario será cero.

En el **Principio de no discriminación**, se asignará un punto, cuando se cumple la entrega de la información sin hacer distinción arbitraria o solicitar el ingreso de una organización, de lo contrario será cero.

En el **Principio de gratuidad**, se asignará un punto, cuando no se exige pago por la información, de lo contrario será un NO.

En el **Principio de facilitación**, se asignará un punto, cuando se cumpla para realizar la solicitud lo que solicita el Art.12 de la Ley 20.285 (revisar página 20), de lo contrario se le asignará un cero.

En el **Principio de máxima divulgación**, se asignará un punto cuando se entregue la mayor información posible, de lo contrario se asignará un cero.

4. RESULTADOS

A continuación, se revisará el cumplimiento de las consultas realizadas a los 14 Organismo Públicos a través de Transparencia Pasiva, en la tabla 3, se puede ver el cumplimiento por Institución y por principio:

TABLA 3. Resultados de la consulta a través de Transparencia Pasiva

Organismo Consultado	Principio de Oportunidad	Principio de No Discriminación	Principio de Gratuidad	Principio Facilitación	Principio Máxima divulgación	Porcentaje de Cumplimiento Por institución
Instituto de Salud Pública	1	1	1	1	1	100%
Instituto de Desarrollo Agropecuario	1	1	1	1	1	100%
Ministerio De Agricultura	1	1	1	1	1	100%
Fuerza Área De Chile	1	1	1	1	1	100%

Dirección General De Aeronáutica Civil	1	1	1	0	0	60%
Servicio Nacional De Pesca	1	1	1	1	1	100%
Seremi De Salud VI Región	1	0	1	0	0	40%
Ministerio Del Medio Ambiente	1	0	1	0	0	40%
Servicio Agrícola Y Ganadero	1	0	1	0	0	40%
Ministerio De Justicia	1	1	1	1	1	100%
Ministerio De Economía Fomento y Turismo	0	1	1	0	0	40%
Ministerio De Minería	1	0	1	0	1	60%
Ministerio De Energía	1	0	1	0	1	60%
Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica	0	0	0	0	0	0
Porcentaje de Cumplimiento por principio	85,7%	57%	92,8%	42,8%	57%	

Fuente: elaboración propia

El **Principio de Oportunidad**, es el cumplimiento del plazo legal para entregar la información solicitada por parte de los órganos del Estado, (20 días hábiles) tuvo un cumplimiento de un 86%, donde solo dos organismos no respondieron ni siquiera después de los 20 días que la Ley nos otorga, es más incluso a la fecha de hoy aun no lo han hecho, estos son el CONICYT y el Ministerio de Economía.

El **Principio de no Discriminación** es aquel en el cual se debe entregar toda la información sin hacer distinciones arbitrarias y sin exigir

expresión de causa. El resultado fue que un 57%, donde solo 8 Organismos cumplió con este principio.

¿Cómo fue vulnerado por los organismos que no cumplieron?, se solicitó durante el proceso de generación de la solicitud vía web, incluir la organización a la que pertenecía la persona consultante dentro de su solicitud de acceso a la información, lo que no es solicitado en la Ley y se puede prestar para que este principio se vulnere. Los organismos vulneradores son: SEREMI De Salud VI región, Ministerio del Medio Ambiente, el SAG, El Ministerio de Energía, el Ministerio de Minería y CONICYT.

El **Principio de Gratuidad** es el único que se cumple en un 100%, esto no significa que la información sea gratuita, pero si esta genera costo al ser desarrollada, se le cobrara a la persona que la solicito. Cabe destacar que durante la investigación se recopilo poca (y de mala calidad), por decir nula información lo que puede haber contribuido a que no se generaran costos en la entrega de la información.

El **Principio de Facilitación** es aquel que se debe facilitar (por ende, no entorpecer) el ejercicio de este derecho, sin obstruir o solicitar mayor información, este fue el principio más vulnerado, solo cumplió un 43%.

¿Cuáles fueron las faltas detectadas?, se solicita el crear una clave para tener acceso al portal de transparencia, para así luego tener acceso a este, lo que la Ley no contempla (artículo 12), en otra inscripción de solicitud, se pedía ligar la consulta ciudadana a un eje de la organización a la que se consultaba (que uno no tiene por qué conocer), como se mencionó en el principio anterior, el pedir incluir la pertenecía (militancia) a algún tipo de organización y por último la página se encuentra caída, lo que no nos deja realizar ninguna acción.

Todo esto atenta contra el espíritu de la Ley y el libre acceso de las personas a la información, es varios portales presentan la misma pantalla de inicio, como sistema de ingreso de solicitudes, lo que sienta un precedente, de una sistematización de esta práctica, es decir el gobierno de turno, intenta (no se di de buena o mala fe) desincentivar el uso de esta herramienta o monitorear a quienes preguntan. Los organismos transgresores son: SEREMI De Salud VI región, Ministerio del Medio

Ambiente, el SAG, El Ministerio de Energía, el Ministerio de Minería, CONICYT y la DGAC.

El **Principio de Máxima Divulgación** versa sobre la entrega de la mayor proporción de información posible. Este punto fue cumplido también en un 57% (8 Organismos cumplieron) y acaeció que los organismos consultados, respondieron rápidamente que no contaban con información para cumplir la Ley dentro del plazo legal de 20 días hábiles, como lo son el Ministerio del Medio Ambiente, el SAG, la DGAC, la SEREMI de salud de la VI región el Ministerio de Economía, CONICYT. (Estos últimos ni siquiera respondieron).

¿Cómo se incumplió? La DGAC, planteo en dos ocasiones que no sabía nada, el SAG lo mismo, el Ministerio de Economía y CONICYT no se pronunciaron con respuestas, al igual que el SAG no es posible que la SEREMI de salud quien cumple funciones fiscalizadoras para resguardar la salud de la población, no conozca sobre la nanotecnología y en el últimos de los casos queda presente, la poca voluntad de estos servicios por dejar atrás el secretismo y no enviarnos al menos la posibilidad de consultar en otro lado.

Por el contrario el MINAGRI que planteo no tener respuesta a la mayoría de las preguntas realizadas, remitió que se podría Consultar a la Fundación para la Innovación Agraria (FIA) y explica que este órgano no está dentro de la normativa de la Ley 20.285, por ende no está obligado a entregar información, pero que aun así se podría consultar, al igual que la Fuerzas Armadas que responde que se está realizando un trabajo de tesis sobre el material de los nanotubos y su resistencia en los materiales utilizados en dicha Institución.

En total el cumplimiento en promedio de los cinco principios revisados es de un 68% esto no es vinculante, dado que los universos son más de 322 Instituciones del Estado y aquí solo se revisaron 14, pero si entrega un primer hito a esta revisión, para poder realizar análisis de tipo más exhaustivo, de tipo Cualitativo como Cuantitativo.

En síntesis, contrastando el 42,85% que es el cumplimiento obtenido por 6 organismo públicos al cumplir con el 100% de los principios medidos, tal como se aprecia en la tabla 4

TABLA 4. Nivel de cumplimiento por Institución

Organismo Consultado	Total Cumplimiento por Institución	Nivel de Cumplimiento
Instituto de Salud Pública	100%	Alto
Instituto de Desarrollo Agropecuario	100%	Alto
Ministerio De Agricultura	100%	Alto
Fuerza Área De Chile	100%	Alto
Servicio Nacional De Pesca	100%	Alto
Ministerio De Justicia	100%	Alto
Dirección General De Aeronáutica Civil	60%	Medio
Ministerio De Minería	60%	Medio
Ministerio De Energía	60%	Medio
Seremi De Salud VI Región	40%	Bajo
Ministerio Del Medio Ambiente	40%	Bajo
Servicio Agrícola Y Ganadero	40%	Bajo
Ministerio De Economía Fomento y Turismo	40%	Bajo
Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica	0	No cumplido

Fuente: elaboración propia

5. DISCUSIÓN

Se puede plantear para culminar esta investigación que la Ley 20.285 de acceso a la información pública en la revisión de su eficacia no cumple en términos cuantitativos, debido que no alcanza ni al 50% ni en términos cuantitativos (ya que no hay información sobre una tecnología que en Chile se comercializa y las respuestas son muchas veces insatisfactorias) no entregando garantía de la Información en lo que se plantea y tampoco lo hace en los principios pesquisados.

Como se logró concluir no existe un cuerpo legal capaz de hacer cumplir una labor básica de la humanidad como que es el creer en el otro, en pensar que no se obrara de mala fe, pero no es así, se esconde

información, se tergiversa y no se comunica, con fines de conservación de poder o económico. Como sociedad se debe mejorar, pero no al amparo de las leyes, sino de nuestra conciencia. (Peña, 2014)

Sin embargo, esto reviste un vacío legal, en donde se debe plantear al menos que alguien (o alguna institución) sea el responsable de velar por dicha calidad de las respuestas. (Mamani & Arisaca, 2021) Continuando con este vacío legal, se debe evidenciar que no hay instancias de consideración en de tipo "urgencia semántica", es decir la ley concibe en el mismo plano la pregunta sobre el sueldo del grado cuatro de un funcionario X, que si hay una fuga de material radioactivo o deficiencia en la vacuna y continuando con el mismo hilo si llegásemos a detectar deficiencia en la vacuna, utilizando la Ley, ¿qué hacemos?, esto nos sigue implicando que la relación concebida con la ciudadanía sea "plana"

El órgano garante, el Consejo para la Transparencia (aun cuando externalice asesorías y arrojen resultados negativos) genera estudios sin acciones como por ejemplo "Consulta pública, instrucción general sobre el procedimiento, administrativo del derecho de acceso a la información.2011" donde se pregunta a las personas que no les molestaría responder anexo a lo que solicita la Ley y que se demuestra vulnerado en esta investigación. Además, en el estudio "Evaluación de desempeño a organismos públicos en el procedimiento de solicitudes de acceso a la información.2011" se demuestran porcentajes de incumplimientos con la Ley, proponiendo medidas de estandarización y de vulneración de derechos de la misma Ley. (Consejo para la Transparencia, 2011)

Cada uno de los principios de la Ley 20.285 debería ser vinculante, es decir, no solo el principio de oportunidad debería ser sancionado, sino todos, de forma incluyente, como se planteó anteriormente con la semántica, a través de la plena participación ciudadana y la retroalimentación que podrían cimentar la gobernanza y concebir una nueva forma de "democracia directa" o "democracia inmediata".

Para esto se debe trabajar en instaurar el Gobierno Abierto, este es aquel que escucha a los ciudadanos, entabla relación con ellos y toma decisión en base a sus necesidades, dado que los temas de gobierno y de

Administración Pública deben ser abiertos en todos los niveles para conseguir una mayor participación y transparencia. Todo esto se puede resumir en una administración pública Accesible, Receptiva y Trasparente con capacidad de respuesta. (Pino, 2020)

6. CONCLUSIONES

La eficacia de la Ley 20.285 de Acceso a la Información Pública puesta a prueba en 14 organismos Públicos nos arroja los siguientes resultados.

Solo seis de ellos (ISP, INDAP, MINAGRI, FFAA, SERNAPESCA y MINJU) es decir el 42,85% de los Organismo cumple los cinco principios planteados a escrutar a Cabalidad, sin embargo, este resultado de ninguna manera es concluyente, debido a que el número total de Organismos públicos que se rigen por esta Ley son 322 y lo que se espera plantear en esta investigación es una base para un mayor desarrollo y estudio sobre la Transparencia y Nanotecnología en Chile

Por el contrario, el organismo que menos cumplió fue CONICYT vulnerando todos los principios escrutados, lo secunda el Ministerio de Economía y Fomento y Turismo, la SEREMI de Salud de la VI región y el Ministerio del Medio Ambiente que incumplieron 3 de los 5 principios.

El principio de oportunidad obteniendo un 86% no cumple lo estipulado por la Ley, que es responder en 20 días hábiles para todos es decir en un 100%

El principio de la no discriminación cumple en un 57%, no cumpliendo lo que estipula la Ley, debiéndose cumplir en un 100%

El principio de la gratuidad, es el único que se cumple en un 100%

El principio de facilitación, cumple en un 42% siendo este el más bajo porcentaje obtenido, no cumpliendo lo que estipula la Ley, por la serie de mecanismos que impidiendo que la gente consulte libremente, debiendo cumplirse en un 100%

El principio de la máxima divulgación, se cumple en un 57%, no cumpliendo lo que estipula la Ley, dado que los organismos públicos se están enfocando en cumplir el principio de oportunidad que es normado

por la Ley y no verificando realmente la Calidad de sus respuestas, debiéndose cumplir en un 100%

Los resultados obtenidos de ninguna manera son concluyentes, debido a que el número total de Organismos públicos que se rigen por esta Ley son 322 y lo que se espera plantear en esta investigación es una base para un mayor desarrollo y estudio sobre la Transparencia y Open Government en nuestro país.

7. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

Agradezco a la Universidad Central de Chile, por incentivar-me a desarrollar todas mis habilidades como docente.

8. REFERENCIAS

- Consejo para la Transparencia (2011) Consulta pública, instrucción general sobre el procedimiento, administrativo del derecho de acceso a la información. Dirección de estudios
- Gutiérrez, J.A., Restrepo, R.D., Zapata, J.S. (2017) Formulación, implementación y evaluación de políticas públicas desde los enfoques, fines y funciones del Estado. *Revista CES Derecho*, (8), 2,333-351
- Hauser, R. (2018). Tiempo de humanidades: Notas de campo (climático). *Revista De La Academia*, (26), 62-79.
- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2014). Metodología de la Investigación.
- Lobelle, G. (2017). Políticas públicas sociales: apuntes y reflexiones. *Alcance*, 6(14), 81-96.
- Mamani, V., & Arisaca, W. . (2021). Transparencia en la gestión pública y su incidencia en el derecho al acceso a la información. *Gestionar: Revista De Empresa Y Gobierno*, 1(3), 40–51.
- Ministerio Secretaria General de la Presidencia. (2008) Ley 20.285 Sobre Acceso a la Información Pública. Santiago
- Ministerio Secretaria General de la Presidencia. (2009). Manual de Transparencia y probidad de la Administración del Estado. (2ª ed.). Santiago. Gobierno de Chile.
- Ministerio Secretaria General de la Presidencia (2010). Reporte Anual 2010 Estadístico de Solicitudes. Ley 20285 sobre Acceso a la Información Pública. Santiago. Comisión de Probidad y Transparencia.

- Ministerio Secretaria General de la Presidencia (2011). Reporte Anual 2011 Estadístico de Solicitudes. Ley 20285 sobre Acceso a la Información Pública. Santiago. Comisión de Probidad y Transparencia.
- Ministerio Secretaria General de la Presidencia (2012). Reporte Anual 2012 Estadístico de Solicitudes. Ley 20285 sobre Acceso a la Información Pública. Santiago. Comisión de Probidad y Transparencia.
- Olavarría M. (2012). La institucionalización y gestión estratégica del acceso a la información y transparencia activa en Chile. Santiago. Consejo para la Transparencia.
- Peña. V. (2013) ¿Qué ha salido mal?: hallazgos sobre la implementación de políticas públicas para la transparencia a partir de un caso instrumental. *Revista de Gestión Públicas* 2(2), 405 -438
- Peña. V. (2014) ¿Promesas incumplidas de la transparencia?: Lecciones de Política Pública a Partir de un Episodio de la Experiencia Mexicana. *Revista de Políticas Públicas*. 7(1) 35-46
- Pinho (2020). Gobierno Abierto y Participación Ciudadana. Algunas normas necesarias en Venezuela. Derecho global. *Estudios sobre derecho y justicia*, 5(15), 63-88
- Ramírez – Alujas A. (2011) Gobierno abierto y modernización de la gestión pública: tendencias actuales y el (inevitable) camino que viene reflexiones seminales. *Revista Enfoques* 9 (15), 99 – 125
- Ríos A. y Cejudo G. (2013) El acceso a la información gubernamental: análisis empírico de políticas de transparencia en cuatro países centroamericanos. *Revista de Gestión Públicas* 2(2), 335 -381
- Silva, D. (2014) Modernización del Estado: Revisión del Proceso de Reforma del Estado Chileno entre 1970-2011 y Evolución del Programa de Mejoramiento de la Gestión. *Revista Akademeia*, 12(1) 71 – 84.

SECCIÓN IV

NUEVOS RETOS REGULATORIOS DEL
DERECHO AL TRABAJO

NUEVOS RIESGOS LABORALES DERIVADOS DE LA “NO DESCONEXIÓN DIGITAL”

MARÍA OLAYA MARTÍN RODRÍGUEZ¹⁰⁰

*Profesora contratada doctora de la Universidad a Distancia de Madrid
(UDIMA)*

1. INTRODUCCIÓN

Comenzar hablando del desarrollo de la nueva sociedad de la información y comunicación resulta un tanto repetitivo e insistente, pero es que el progreso científico y tecnológico está desencadenando una complejidad de factores de riesgos y una multicausalidad de estos que están teniendo implicación directa en el entorno laboral, generando la aparición de “nuevos riesgos laborales” derivados de la sobreexposición tecnológica en el entorno laboral. Este hecho supone grandes riesgos para la salud de las personas trabajadoras de carácter psicosocial, como el llamado “tecnoestrés” (Aguilera Izquierdo y Cristóbal Roncero, 2017). Por ese motivo los estudiosos y profesionales de distintas disciplinas del conocimiento tratan de investigar y averiguar cómo reducir y/o eliminar el impacto de los nuevos riesgos laborales sobre las personas trabajadoras (entre otros, Alegre Nuevo, 2018).

La normativa preventiva existente hasta el momento no se centra tanto en los riesgos psicosociales y por un lado es razonable porque como hemos apuntado estos nuevos riesgos derivan del reciente desarrollo de las TIC's. Por ese motivo parece que la normativa al respecto es un

* Este trabajo se encuentra inserto en la línea de trabajo del grupo de investigación de la Universidad de Alcalá, PID 2020-112731RB-100, la garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo.

tanto escasa o escueta en cuanto a su contenido. En este sentido, se reclama que la normativa preventiva contemple de manera expresa estos nuevos factores de riesgo ya que la incidencia de las enfermedades mentales sobre las personas trabajadoras está aumentando exponencialmente y ello exige también una respuesta por parte de nuestro sistema de protección social ante estas nuevas contingencias de origen profesional.

Haciendo un breve repaso histórico comprobamos que las distintas revoluciones industriales provocaron cambios en la gestión y organización del trabajo, cambios que incidieron de manera positiva y negativa en la seguridad y salud de las personas trabajadoras¹⁰¹. Esos cambios estuvieron acompañados de una evolución en las normas de prevención de riesgos laborales¹⁰² (Martín Rodríguez, 2020). En la actualidad, la

¹⁰¹ La Primera Revolución Industrial se caracterizó por el desarrollo de la máquina de vapor, la extracción y utilización del carbón, etc. La Segunda Revolución Industrial vino de la mano del uso de nuevas fuentes de energía como el petróleo, gas, electricidad y nuevos sistemas de transporte como el automóvil y el avión, primeros televisores y radios, así como los primeros teléfonos. La Tercera Revolución Industrial se caracterizó por el desarrollo de la tecnología y la electrónica.

¹⁰² En el ámbito internacional hay que citar el Convenio número 155 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores y Medio Ambiente de Trabajo, de 22 de junio de 1981, ratificado por España el 26 de julio de 1985 y publicado en BOE de 11 de noviembre de 1985. En el ámbito comunitario cabe mencionar: Directiva Marco 89/391/CEE (DOCE núm. 183, de 29 de junio de 1989); Directiva 89/654, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo (DOCE, núm. 393, de 30 de diciembre de 1989); Directiva 89/655/CEE, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de los Equipos de Trabajo (DOCE, núm. 393, de 30 de diciembre de 1989); Directiva 89/656/CEE, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de los equipos de protección individual (DOCE, núm. 393, de 30 de diciembre de 1989); Directiva 90/269/CEE, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entraña riesgos, en particular dorso-lumbares, para los trabajadores (DOCE, núm. 156, de 21 de junio de 1990); Directiva 92/57/CEE, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las Obras de Construcción (DOCE, núm. 245, de 26 de agosto de 1992); Directiva 92/58/CEE, relativa a las disposiciones mínimas en materia de señalización de seguridad y salud en el trabajo (DOCE, núm. 245, de 26 de agosto de 1992). En España, las primeras leyes que intentan hacer frente a los graves problemas de seguridad y salud de las personas trabajadoras fueron: Circular de 17 de septiembre de 1804 que dicta normas para proporcionar a viajeros, mujeres y niños; el Real Decreto de 20 de septiembre de 1865 sobre industrias perniciosas para la salud y seguridad de los trabajadores; Ley de 24 de Julio de 1873, del Ministerio de Fomento de la República, sobre el trabajo en los talleres; Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, publicada en la

“Cuarta Revolución Industrial” también conocida como “Industria Digital” se caracteriza por el intensivo uso de Internet y de las tecnologías y ello ha supuesto nuevas formas de organizar el trabajo asociadas al uso de TIC. En función de su adecuada o inadecuada implantación, la gestión de su uso puede generar beneficios o perjuicios en la realización del trabajo e incidir en la salud del trabajador. Recientemente la crisis sanitaria ha incentivado en mayor medida la modalidad del trabajo a distancia y teletrabajo y ello está empujando a difuminar la línea que separa el tiempo de trabajo y descanso. Los nuevos riesgos laborales están íntimamente ligados con la disociación del tiempo de trabajo y tiempo de descanso provocados por el uso intensivo de las TIC’s en el entorno laboral y ello porque existe una interconectividad continua y permanente que provoca una ruptura de los tiempos de trabajo y descanso dando lugar a situaciones de continua conexión.

En sintonía con estos nuevos perjuicios que puede ocasionar la digitalización desde instancias internacionales como la Organización Internacional del Trabajo se ha hecho un llamamiento para que los gobiernos, empleadores y trabajadores encuentren medios para aplicar de

Gaceta de Madrid, núm. de 31 de enero de 1900 (Ley Dato); Reglamento para el servicio de inspección de trabajo el 1 de marzo de 1906 (Gaceta de Madrid, núm. 63, de 4 de marzo de 1906, pp. 868-870); Real Orden de 27 de febrero de 1908, el Instituto Nacional de Previsión (Gaceta de Madrid, núm. 60, de 29 de febrero, pp. 875-876); Ley de Bases del Seguro Social sobre Accidentes de Trabajo de 4 de julio de 1932 cuando se establece la obligatoriedad del aseguramiento por parte del patrono de los accidentes de trabajo; Ley de Bases de 13 de julio de 1936 incluye como aspecto novedoso la enfermedad profesional dentro del aseguramiento; Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobado en el año 1940 y de cuyo cumplimiento se encargaba la Inspección de Trabajo; Orden de 21 de septiembre de 1944 sobre creación de Comités de Seguridad e Higiene en el Trabajo (BOE núm. 274, de 30 de septiembre de 1944, pp. 7260-7261); Reglamento de 20 de mayo de 1952 de Seguridad en el Trabajo en la industria de la construcción (BOE núm. 167, de 15 de junio de 1952, pp. 2682- 2688); Orden Ministerial de 9 de marzo de 1971 por la que se aprueba el Plan de Higiene y Seguridad en el Trabajo (BOE núm.60, de 11 de marzo de 1971, pp. 4017-4019) y se derogó el Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo del año 1940; Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE núm. 269, de 18 de noviembre de 1995); Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (BOE núm. 27, de 31 de enero de 1997); Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción (BOE núm. 256, de 25 de octubre de 1997); Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2004).

forma eficaz a nivel nacional determinados límites máximos de las horas de trabajo, por ejemplo, estableciendo el derecho a la desconexión digital (2019).

También, a escala comunitaria se planteó la necesidad de regular el derecho a la desconexión digital por parte de la Confederación Europea de Sindicatos (CES) en junio de 2017. En este sentido, la CES establece que se trata de una cuestión prioritaria establecer una regulación europea común a propósito del derecho a la desconexión digital. Exactamente, el tercer apartado del documento Diálogo Social: Programa de Trabajo 2018-2020 dispone que “el derecho a conectarse, el derecho a desconectarse y la cuestión de la protección de datos de los trabajadores deben abordarse conjuntamente a nivel europeo para evitar enfoques diferentes y diferentes formas de reglamentación como ya han comenzado a desarrollarse en algunos Estados miembros”.

En esa línea, las legislaciones nacionales deben avanzar y recoger los nuevos riesgos derivados del uso de las TIC's sobre las personas trabajadoras, ya que su incidencia sobre la salud de las personas trabajadoras puede provocar contingencias profesionales. Para ello, es importante no solo contemplarlos desde un punto de vista preventivo sino también es preciso establecer protección social y sanciones ante la vulneración empresarial del derecho a la desconexión digital.

1. OBJETIVOS

- Referenciar la evolución normativa en materia de prevención de riesgos laborales con el fin de reflexionar sobre la necesidad de actualizar e integrar los nuevos riesgos laborales en la normativa de prevención de riesgos laborales a la luz de la transformación en la forma de prestar servicios que se ha experimentado en las últimas décadas a consecuencia del desarrollo de las TIC's.
- Exponer la regulación legal existente en materia de desconexión digital con el fin de llamar la atención al lector del escaso tratamiento legislativo de esta temática, debido a la ausencia

de una definición expresa y el amplio margen a la negociación colectiva.

- Reflexionar sobre la necesidad de contemplar los nuevos riesgos laborales derivados del uso de las TIC's dentro del catálogo de enfermedades profesionales del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social.

2. RIESGOS LABORALES DERIVADOS DE LA DISOCIACIÓN DE TIEMPO DE TRABAJO Y DESCANSO POR EL USO DE LAS TIC'S

Tanto el tiempo de trabajo y descanso como el lugar de prestación de servicios o realización de tareas han sido conceptos en el Derecho Laboral tradicionalmente desarrollados y concretados jurídicamente. Pero, el desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación han permitido la modulación de la forma de prestar servicios, y ahora, tanto el lugar de prestación de servicios como el tiempo de trabajo, conceptos clásicos, requieren una nueva interpretación jurídica. El lugar de trabajo ha sido generalmente la empresa o centro de trabajo en el cual la persona trabajadora desempeñaba sus tareas o cometidos.

Por su parte, aunque en determinadas ocasiones se han planteado problemas interpretativos tanto a nivel nacional como a nivel comunitario sobre determinados tiempos de trabajo: guardias, localización, desplazamientos, disponibilidad, etc.; generalmente una vez finalizada la jornada laboral en su lugar de trabajo se entendía que la persona trabajadora se encontraba en su tiempo de descanso. Así pues, en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre, asunto *Dublin City Council* (C-214/20) se entiende que el tiempo de guardia sin permanencia en el lugar de trabajo, pero que requiere llegar a su puesto de trabajo, en caso de emergencia, en un plazo de 10 minutos no es tiempo de trabajo en el sentido de la Directiva 2003/88/CE. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2021 (Rec. 27/2020) entiende que es tiempo de trabajo el que transcurre

durante el recorrido desde el domicilio del trabajador a la llegada al domicilio del primer cliente y desde que abandona el domicilio del último cliente hasta que el trabajador llega a su domicilio, en un supuesto en el que la actividad de la empresa únicamente puede realizarse en el domicilio de los clientes.

A nivel interno, hay que destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2020 (Rec. 200/2018) que entiende que es tiempo de trabajo a efectos retributivos la formación en asesoramiento financiero dentro del programa para obtener las acreditaciones exigidas por el art. 25 de la Directiva 2014/65. Sin embargo, las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2019 (Rec. 210/2017) y de 6 de marzo de 2019 (Rec. 23/2018) entienden que no debe considerarse como tiempo de trabajo efectivo el dedicado a la formación, según la oferta formativa efectuada por la empresa antes de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 14/2018, de 28 de septiembre, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, que transpone la Directiva 2014/65.

De la doctrina jurídica emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo se desprende que se aplican los métodos de interpretación reconocidos a nivel comunitario con el fin de garantizar la plena efectividad de la Directiva 2003/88/CE.

Además de los tiempos analizados, las TIC hacen posible como venimos diciendo que en determinados trabajos el desempeño laboral se pueda desarrollar desde cualquier lugar y a cualquier hora, lo que ha supuesto que la dinámica organizativa y los conceptos de tiempo de trabajo/descanso y lugar de trabajo requieran una nueva interpretación (Vallecillo Gámez, 2017).

Sin lugar a duda, el desarrollo de las TIC ha resultado positivo para las empresas en el sentido que ha permitido seguir desarrollando las laborales a ciertos trabajadores desde casa en momentos en los que no era posible acudir al trabajo, como ha ocurrido con la reciente pandemia global del COVID-19 o durante la borrasca Filomena; también ha contribuido a conciliar la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras. Sin embargo, cuando las condiciones de trabajo y la realización de

la prestación laboral se han configurado de manera deficiente, las TIC se convierten en factores de riesgo psicosocial y pueden afectar negativamente a la salud y bienestar de la persona trabajadora.

De hecho, Manzano Santamaría (2018, p. 2) en el listado de factores de riesgo psicosocial relacionados con el tiempo de trabajo destaca la “prolongación de la jornada de trabajo antes y después de la misma debido a la conectividad permanente y uso inadecuado de las TIC” debido a la “difuminación de las barreras entre el tiempo de trabajo y de descanso”. Como vemos, es fácil disociar ambos tiempos lo cual deriva en la generación de nuevos riesgos laborales, entre ellos el llamado “tecnoestrés”, directamente relacionado con el uso de las nuevas tecnologías.

El uso de la modalidad de trabajo a distancia y teletrabajo también ha incrementado el número de personas afectadas de riesgos psicosociales. Ello se debe al aumento de interrupciones externas por uso de las TIC, correo electrónico, etc.; inmediatez de respuesta que se asocia nuevamente al uso de las TIC; la exigencia de un aprendizaje continuo; disminución del tiempo de descanso mental y físico necesarios para la recuperación del trabajador debido a la prolongación del tiempo de trabajo que supone el uso de las TIC y la permanente conectividad (Manzano Santamaría, 2018).

En este sentido, el Derecho del Trabajo ha de pretender que las herramientas telemáticas no supongan una sobrecarga para las personas trabajadoras, en el sentido de limitar una permanente dependencia al uso de las TIC para resolver cuestiones laborales. Como hemos apuntado anteriormente, tradicionalmente la separación temporal del tiempo de trabajo y descanso estaba fijada por el propio lugar de trabajo. Es decir, la persona trabajadora realizaba su jornada laboral cuando estaba en su centro de trabajo. Sin embargo, con el uso de las TIC como mecanismo de trabajo habitual, esa separación física se difumina o desaparece (Molina Navarrete, 2017). Por lo que el concepto de tiempo de trabajo efectivo expresamente establecido en el art. 34.5 ET no coincide con la actual realidad.

Por lo dicho, resulta necesario garantizar los tiempos de trabajo y descanso a través una regulación de los nuevos tiempos de trabajo, el

derecho a la desconexión digital y efectivas herramientas de registro de jornada. Pues, si no se garantizan, la salud de las personas trabajadoras se ve comprometida debido a los riesgos psicosociales vinculados a la hiper conectividad laboral permanente (Fernández Prol, 2020).

Resulta esencial en este estudio identificar tanto los riesgos psicosociales vinculados al uso de las TIC, como los factores de riesgo psicosocial, entendidos estos últimos como los elementos que generan un riesgo psicosocial a las personas trabajadoras que utilizan las TIC en su desempeño laboral (Moreno Jiménez y Baez Jiménez, 2010). Los factores psicosociales están presentes en cualquier tipo de organización y estos factores se originan cuando no existen mecanismos preventivos adecuados o suficientes.

Además, en los riesgos psicosociales juega un papel fundamental la perspectiva subjetiva debido a que no todas las personas trabajadoras reaccionan de la misma forma frente a un factor de riesgo. La preocupación por los riesgos psicosociales se remonta a la década de los noventa cuando se señalaba que el uso de las nuevas tecnologías y los factores psicosociales provocarían un aumento de enfermedades y trastornos mentales relacionadas con el uso de las TIC en el desempeño laboral (Meléndez Morillo-Velarde, 2016). El Instituto Nacional de SSBT ha enumerado los siguientes factores psicosociales derivados del uso de las TIC relacionados con el tiempo de trabajo:

Prolongación de la jornada laboral debido a conectividad permanente y al uso inadecuado de las TIC; dificultad de conciliar la vida familiar y laboral, debido a la difuminación de las barreras entre el tiempo de trabajo, de ocio y descanso que ocasiona el uso de las TIC una vez finalizada la jornada laboral; aumento de las interrupciones en el desarrollo del trabajo debido al uso de las TIC, en especial en el uso del correo electrónico; realización de tareas en periodos de espera o tiempos muertos; entre otros (2018, p.2).

Además de los enumerados, Manzano Santamaría recoge otros factores de riesgos psicosociales:

Incremento del ritmo de trabajo y exigencia en la rapidez de respuesta; aprendizaje y esfuerzo continuo para el manejo de las TIC; sobrecarga de trabajo por tareas inesperadas y urgentes comunicadas a través de las TIC, entre otras (2017, p. 24).

Los cambios tecnológicos, así como estos factores de riesgos asociados al uso de las TIC generan nuevos riesgos laborales entre los que cobra especial importancia el “tecnoestrés”¹⁰³ derivado del uso de las nuevas tecnologías en el medio laboral. Aunque no es el objeto en este estudio analizar el tecnoestrés desde un punto de vista psicológico, conviene indicar de manera breve que este síndrome engloba a su vez tres subtipos: tecnoadicción, tecnofatiga y tecnoansiedad. La tecnoansiedad es el subtipo más generalizado o común debido a que muchos trabajadores suelen desarrollar un miedo irracional hacia el uso de las TIC. Por su parte, la tecnofatiga se caracteriza por sufrir agotamiento mental o cognitivo por el uso continuado de las TIC. Por último, la tecnoadicción también resulta preocupante por la dependencia obsesiva del uso de las nuevas tecnologías en todo momento (Chiappeta, 2017).

En cuanto a los síntomas provocados por el síndrome de tecnoestrés serían: depresión, fatiga mental, ansiedad, sobrecarga cognitiva por recibir excesiva información, entre otros. Una buena gestión de las TIC en el entorno laboral no debería provocar este síndrome. Sin embargo, una vez finalizada la jornada laboral, ya sea presencial o a distancia, y dependiendo del grado de utilización de las TIC en el entorno laboral, se continúa manteniendo un vínculo virtual, ya sea a través del correo electrónico, teléfono móvil, etc. En los últimos años los datos que a continuación se ofrecen muestran el aumento del uso de las TIC en el desempeño laboral (Martín Rodríguez, 2020).

¹⁰³ El concepto tecnoestrés fue acuñado por primera vez por el psiquiatra norteamericano Craig Brod en 1984 como “una enfermedad de adaptación causada por la falta de habilidad para tratar con las nuevas tecnologías del ordenador de manera saludable” (como se cita en Salanova, Llorens y Cifre, 2006). Una definición más precisa (Salanova, 2003) es la que entiende el tecnoestrés como “un estado psicológico negativo relacionado con el uso de TIC o amenaza de su uso en un futuro. Ese estado viene condicionado por la percepción de un desajuste entre las demandas y los recursos relacionados con el uso de las TIC que lleva a un alto nivel de activación psicofisiológica no placentera y al desarrollo de actitudes negativas hacia las TIC”.

3. TUTELA JURÍDICA DE LOS NUEVOS RIESGOS LABORALES DEBIDO A LA INTERCONECTIVIDAD DIGITAL

Los nuevos riesgos laborales derivados de la disociación de los tiempos de trabajo y descanso derivado del uso extenuante de las TIC's hizo al legislador regular el derecho de la desconexión digital en la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE núm. 294, de 6 de diciembre). Pese a la carencia de regulación normativa sobre desconexión digital en el ámbito laboral con anterioridad a la Ley 3/2018, nuestros tribunales en alguna ocasión tuvieron que manifestarse sobre cuestiones relacionadas con el uso de los dispositivos electrónicos fuera de la jornada de trabajo (sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de junio de 1997, procedimiento 120/1997)¹⁰⁴; sobre el uso de un “acelerómetro” durante la jornada laboral y obligación de cargar la batería en su domicilio (sentencia del Tribunal Superior de Cataluña, de 23 de mayo de 2013, Rec. 6212/2012)¹⁰⁵ y sobre una cláusula contractual por la que se estableció que “las partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico” (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015, Rec. 259/2014)¹⁰⁶.

¹⁰⁴ La empresa obligaba a los trabajadores a tener siempre conectado el teléfono móvil de la compañía. La sentencia determinó que si se obliga a los empleados a desarrollar su actividad profesional o a estar pendientes de recibir comunicaciones en todo momento los derechos de los trabajadores quedarían perjudicados por esa conexión ininterrumpida.

¹⁰⁵ La empresa proporcionaba a los trabajadores un teléfono móvil en el que llevaban incorporado “acelerómetro”. La empresa alega que sirve para detectar el movimiento del trabajador y conocer si ha sufrido un accidente. Pero, la Inspección de Trabajo deja probado que la función del “acelerómetro” es detectar el movimiento del trabajador. Además, queda probado que los trabajadores debían cargar la batería en su domicilio y ello conlleva, tal y como manifiesta el Tribunal “una preocupación de los trabajadores (...) e intromisión en su vida privada y familiar (...)” y genera añade “una situación de riesgo psicosocial”.

¹⁰⁶ El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y confirma la sentencia dictada por la Audiencia Nacional que declaró nula la cláusula contractual.

2.1. REGULACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

Con el fin de blindar el tiempo de descanso ante las injerencias empresariales por el uso de las TIC's, nuestro país reconoció como previamente hemos apuntado el derecho a la desconexión digital en el artículo 88 de la Ley 3/2018, que modifica entre otras disposiciones legales, el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, mediante la inclusión de un nuevo artículo 20 bis (BOE nº 255 de 24 de octubre). De tal forma, “los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar”. El legislador en su redacción relaciona este derecho con el derecho a la conciliación laboral, personal y familiar, ya que insta a que las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión potencien la conciliación. Aunque dicha redacción ha sido criticada por la doctrina (Molina Navarrete, 2017).

Recientemente, en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, también se contempla específicamente el derecho a la desconexión digital para las personas que prestan trabajo en régimen a distancia y lo hace en términos similares a los establecidos en el art. 88 de la Ley 3/2018.

Este derecho supone un gran avance (Alemán Páez, 2017), pero se trata de una regulación un tanto programática (Vallecillo Gámez, 2017). Es decir, es un derecho de configuración flexible al no definirse ni concretarse el contenido mínimo y dejar en manos de la negociación colectiva o acuerdo de empresa su concreción (Gordo González, 2017). Quizá sería conveniente tal y como manifiesta cierto sector doctrinal desarrollar reglamentariamente la actual normativa, esto es el art. 88 de la Ley 3/2018 y el art. 18 de la Ley 10/2021 (Zamora, 2019). La falta de reglas para determinar en qué supuestos el tiempo de conexión digital es tiempo de trabajo conllevará a una conflictividad interpretativa por parte de nuestros tribunales para determinar el momento a partir del cual puede ejercitarse el derecho a la desconexión digital.

Aunque no es menester profundizar en exceso sobre la ubicación del derecho a la desconexión digital en el artículo 20 bis del ET, es conveniente poner en relieve tal y como apunta Terradillos Ormaechea (2019) que el derecho a la desconexión digital debería haber aparecido en primer lugar entre los derechos laborales de los trabajadores (art. 4 ET) y posteriormente haberse incluido dentro de la sección 5ª del Estatuto de los Trabajadores dedicado al tiempo de trabajo, concretamente en su artículo 34 “para que éste adquiriera una mayor eficacia”.

Como hemos apuntado, el legislador ha optado por remitir el desarrollo del derecho a la desconexión digital a la negociación colectiva o, en su defecto, al acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Pero ¿qué ocurre en el supuesto de que fracase el acuerdo? Fernández Orrico (2019) ha criticado la falta de previsión legislativa en el supuesto de que el acuerdo no sea fructífero. Sin embargo, para Igartua Miró (2019) la falta de acuerdo supondrá que la empresa como parte interesada querrá establecer un código de conducta o protocolo en relación con el derecho a la desconexión digital pues el derecho a la desconexión digital es un derecho que puede ser invocado por el trabajador, aunque no se desarrolle colectiva o individualmente. A pesar de lo manifestado, quizá hubiera sido interesante que el derecho a la desconexión digital hubiera sido parte del contenido mínimo de los convenios colectivos, pero el artículo 85.3 del ET no ha sido modificado, como ocurrió en Francia (Cialti, 2017).

El artículo 88 de la Ley 3/2018 también establece como anteriormente hemos apuntado la obligación de que “el empresario deberá elaborar una política interna dirigida a las personas trabajadoras, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que se definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática”. Para ello, el empleador, deberá dar previa audiencia de los representantes de los trabajadores con el fin de evitar los nuevos riesgos psicosociales derivados de la hiperconectividad permanente que provoca entre otras, fatiga informática.

De acuerdo con lo manifestado, el artículo 88 de la Ley 3/2018 establece que el derecho a la desconexión digital se regulará a través de la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores; y el empleador se encargará de elaborar la política interna, previa audiencia de los representantes de los trabajadores. Esta política interna contiene en definitiva el procedimiento para lograr la efectividad del derecho a la desconexión digital (Arruga Segura, 2021).

Sin embargo, en la práctica muchas empresas incumplen este derecho lo que lleva a afirmar que se requiere una regulación normativa más amplia del derecho a la desconexión digital (Trujillo Pons, 2021). En tal sentido, compartimos la opinión de Purcalla Bonilla (2020) que llega a afirmar que “hay más sombras que luces (...), pues fiar a la negociación colectiva la concreción del derecho es arriesgado” (p.124).

Por otro lado, el derecho a la desconexión digital se ha configurado como derecho de los trabajadores y no como deber empresarial. Obviamente, este derecho supone un correlativo deber empresarial, de garantizar la desconexión digital, pero en caso de vulneración es el trabajador de manera individual quien tiene que accionar contra el empresario. En este sentido, hubiera sido apropiado incluir en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE nº 189, de 8 de agosto) una sanción en caso de vulneración del deber empresarial de garantizar la desconexión digital.

Por su parte, el Criterio Técnico 104/2021, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en riesgos psicosociales que viene a reforzar, publicado el 15 de abril de 2021, intenta enfatizar el control preventivo de las actuaciones de la Inspección al señalar el poder jurisdiccional de la Inspección de Trabajo en una serie de circunstancias: a) con motivo de campañas de prevención de riesgos psicosociales; b) por denuncias específicas motivadas en la falta de actuación por parte de la empresa en la intervención de riesgos psicosociales u otros riesgos; c) cuando la Inspección de Trabajo lo requiera. Uno de los aspectos a resaltar del Criterio Técnico 104/2021 es la responsabilidad de la empresa en todas las circunstancias que puedan generar

riesgos psicosociales como estrés laboral, tiempo de trabajo, falta de desconexión digital.

3.1. REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS NUEVOS RIESGOS PSICOSOCIALES

No queda duda alguna de que el uso intensivo de las nuevas tecnologías digitales constituye un factor potente de riesgos psicosociales, vinculados directamente al tecnoestrés, pero también a nuevas adicciones (tecnoadicción, nomofobia, etc.). Además, el aumento del trabajo a distancia o teletrabajo amenaza con incrementar los riesgos psicosociales en las nuevas formas de trabajo tecnológico. La preocupación de los riesgos laborales derivados de la hiperconectividad digital se reflejó ya en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020 que señaló en su tercer objetivo la necesidad de estudiar los riesgos emergentes, sus causas e impacto en la seguridad y salud de los trabajadores, en especial los derivados de las nuevas tecnologías.

En nuestro ámbito interno, ni Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (BOE nº 269, de 10 de noviembre, en adelante LPRL), ni el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (BOE nº 27, de 31 de enero, en adelante RSP) contemplan expresamente entre su articulado la previsión de riesgos psicosociales¹⁰⁷ y menos aún el tecnoestrés¹⁰⁸. Y ello porque las definiciones jurídicas están anticuadas o como dice Molina Navarrete (2018) “están ancladas en el trabajo industrial del siglo XIX y mediados del siglo XX, más que en la economía de servicios desde mediados del siglo XXI” (p. 148).

¹⁰⁷ Se entiende como riesgo psicosocial un determinado daño que sufre la persona trabajadora, ya sea en su salud física o psíquica derivada de la inadaptación de los puestos, métodos y procesos de trabajo, bien como consecuencia de la influencia negativa de la organización y condiciones de trabajo, o de las relaciones sociales en la empresa o cualquier otro elemento ambiental (Meléndez Molillo-Velarde, 2016).

¹⁰⁸ El tecnoestrés es una enfermedad causada por una falta de habilidad o incompetencia en el uso de las nuevas herramientas y sistemas tecnológicos. El estrés laboral y sus derivaciones, en particular, el estrés ocupacional pero también el tecnoestrés y el estrés postraumático forman parte del catálogo de riesgos considerados como psicosociales (Romeral Hernández, 2010).

Sin embargo, los riesgos psicosociales laborales cuando se convierten en “daños” son relevantes para el sistema de Seguridad Social. Así pues, el artículo 4.3 de la LPRL establece que “se considerarán como daños laborales del trabajo las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo”. Por su parte, el artículo 15.1 g) de la LPRL establece que el empresario aplicará una serie de medidas para integrar la prevención con arreglo a “planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales.

Pese a que la LPRL no contenga referencia expresa a los riesgos psicosociales no significa que el empresario no tenga deber de prevenirlos. De hecho, hay multitud de Notas Técnicas del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (en adelante, INSHT) que se dedican a la delimitación y prevención de los riesgos psicosociales. Concretamente las Notas Técnicas del INSHT nº 730 (Salanova, Llorens y Cifre, 2006) y nº 1123 (Manzano Santamaría, 2018) se encargan de recoger guías de buenas prácticas de medidas preventivas destinadas a eliminar o reducir la exposición de los nuevos factores de riesgos psicosociales derivados de las TIC's que puedan generar daños a la salud a las personas trabajadoras.

Por otro lado, en el ordenamiento de la Seguridad Social existe una distinción entre el accidente laboral o no y, la enfermedad común, del trabajo y profesional. Pues bien, los riesgos psicosociales, son considerados por parte de un gran número de pronunciamientos judiciales como accidentes de trabajo y ello porque los jueces aprecian un nexo de causalidad en tiempo y lugar entre los daños psicológicos o físicos y la relación laboral (artículo 156.3 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE nº 261, de 31 de octubre de 2015, en adelante LGSS). La opción de acudir al artículo 156.3 LGSS se debe a que es más fácil la presunción de laboralidad del citado precepto que del artículo 156.2 e) LGSS que obliga al trabajador a demostrar ante la autoridad judicial que el daño tiene su origen exclusivo en la prestación laboral par que su dolencia tenga cabida como enfermedad del trabajo,

y, además, la actividad probatoria es de extremada complejidad (Montoya Melgar, 2008).

En esta línea, no han sido pocos los autores que reclaman la inclusión de los riesgos psicosociales dentro del listado de enfermedades profesionales como medida ante la falta de tratamiento jurídico de este tipo de riesgos (Molina Navarrete, 2018). Sería por tanto conveniente la inclusión en el cuadro de enfermedades profesionales las enfermedades derivadas de los riesgos psicosociales que puede provocar el desempeño laboral ya que la no inclusión de los riesgos psicosociales dentro del cuadro de enfermedades profesionales repercute directamente sobre el tratamiento jurídico de los riesgos psicosociales, tanto en lo relativo a su prevención como a su protección social (Martín Rodríguez, 2021).

3. CONCLUSIONES

La forma de prestar servicios ha cambiado y así debe cambiar la regulación legal existente para amparar los nuevos riesgos laborales que derivan de las nuevas formas de organizar el trabajo favorecido por el uso de las TIC's. Como hemos apuntado, se han abordado algunas reformas legales en torno a la regulación jurídica del derecho a la desconexión digital (insuficiente como hemos manifestado) y también en cuanto a la regulación legal del trabajo a distancia y teletrabajo. Sin embargo, los nuevos riesgos laborales derivados del uso de las TIC's no están debidamente amparados ni en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales ni en el ordenamiento de Seguridad Social. Tal y como hemos expuesto, se propone la inclusión expresa de los riesgos psicosociales en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y la categorización como enfermedad profesional dentro del Anexo I del Real Decreto 1299/2006.

4. REFERENCIAS

- Aguilera Izquierdo, R. y Cristóbal Roncero, R. (2017). Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica. *El futuro del trabajo que queremos*. MEYSS. <https://bit.ly/3qmc1SK>
- Alegre Nuevo, M. (2018). La prevención de los nuevos riesgos psicosociales y el derecho a la “desconexión digital”. *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, 155, 38-41.
- Alemán Páez, F. (2017). El derecho a la desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la “Loi Travail, nº 2016-1088”. *Revista de Trabajo y Derecho*, 30, 12-33.
- Arruga Segura, M.C. (2021). Las implicaciones del derecho a la desconexión digital en la prestación del trabajo y en el trabajo regular. *Revista Derecho social y empresa*, nº 15. <https://bit.ly/3HioXjh>
- Cialti, P.D. (2017). El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?. *Temas Laborales*, nº 137, 163-181.
- Chiappeta, M. (2017). The Technostress: definitions, symptoms and risk prevention. *Senses Science*, 4, (1), 358-361.
- Fernández Orrico, F.J. (2019). Protección de la intimidad del trabajador frente a los dispositivos digitales: análisis de la Ley Orgánica. *Nueva Revista de Derecho del Trabajo*, nº 222, 31-76.
- Fernández Prol, F. (2020). Tiempos de vida y de trabajo: el impacto de las TICs. *Temas Laborales*, 151, 259-274.
- Gordo González, L. (2017). El Derecho del Trabajo 2.0: la necesidad de actualizar el marco de las relaciones laborales a las nuevas tecnologías. *Revista de Información Laboral*, 12, 171-182.
- Manzano Santamaría, N. (2018). *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosocial asociadas a las nuevas formas de organización del trabajo*. Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo. <https://bit.ly/3m0Uily>
- Manzano Santamaría, N. (2017). Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) y nuevas formas de organización del trabajo: análisis psicosocial. *Seguridad y Salud en el Trabajo*, 92, 22-35.
- Martín Rodríguez, M.O. (2020). Accidentabilidad en el sector de la construcción. Un reto pendiente. *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria: Tomo II*. (pp. 641-654). Editorial Laborum.
- Martín Rodríguez, M.O. (2020). El tecnoestrés como factor de riesgo para la seguridad y salud del trabajador. *Lan Harremanak*, 44, 164-183.

- Meléndez Morillo-Velarde, L. (2016). Nuevas tecnologías y riesgos psicosociales. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 184, 145-175.
- Molina Navarrete, C. (2017). Jornada laboral y tecnologías de la información: “Desconexión digital”, garantía del derecho al descanso. *Temas Laborales*, 138, 2017, 249-283.
- Molina Navarrete, C. (2018). Análisis jurídico-crítico del modelo español regulador de las enfermedades relacionadas con el trabajo de origen psicosocial: desafíos y propuestas de solución. En (Ramos Quintana, M.I. dir.). *Guía. Calificación jurídica de las patologías causadas por Riesgos psicosociales en el trabajo*. Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC. 145-176.
- Montoya Melgar, A. (2008). El acoso en el trabajo y su encuadramiento jurídico. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 140, 751-768.
- Moreno Jiménez, B., Baez Jiménez, B. (2010). *Factores y Riesgos Psicosociales, formas, consecuencias, medidas y buenas prácticas*. MTIN-INSHT. Madrid. <https://bit.ly/3e3lOam>
- Purcalla Bonilla, M.A. (2020). Seguridad, salud laboral y desconexión digital. *Temas Laborales*, 155, 109-128.
- Rodríguez Fernández, M.L. y Pérez del Prado, D. (2017). Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo. *Fundación para el diálogo social*. <https://bit.ly/3FCYi05>
- Romeral Hernández, J. (2010). Disposiciones sobre riesgos psicosociales específicos. En San Martín Mazzucconi (dir.). *El tratamiento convencional de los riesgos psicosociales: Estado actual y nuevas propuestas*. UGT. Fundación para la prevención de riesgos laborales, Madrid.
- Salanova, M. (2003). Trabajando con tecnologías y afrontando el tecnoestrés: el rol de las creencias de eficacia. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, 19, 225-247.
- Salanova, M., Llorens, S. y Cifre, E. (2006). *NTP 730: Tecnoestrés: concepto, medida e intervención social*. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. <https://bit.ly/32aVubM>
- Trujillo Pons, F. (2021). La “desconexión digital” a lomos de la seguridad y salud en el trabajo. *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, nº 45, 257-275.
- Vallecillo Gámez, M.R. (2017). El derecho a la desconexión: ¿“Novedad digital” o esnobismo del “viejo” derecho al descanso”, *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 408, 167-178.
- Zamora, S. (2019). Desconexión digital ¿novedad o anécdota?. *Diario La Ley*, nº 9363

DIGITALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA Y DESPIDO TECNOLÓGICO: RIESGOS Y PROPUESTAS

ALEJANDRO MUROS POLO
Universidad de Granada

1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la conocida como Cuarta Revolución Industrial (Schwab, 2016) —para otros autores la actual evolución de una única y continua revolución industrial (Mercader, 2017)—, se presenta como una realidad imparabable que afecta a todos los ámbitos de la vida y, como no podía ser de otro modo, al mundo del trabajo. Sin embargo, el efecto que esta nueva revolución digital pueda tener sobre el empleo no es una cuestión en la que exista consenso científico.

Más allá de posturas basadas en el determinismo, tecnopesimismo e, incluso, en el tecnooptimismo, una respuesta al futuro del trabajo más moderada es la que presenta el Foro Económico Mundial, en su informe de 2020. Se defiende, por tanto, una creación de empleo en el largo plazo que compense la destrucción de aquellos puestos de trabajo que no se correspondan con la nueva división del trabajo entre humanos, máquinas y algoritmos. En cambio, también alerta de los posibles efectos nocivos que esta destrucción de empleo pueda provocar en el corto plazo, sobre todo en los colectivos vulnerables (World Economic Forum, 2020). Efectos nocivos que pueden ser especialmente relevantes en España a causa de la alta tasa de paro estructural, las características de nuestro mercado de trabajo, así como por los altos déficits de formación digital, sobre todo, en la población madura (Montoya, 2019).

Ante esta situación, el Derecho del Trabajo tiene que plantear nuevas respuestas ante los cambios tecnológicos, como ya hizo desde su origen en las primeras revoluciones industriales y la llamada Cuestión Social

Obrera (Monereo *et al.*, 2021). A partir de este momento, el progreso técnico, como “eterno compañero de viaje”, ha ido modulando al Derecho laboral para preservar su compleja funcionalidad ante las nuevas problemáticas que han ido surgiendo (Cruz, 2017, 15). Constituyéndose, por tanto, la preocupación y el análisis sobre las repercusiones del cambio tecnológico, en gran medida, como un *continuum* en el Derecho del Trabajo (Jurado, 2020).

Sin embargo, también debe de destacarse que la actual revolución tecnológica presenta una serie de elementos característicos que la hacen diferente de las anteriores, sobre todo en materia de las alteraciones de enorme calado que promete y los nuevos retos que plantea. No cabe obviar que la relación intensa que existe entre digitalización y globalización acelera e intensifica el cambio, es así que “la digitalización es más profunda en la medida en que se desarrolla en un escenario de economía globalizada, del mismo modo que la globalización se extiende con más fuerza en la medida en que la misma se desarrolla dentro de un contexto de digitalización de la economía” (Cruz, 2017, 15 y 16). Es más, los cambios tecnológicos actuales se incorporan a la economía a un ritmo exponencial, no solo por la interconectividad imperante, sino por la facultad de que la nueva tecnología engendra, a su vez, una nueva tecnología más poderosa (Ushakova, 2018).

Se trata, en fin, de una revolución a nivel universal, que afecta a todo tipo de economía, sector productivo, profesión, tamaño de la empresa o tipo de trabajador, y que no se limita en exclusiva a automatizar diferentes tareas rutinarias y no especializadas, habida cuenta de la importante funcionalidad de la Inteligencia Artificial, la cual pretende afectar a puestos de trabajo en los que con anterioridad era impensable (Cruz, 2017). Aunque más bien es cierto que el efecto que pueda tener la automatización y robotización en el empleo contribuirá a la polarización o segmentación entre trabajadores, a causa de la disminución de la clase media trabajadora, donde se concentran la mayoría de las tareas rutinarias fácilmente automatizables, y el aumento de la demanda de profesiones altamente cualificadas, de difícil acceso, y de aquellas que se puedan calificar como poco sofisticadas (limpieza, seguridad,

transporte, labores de cuidado, etc.) y que están peor pagadas (Fernández, 2021).

Teniendo en cuenta todo lo anterior, a la luz de los importantes efectos que pueda tener la Cuarta Revolución Industrial sobre el empleo, el presente trabajo de investigación se encuentra ampliamente justificado. El estudio del despido tecnológico, entendiéndolo por este todo despido objetivo o colectivo por automatización o robotización (o de introducción de innovación tecnológica en la empresa), debe de ser analizado desde una perspectiva jurídico-crítica para entender sus límites y garantías, en la línea de poder hacer frente a los nuevos problemas en materia de sustitución de empleo por la digitalización y proponer una serie de soluciones de *lege ferenda*.

2. OBJETIVOS

Como ya se ha comentado con anterioridad, la hipótesis de este trabajo de investigación consiste en comprobar cuáles son los límites y garantías del despido tecnológico, teniendo en cuenta la legislación y jurisprudencia actual. Concretamente, se busca responder a la pregunta de si es realmente posible despedir por causa de robotización o automatización con base en el mero aumento del beneficio empresarial. Cuestión clave ya que de la regulación de las causas para despedir y de diversos pronunciamientos judiciales se podría inferir, en principio, que puede ser suficiente la mera conveniencia empresarial para proceder al despido, lo cual entra en contradicción con los planteamientos de reestructuración responsable y la defensa del trabajo decente propuesta por parte de la OIT.

El ámbito de estudio se centra en el despido objetivo o colectivo por causas técnicas y organizativas ya que son las causas que suelen alegarse en un proceso de automatización o robotización (Jurado, 2020). La causa técnica, originada por la introducción de un programa informático o una maquinaria novedosa en la empresa, suele venir acompañada de una causa organizativa, que es la relacionada con la organización del personal para hacer frente al sobredimensionamiento de plantilla tras la modificación tecnológica. Es decir, “lo más probable es que

la medida técnica vaya acompañada de alguna innovación organizativa, y que los cambios organizativos se sustenten en nuevas tecnologías o nuevas técnicas de producción” (García, 2016, 113).

De este modo, si se tiene en cuenta la anterior hipótesis de investigación, los objetivos deben ser los siguientes:

- Elaborar una breve recopilación de la evolución histórico-normativa de la regulación de las causas para despedir por motivos técnicos u organizativos.
- Analizar la configuración legal y jurisprudencial actual del despido objetivo y colectivo por causas empresariales, con especial referencia a las causas técnicas y organizativas.
- Distinguir el despido tecnológico del despido por inadaptación a las modificaciones técnicas del artículo 52.b) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), elaborando una sucinta configuración de su régimen jurídico.
- Comprobar cuál es el estándar de control judicial sobre las causas del despido tecnológico.
- Responder a la pregunta de investigación en cuanto a si se permite o no el despido tecnológico para aumentar beneficios, basado en la mera conveniencia empresarial.

3. UNA BREVE REFERENCIA AL DESARROLLO HISTÓRICO-NORMATIVO DE LAS CAUSAS TÉCNICAS Y ORGANIZATIVAS PARA DESPEDIR

Partiendo de la regulación laboral postconstitucional, el Estatuto de los Trabajadores de 1980 introdujo, por un lado, la extinción del contrato de trabajo “por cesación de la Industria, comercio o servicio de forma definitiva, fundada en causas tecnológicas o económicas, siempre que aquella haya sido debidamente autorizada conforme a lo dispuesto en esta Ley” (art. 49.nueve). Extinción del contrato de trabajo que siguió la regulación de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, la cual recogió la “crisis laboral” como justificativa del despido en el mismo sentido,

y que se entiende como el germen de la actual causa técnica (Altés, Blasco y Nores, 2010). Por otro lado, el ET de 1980 reconoció en el art. 51 “la extinción por causas tecnológicas económicas y fuerza mayor”, así como en el art. 52 la extinción del contrato de trabajo “por la necesidad objetivamente acreditada de amortizar un puesto de trabajo individualizado”, solo para empresas de menos de cincuenta trabajadores.

Mayor definición y precisión de las causas empresariales para despedir llegaría con la Ley 11/1994, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de los Trabajadores, donde se acogió la fórmula actual de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción para despedir. En este sentido, el art. 52.c) ET para el despido objetivo remitía al art. 51 ET para la definición de las causas, donde se definían con base en elementos teleológicos o de metas a conseguir. Si se trataba de causas económicas, estas concurrirían si contribuyeran a superar una situación económica negativa de la empresa; o si fueran técnicas, organizativas o de producción, estas concurrirían si garantizaran la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos. Se trata, por tanto, de una reforma que buscaría flexibilizar la rígida interpretación anterior del despido basada en la crisis empresarial grave e irreversible. Sin embargo, desde el punto de vista de las causas técnicas y organizativas, el cambio legislativo no fue muy efectivo ya que el empleo del término de la “viabilidad”, dificultaba que los cambios tecnológicos en la empresa justificaran despidos si no había realmente una causa económica subyacente grave (Jurado, 2020).

La siguiente reforma llegaría unos años después con la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, fruto del Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo suscrito por los interlocutores sociales. Ley que acabaría con la identidad de definición causal entre despido objetivo y colectivo, para regular en el art. 52.c) ET la obligación empresarial de acreditar que la decisión extintiva basada en causas económicas contribuye “a la superación de las situaciones económicas negativas”, así como que la basada en las denominadas causas reorganizativas (técnicas, organizativas y productivas) obedece a

“superar las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos”. Y ello se tradujo en una mayor flexibilización o suavización de las causas para acudir al despido objetivo, sobre todo para las causas reorganizativas, ya que con ellas no era necesario que se garantizase la viabilidad futura de la empresa, sino meramente la superación de dificultades que impidieran el buen funcionamiento de la empresa, sobre la base de dos criterios de orden metajurídico: la posición competitiva o las exigencias de la demanda (Monereo y Fernández, 1997).

Dicha separación en la regulación de las causas para despedir quedaría intacta hasta el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, convalidado por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. De este modo, se retomó la identidad causal con la técnica de remisión, se suprimió la referencia a la amortización del puesto de trabajo para el despido objetivo (de virtualidad muy limitada para Goerlich, 2010), se definieron las causas para despedir y se reconfiguró su elemento teleológico. Con la Reforma laboral de 2010 se flexibiliza aún más la denominada conexión de funcionalidad entre el despido y las metas, sobre todo para las causas técnicas, organizativas y productivas, limitándolas a: “contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”. Así, el nexo o conexión de funcionalidad ya no presupone definitivamente un estado de crisis actual de la empresa (“dificultades”), ya que apunta a los objetivos empresariales ordinarios de la mejora de la “posición competitiva en el mercado” o de “una mejor respuesta a las exigencias de la demanda” (Martín, 2016).

Y, finalmente, el último paso en la flexibilización del Derecho del Trabajo emerge con la Reforma laboral de 2012, en una tendencia neoliberal de subordinación de la protección del Derecho laboral a planteamientos económicos ante la intensificación del proceso de globalización y de la competitividad internacional (Monereo, 2017). Una reforma que no contó ni con el consenso político ni de los interlocutores

sociales del momento, y que supone una reducción drástica de las garantías jurídico-laborales en favor de una supuesta “flexiseguridad” con la aparente intención de crear empleo, aunque sea de mala calidad (Baylos, 2014). En lo que aquí respecta, en una idea de flexibilizar y facilitar el despido aún más, no solo se eliminó el elemento teleológico de la definición de las causas para despedir, sino que se suprimió la autorización administrativa del despido colectivo, se redujo la cuantía de la indemnización por despido improcedente y se limitaron los salarios de tramitación a la opción de readmisión. De este modo, no es que se haya abandonado el principio de protección del trabajador, sino que se protege en la medida y con subordinación a la eficiencia económica de la empresa (Monereo, 2006).

4. CONFIGURACIÓN JURÍDICA ACTUAL DEL DESPIDO OBJETIVO Y COLECTIVO POR AUTOMATIZACIÓN O ROBOTIZACIÓN

Una vez que se unificaron las causas empresariales para despedir de forma objetiva y colectiva en el art. 51 ET y se definieron las mismas causas con la Reforma laboral de 2010, la articulación de las causas técnicas y organizativas está basada en la definición de unos cambios en sentido ejemplificativo (“entre otros”), a modo de lista abierta (Gala, 2014). Definición que tiene su origen en una interpretación jurisprudencial (véase la STS de 14 de junio de 1996) y que cataloga a las causas técnicas “cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción”; al igual que a las causas organizativas “cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal”. Última definición que ha sido ampliada con la Reforma laboral de 2012 por el tenor literal “o en el modo de organizar la producción”.

Nos encontramos, por tanto, ante dos tipos de causas que despliegan sus efectos, o bien en el plano de la rentabilidad para las causas económicas, o bien en el plano de la eficiencia empresarial en el caso de las causas técnicas, organizativas y de producción (Monereo y Fernández, 1997). Específicamente para las causas técnicas y organizativas, estas

tienen su lógica en el círculo de la autonomía y responsabilidad de quien está al frente de la empresa, y no devienen necesarias a consecuencia de elementos exógenos, como ocurre, por ejemplo, con las pérdidas previstas o actuales en la causa económica. Esto es, es el propio empresario el que por razones de estrategia o planificación empresarial introduce las modificaciones tecnológicas en la empresa, con el objetivo de aumentar la competitividad y solidez del negocio, sin que sea necesario acreditar su supervivencia o dificultad económica (García, 2016). Aunque ya desde aquí se defiende que la decisión empresarial de despedir basada en la mejora de la productividad o competitividad en la empresa no puede traducirse en un mero interés empresarial, orientado a mejorar la rentabilidad empresarial por la pura voluntad de incrementar los beneficios y disminuir los costes en mano de obra (De la Puebla, 2021).

Sin embargo, la formulación actual de las causas técnicas y organizativas para despedir supone una definición excesivamente amplia y flexible que pretende encajar casi cualquier decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo y puede dificultar la protección frente a la mera conveniencia empresarial (Arias, 2014). Así, en una breve diferenciación, las causas técnicas se originan por la renovación o mejora del proceso de producción o de prestación del servicio (“medios o instrumentos de producción”), para lo cual se requiere una previa inversión real para obtener, por ejemplo, el *software* informático o la maquinaria en cuestión (Poquet, 2020); mientras que las causas organizativas se originan cuando se reestructura la organización del trabajo de tal manera que se produzca un excedente de mano de obra (Guindo, 2020).

Es más, si bien se venía flexibilizando el elemento teleológico del despido con las reformas anteriores, es con la Reforma laboral de 2012 cuando finalmente se elimina cualquier referencia a la razonabilidad o funcionalidad de la medida empresarial de despedir, además de, entre otras cuestiones, eliminar la autorización administrativa para despedir de forma colectiva. Es clara la vocación del legislador del momento cuando indica que “ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos

hechos: las causas” (Exposición de motivos de la Ley 3/2012, de 6 de julio).

De este modo, tras las últimas reformas laborales el despido ha dejado de ser definitivamente una medida excepcional para convertirse a una medida plenamente normalizada o habitual en la gestión empresarial (Monereo, 2015). La facilitación de los despidos y la reducción del control administrativo, sindical y judicial más bien ha ocasionado un aumento del riesgo de arbitrariedad en el ejercicio de los poderes empresariales (Gil, 2017). Asimismo, la supresión de cualquier referencia a la finalidad de las extinciones supone no solo un aumento del poder de gestión unilateral del empresario, sino que dificulta el control judicial del elemento causal al introducirse mayores posibilidades de alegación de despido colectivo u objetivo o al reducir la gravedad o actualidad exigible para las extinciones (Monereo, 2015).

Sin embargo, como ya había pronosticado la doctrina más autorizada (Monereo, 2012), a pesar de la eliminación del elemento teleológico de la nueva redacción del art. 51 ET, la jurisprudencia ha seguido reconociendo el control de adecuación o de razonabilidad entre la causa acreditada y la modificación acordada (confróntese las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero 2018, rec. 1731/2016; de 27 de enero 2014, rec. 100/2013 y de 26 de marzo 2014, rec. 158/2013). Lo cual se traduce en que la mera constatación de las causas no puede suponer una patente de corso para despedir (Martín, 2016), sobre todo si tenemos en cuenta que el despido es una facultad discrecional, que no puede ser ejercida de forma arbitraria o desprovista de causalidad adecuada (Monereo *et al.*, 2021).

De este modo, el juicio de razonabilidad en sede judicial se compone de: a) la comprobación de la existencia de la causa; b) la adecuación de los despidos a los fines legales que se pretenden corregir o afrontar y c) la razonabilidad propiamente dicha por la que deben de excluirse las medidas empresariales carentes de elemental proporcionalidad, al ser estas contrarias a Derecho (De la Puebla, 2021). “Razonabilidad que no ha de entenderse en el sentido de exigir que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella”, lo cual también

se denominan “juicios de oportunidad” (SSTS 27 de enero 2014, rec. 100/2013, y 26 de marzo 2014, rec. 158/2013).

El control de razonabilidad es el reflejo de que “una cosa es lo que quiere la ley y otra lo que puede”, dado que el juez no está sometido tan solo a la ley, sino también al Derecho (Monereo *et al.*, 2021, 496). Se trata, por tanto, de una interpretación del Tribunal Supremo ajustada a la protección multinivel frente al despido injustificado, a la luz del Convenio número 158 de la OIT y el art. 24 de la Carta Social Europea (revisada), y que, a su vez, se ajusta a los límites sustantivos del derecho del trabajo, los principios generales del Derecho y la existencia de buena fe e interdicción del abuso de derecho o fraude de ley (Martín, 2016).

4.1. DISTINCIÓN CON EL DESPIDO OBJETIVO POR INADAPTACIÓN A LAS MODIFICACIONES TÉCNICAS

La articulación del despido objetivo y colectivo por causas técnicas y organizativas resulta apropiada cuando la modificación tecnológica introducida en la empresa provoca un sobredimensionamiento de plantilla o vaciamiento de las funciones del trabajador despedido, como posteriormente se analizará. Sin embargo, se debe distinguir este tipo de despido de otro por causas objetivas, cuando la introducción de innovación técnica en la empresa no genera un excedente de personal, sino una necesidad de recualificación de los trabajadores afectados. En efecto, el art. 52.b) ET reconoce la extinción del contrato de trabajo “por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables”.

En este caso, la transformación tecnológica de la empresa no supone *per se* la desaparición del puesto de trabajo, pues ahora recae sobre la persona trabajadora, una vez que sea formada por la empresa, la obligación de asumir y demostrar las nuevas competencias adquiridas para el desempeño de la prestación laboral (Álvarez, 2021). El despido objetivo por inadaptación a las modificaciones técnicas resulta así de un equilibrio entre el progreso técnico empresarial, el derecho a la estabilidad en el empleo y el derecho a la formación profesional del

trabajador, instaurando al despido objetivo por dicha causa como el último recurso utilizado (Guindo, 2020).

De este modo, los presupuestos necesarios (Monereo *et al.*, 2021) para que concurra la causa de despido del art. 52.b) son, por un lado, el carácter técnico (y no de otra índole) de la modificación operada en el puesto de trabajo del trabajador afectado, que sigue subsistiendo y no desaparece como en el caso del despido por causas técnicas. En segundo lugar, es necesario tener en cuenta la razonabilidad de la modificación técnica que opera sobre el puesto de trabajo. En este sentido, “no cabrá invocar como causa de despido objetivo la ineptitud sobrevenida o la falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional” (art. 39.3 ET). Es más, el despido objetivo en cuestión no podrá encubrir supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41 ET, al conllevar la modificación técnica la realización de funciones distintas para las que fue contratado el trabajador (Guindo, 2020).

El tercer presupuesto que debe de concurrir para el despido objetivo por inadaptación a las modificaciones técnicas es precisamente la ineptitud sobrevenida del trabajador, a pesar del ofrecimiento obligatorio del curso de capacitación o recualificación profesional (Guindo, 2020). Se trata de una ineptitud que, a diferencia de la ineptitud conocida o sobrevenida del art. 52.a) ET, se origina en motivos externos ajenos a condiciones profesionales o personales del trabajador afectado, esto es, en las mutaciones operadas en los procesos o métodos de producción o de prestación del servicio (Álvarez, 2021). En otras palabras, el despido deviene de la incompatibilidad objetiva entre el trabajador y la nueva ordenación del puesto de trabajo, cuestión que debe de ser probada por el empresario y que no se traduce en la mera falta de superación del curso de capacitación o la imposibilidad de realizar determinados trabajos (Monereo *et al.*, 2021).

Por último, es necesario que transcurra un período mínimo de dos meses desde que se haya introducido la modificación o bien desde que haya finalizado la formación dirigida a la adaptación. A pesar de que el Estatuto de los Trabajadores ofrece dos posibilidades sin

especificación, parece razonable que el *dies a quo* se fije en el momento de la introducción de la modificación técnica cuando se dé el supuesto de que el trabajador se haya negado a recibir la formación o de que esta se haya proporcionado con anterioridad al cambio tecnológico. Al contrario, cuando el curso de formación se ofrezca con posterioridad a la modificación técnica, tiene sentido que el plazo de dos meses deba de computarse desde la finalización de dicho curso (Guindo, 2020).

No obstante, lo anterior, puede darse el caso de que la modificación operada en el puesto de trabajo sea de tal intensidad que no sea viable la readaptación de quienes ya estén en la empresa (García, 2016). Así, el cambio tecnológico introducido en el ámbito de los medios o instrumentos de producción puede provocar un cambio en las funciones del trabajador e incluso del grupo profesional, que se traduzca en la necesidad de despedir por causas técnicas y organizativas al o a los trabajadores afectados y en la necesidad de contratar a otros trabajadores cuya cualificación sea inaccesible para los primeros.

5. EL ESTÁNDAR DE CONTROL JUDICIAL DEL DESPIDO TECNOLÓGICO Y SUS CAUSAS

Como ya se ha indicado, es al empresario al que, en última instancia, corresponde la elección de despedir por causas tecnológicas, ya que ha sido este quien previamente ha decidido introducir modificaciones tecnológicas en la empresa, ya sea de la mano de la automatización o de la robotización. De este modo, a quien corresponde probar los cambios introducidos en la empresa para valorar la procedencia o improcedencia del despido es al empresario.

Teniendo en cuenta lo anterior, el empresario debe de probar que los cambios que justifican el despido son reales y actuales, ya que “ni antes ni ahora, resulta procedente el despido acometido sobre la base de meros proyectos y con anterioridad a la efectiva implantación del cambio” (Jurado, 2020, p. 24). Además, tales cambios deben de ser valorados en relación con su ámbito de afectación que, a diferencia de las causas económicas, puede proyectarse sobre el conjunto de la empresa o del grupo empresarial, así como sobre una parte de la empresa: centro de

trabajo, departamento, sección, etc. (García, 2016). Y es en este ámbito precisamente reducido (o no) donde debe de aplicarse la medida empresarial orientada a extinguir aquellos contratos que se vean afectados por una situación de desajuste entre la fuerza de trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado (STS de 28 febrero de 2018, rec. 1731/2016).

De este modo, el segundo elemento a considerar por el control judicial es que el cambio tecnológico tenga una incidencia directa sobre el ámbito en el que el trabajador despedido presta sus servicios (Jurado, 2020). El empresario debe de demostrar, por tanto, que la introducción del programa informático o del robot en la empresa es de tal magnitud que genera un vaciamiento de funciones en el trabajador afectado que, a su vez, genera un sobredimensionamiento de la plantilla que justificaría el recurso al despido. En estos casos, no se trata tanto de la crisis de la empresa, sino de la crisis del contrato, en el sentido de que este deviene superfluo para la empresa cuando la utilidad patrimonial de la prestación de trabajo ha desaparecido o ha perdido interés para la empresa (De la Puebla, 2021).

En definitiva, el control de razonabilidad en las causas técnicas y organizativas consiste en ponderar si la supresión del puesto de trabajo de la persona trabajadora despedida guarda una relación causa-efecto con el cambio acreditado, ya que únicamente será legítimo el despido del trabajador de cuyas tareas y responsabilidades se puede prescindir como consecuencia del cambio tecnológico (Jurado, 2020). Se exige, así, que se aporten datos acerca de las concretas tareas que desarrollaba con anterioridad el trabajador afectado; de qué modo estas han sido encargadas al robot o *software* informático; y cuánto ha aumentado la productividad y eficiencia con la sustitución del factor trabajo (Muros, 2020).

Es así que los informes técnicos que demuestren el excedente de plantilla en la empresa a causa de la innovación técnica suponen un elemento central en el control judicial (véase, sendas sentencias del TSJ de Madrid y de Andalucía con sede en Granada, de fecha de 7 de octubre de 2019, rec. 775/2019, y de fecha de 14 de noviembre de 2019, rec. 939/2019, por las que se declara el despido como improcedente al

no quedar probado dicho excedente). Especialmente relevantes son los informes técnicos en el caso del despido colectivo, unidos a la memoria explicativa, por los que se explicita la relación de proporcionalidad entre la envergadura o intensidad de la causa y el número de trabajadores afectados por el procedimiento colectivo, con la consecuente calificación judicial como ajustado o no a derecho (García, 2016). En este orden de cosas, la justificación de la necesidad de amortizar el puesto de trabajo puede no resultar exitosa si se procede a contratar a nuevos trabajadores, en un espacio de tiempo más o menos cercano, para aquellas actividades que podía realizar el trabajador afectado por el despido colectivo u objetivo (Jurado, 2020).

Por otro lado, no existe la obligación de recolocar al trabajador cuyo contrato de trabajo se pretende extinguir o “de reforzar con el excedente de mano de obra en esa unidad, otra unidad que se encuentre en situación de equilibrio, salvo que se prefiera desplazar el problema de un centro de trabajo a otro, pero sin solucionarlo” (STS 28 de febrero de 2018). En el caso de sustitución de funciones de forma parcial, del mismo modo la conversión del contrato de trabajo a tiempo parcial supone una novación contractual que exige la voluntariedad y consentimiento del trabajador (art. 12.4.e) ET), ofrecimiento que, según la legislación vigente, no está obligado a ejercer el empresario (Jurado, 2020), aunque, como ya se ha indicado, ello dificultaría la calificación de procedencia cuando se contrate a otro trabajador a tiempo parcial. Sin embargo, también es posible tener en cuenta anterior jurisprudencia que reconoce la posibilidad de que el resto de las funciones sean desarrolladas o repartidas entre el resto de los trabajadores de la empresa, que sean ejercidas por el empresario y que incluso se externalicen (Muros, 2020).

6. ¿ES PROCEDENTE EL DESPIDO TECNOLÓGICO POR LA MERA CONVENIENCIA EMPRESARIAL DE AUMENTAR BENEFICIOS O AHORRAR EN COSTES?

Si partimos de la base de que la causa técnica y organizativa para justificar el proceso de automatización o robotización y despido en la

empresa es independiente de la causa económica, no es necesario que el despido se justifique, por ende, en una situación económica negativa de la empresa. Aunque lo anterior no excluye que en la mayoría de los casos (y así ha venido ocurriendo en la práctica forense) ambas causas aparezcan relacionadas, bien porque la modificación tecnológica se adopta para evitar o superar un escenario de crisis económica, bien porque la causa económica deriva de una falta de renovación de la empresa que ha determinado su obsolescencia y, con ello, la pérdida de competitividad económica (Cruz, 2017).

Sin embargo, el nuevo escenario que plantea la Cuarta Revolución Industrial hace presagiar operaciones de reestructuración por motivos tecnológicos, sin que exista una causa económica de por medio. Ante esta situación, una vez que ha sido probado el excedente de personal a causa de la digitalización empresarial, cabe preguntarse si ello es suficiente o si es necesario que se justifique la decisión de despedir en una finalidad o situación previa empresarial.

En este sentido, algunos autores defienden que a raíz del estudio de la legislación actual y de las reformas laborales, “la normativa vigente admite un despido justificado por causa de la introducción de cambios tecnológicos en una empresa con beneficios económicos y, por tanto, sin deterioro económico alguno ni por reducción de ingresos ni por incrementos de pérdidas” (Cruz, 2017, 35). Es más, “no cabe exigir que tales cambios obedezcan a problemas o dificultades ya constatadas, ni tampoco acreditar nada acerca de la repercusión más o menos positiva de dichos cambios en la viabilidad o continuidad de la empresa” (Jurado, 2020, 22). Por lo que, al comprobar realmente la excedencia de personal, ello sería suficiente para valorar la procedencia del despido.

No obstante, de un estudio de la doctrina judicial dicha conclusión no puede inferirse necesariamente. Por un lado, algunas sentencias sí que parecen reconocer en principio la mera conveniencia empresarial para despedir, esto es, el aumento de beneficios y disminución de costes, para reconocer como justificado el despido tecnológico. Algunos ejemplos son la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 27 de enero de 2015 (rec. 3505/2014), por la que se declara el despido objetivo procedente a causa de la digitalización de las salas de

proyección de un cine y la reducción significativa de las funciones del trabajador afectado. En la misma línea destaca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha de 23 de octubre de 2018 (rec. 2587/2018), que confirma la sentencia de instancia al entender que los despidos quedan justificados por la renovación e introducción de máquinas y tecnología en el proceso productivo, pues se trata de “procesos más automatizados y eficientes, lo que permite prescindir de puestos de trabajo y, en definitiva, importantes ahorros de costes”.

Por otro lado, a favor de que se tomen en consideración otros datos o variables para valorar la procedencia o improcedencia del despido tecnológico, destaca, entre otras, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 26 de septiembre de 2016 (rec. 176/2016). Sentencia que califica como improcedente el despido por centralización de las tareas administrativas por programa informático, “careciendo de cualquier dato, siquiera sea indiciario, de que esa centralización del servicio de administración sea una medida para remediar cualquier disfunción en la organización del trabajo, hacer frente a problemas de productividad, ahorrar costes mejorando la deteriorada situación económica de la empresa o ayudando a evitar una previsible situación de crisis, o para favorecer la competitividad empresarial (...) y ha sido esa decisión patronal la que ha venido a dejar carente de parte de su contenido funcional el puesto de trabajo de la demandante, que no se ha visto despojado de valor económico o productivo por la existencia de cualquier problema de eficiencia o rentabilidad en el funcionamiento de la empresa, sino por la libre elección de la empresa de cambiar un método de trabajo por otro, sin que exista la más mínima constancia de que el que ha escogido sirva para superar o remediar cualquier dificultad en la marcha de su actividad, o resulte idóneo y adecuado en orden a lograr su progreso y prosperidad económica o productiva frente a las empresas de la competencia”. Destaca, asimismo, la sentencia del Juzgado de lo Social número 10 de Las Palmas de Gran Canaria de fecha de 23 de septiembre de 2019 (rec. 470/2019), especialmente por su interpretación final, alertando de los peligros y riesgos de la digitalización de la economía sobre el empleo (Muros, 2020).

Si acudimos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la respuesta tampoco parece ser clara. Algunas sentencias reconocen el estándar del “buen comerciante” (véase, STS de 28 de febrero de 2018, rec. 1731/2016) para valorar la concurrencia de la causa, el cual, aunque adolezca de ambigüedad (Molina, 2021), parece estar orientado a que los despidos respondan de forma razonable y proporcional a las necesidades empresariales que los justifiquen, esto es, que respondan a una circunstancia de tipo organizativo o técnico que impacte en la productividad y competitividad y no en la mera conveniencia empresarial, no reconducible a ninguna de estas circunstancias (De la Puebla, 2021). La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2018 (rec. 192/2017), en cambio, sí que reconoce de forma indirecta la necesidad de que concurren otros elementos para valorar la concurrencia de la causa técnica y organizativa. En este caso, se justifica la modernización del proceso productivo y el recurso al despido tecnológico, habida cuenta de la obsolescencia de la maquinaria empleada y los efectos positivos en materia de rentabilidad a consecuencia de la innovación técnica en el medio de producción.

7. CONCLUSIONES CRÍTICAS

La COVID-19 ha actuado como catalizador del cambio tecnológico. Muchas empresas han aprovechado la situación de crisis pandémica no solo para introducir el teletrabajo en la empresa, sino para automatizar o robotizar sus procesos de producción o prestación de servicios ante la peligrosidad del contagio por contacto humano. En este sentido, los efectos en materia de empleo de la Cuarta Revolución Industrial se han acelerado y ya se están empezando a observar los primeros problemas y despidos por la digitalización empresarial.

Y no se trata de renegar de la evolución e innovación tecnológica, en una suerte de “neoludismo”, ya que esta es un factor que promueve el aumento de la competitividad, la productividad, el crecimiento económico y, en última instancia, el sostenimiento del Estado del bienestar de un país. Sin embargo, lo que sí se persigue es alertar de las deficiencias de un modelo actual de despido por causas técnicas y organizativas

que, a mi modo de ver, representa desequilibrios y podría incluso favorecer el recurso masivo, con el único fin de incrementar el beneficio empresarial.

Una vez que se prueba objetivamente el excedente de personal que causa la robotización o automatización en la empresa, a causa de la desaparición o vaciamiento de funciones de los trabajadores afectados, me he preguntado si esto era motivo suficiente para valorar la procedencia del despido. Tal y como se ha expuesto, del estudio de la doctrina judicial y jurisprudencia, no se puede inferir, en principio, una respuesta inequívoca.

Sin embargo, si se analiza atentamente las sentencias aportadas (aun siendo escasas), podemos observar que cuando lo que se digitaliza es el proceso productivo o de prestación del servicio como tal, no hay mayor problema para justificar el despido tecnológico. En cambio, cuando lo que se automatiza es una tarea complementaria, como pudieran ser los servicios administrativos o las tareas de contabilidad, sí que parecen exigirse otros elementos adicionales para valorar la procedencia o improcedencia de la decisión de despedir.

En definitiva, lo que aquí se propone (y es consecuencia lógica de lo anteriormente expuesto) es que cuando se automatice o robotice el proceso productivo o de prestación del servicio principal de la empresa, solo se exija probar el excedente de personal a consecuencia de la digitalización, ya que, en última instancia, ello redundaría en una finalidad: el aumento de la competitividad y productividad empresarial (fin legítimo de la libertad de empresa que permitirá sostener y generar más empleo de calidad). No obstante, cuando lo que se automatice sean servicios complementarios, no afines a la actividad principal, se deberá de exigir un elemento adicional de justificación (ya sea económico o no), pues, de lo contrario, ello sí que justificaría un despido basado en una mera reducción de costes y aumento de beneficio empresarial, sin que se aporte mayor productividad y competitividad al ciclo productivo.

Propuesta que, como se conoce, entra en contradicción con la última doctrina flexible de la justificación del despido por causas empresariales por externalización productiva o descentralización (véase, STS de

20 de noviembre de 2015, rec. 104/2015 y Beltrán de Heredia, 2019, 9 de octubre). Se trata, en fin, de una interpretación que entra en la lógica de la facilitación del despido y que podría tacharse de contraria a los planteamientos de la reestructuración responsable y del trabajo decente defendido por la OIT. Además, en adicción a la propuesta aquí defendida, no se entiende por qué las principales medidas de flexibilidad interna deben de estar condicionadas a la competitividad y productividad empresarial (arts. 40 y 41 ET) y las de flexibilidad externa no, aun siendo estas de mayor gravedad para la estabilidad del contrato de trabajo (De la Puebla, 2021).

Para concluir, la superior indemnización para el despido tecnológico injustificado no parece ser que sea la única ni definitiva solución. Como algún autor ha planteado de forma muy expresiva (“¿es posible poner Puertas al Campo?”), la indemnización para el despido improcedente está lejos de frenar la extinción del contrato de trabajo ante lo que se plantea como una revolución digital imparabile (Mercader, 2019, 1 de octubre). La solución más bien debe de consistir, no solo en un cambio social y educativo desde cualquier nivel, con el fomento de las competencias tecnológicas y las denominadas *soft skills*, sino específicamente en una promoción de las medidas de flexibilidad interna en la empresa para acompañar los procesos de recapacitación y recualificación digital del personal afectado por la transformación tecnológica. Es necesario, por ende, implantar sistemas de prevención del despido, a través de una flexiseguridad garantista de carácter ofensivo, en la que tanto el empresario, los interlocutores sociales como la Administración laboral desarrollen un papel proactivo y preventivo fundamental. Todo ello en la línea de la reestructuración responsable, defendida por la propia Unión Europea, y el planteamiento del trabajo decente, defendido por la OIT. Y en esta misma línea parece ir Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, al incorporar en especial el nuevo Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo en el art. 47 bis. ET.

8. REFERENCIAS

- Altés, J.A., Blasco, Á. y Nores, L.E. (2010). *El despido objetivo*. Tirant lo Blanch.
- Álvarez, H. (2021). Buenas prácticas convencionales frente a despidos por causas tecnológicas. En VV.AA., *Reestructuraciones empresariales. Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 789-806). Ministerio de Trabajo y Economía Social.
- Arias, Á. (2014). *Tres años de reforma del despido colectivo: ¿ha conseguido su propósito el legislador?*. Dykinson.
- Baylos, A.P. (2014). La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral de 2012. En VV.AA., *La flexibilidad interna y los despidos colectivos en el sistema español de relaciones laborales* (pp. 17-42). Huygens.
- Beltrán de Heredia, I. (2019, 9 de octubre). Automatización y despido objetivo (STS/10 Las Palmas 23/9/19). *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. <https://ignasibeltran.com/2019/10/09/automatizacion-y-despido-objetivo-sjs-10-las-palmas-23-9-19/>
- Cruz, J. (2017). Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía. *Temas laborales*, (138), 13-47.
- De la Puebla, A. (2021). El despido por causas empresariales. En VV.AA., *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ponencias* (pp. 177-224). Ministerio de Trabajo y Economía Social.
- Fernández, J.J. (2021). Automatización y empleo: la “Paradoja de Polanyi” revisitada. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, (1), 63-93.
- Gala, C. (2014). Una aproximación al despido colectivo como medida de reestructuración empresarial tras las últimas reformas laborales. *Revista de Derecho Social y Empresa*, (0), 19-56.
- García, J. (2016). Las causas de despido colectivo: causas técnicas, organizativas y de producción. En M. Godino (Dir.), *Tratado de despido colectivo* (pp. 115-150). Tirant lo Blanch.
- Gil, J.L. (2017). Trabajo decente y reformas laborales. *Revista Derecho Social y Empresa*, (7), 1-58.
- Goerlich, J.M. (2010). La reforma de la extinción del contrato de trabajo. *Temas Laborales*, (107), 265-302.

- Guindo, S. (2020). *Caracterización jurídica y causas del despido objetivo en la normativa, doctrina y jurisprudencia tras las recientes reformas laborales*. Comares.
- Guindo, S. (2020). El trabajo decente en la extinción del contrato de trabajo: libertad, igualdad, seguridad y dignidad. *Estudios latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, (10), 71-91.
- Jurado, Á. (2020). Robotización/automatización y despido objetivo por causas técnicas (Art. 52 c ET). *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 1(3), 13-35. <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5771>
- López, Á. (2008). *Reestructuraciones socialmente responsables*. Tirant lo Blanch.
- López, B.M. (2018). La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones. *E-Revista Internacional de la Protección Social*, 3(1), 74-108.
- López, B.M. (2019). El despido colectivo de los trabajadores de edad avanzada. En J.L. Monereo y J.A. Maldonado (Dir.), *Envejecimiento activo y vida laboral* (pp. 409-437). Comares.
- Martín, A. (2016) Razonabilidad o proporcionalidad en el control judicial de la justificación del despido colectivo. En M. Godino (Dir.), *Tratado de despido colectivo* (pp. 151-168). Tirant lo Blanch.
- Mercader, J.R. (2017). *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*. Tirant lo Blanch.
- Mercader, J.R. (2019, 1 de octubre). Despido de una administrativa cuyo trabajo ha sido sustituido por un Robot: ¿es posible poner Puertas al Campo?. *El Foro de Labos*. <https://www.elforodelabos.es/despido-de-una-administrativa-cuyo-trabajo-ha-sido-sustituido-por-un-robot-es-posible-poner-puertas-al-campo/>
- Molina, C. (2021). El despido por causas empresariales: claves para una interlocución crítico-constructiva. En *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ponencias* (pp. 225-246). Ministerio de Trabajo y Economía Social.
- Monereo, J.L. (1992). *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*. Civitas.
- Monereo, J.L. (2006). *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*. Comares.

- Monereo, J.L. (2012). El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012. *Temas Laborales*, (115), 315-359.
- Monereo, J.L. (2014). La intervención administrativa en los despidos colectivos. *Temas Laborales*, (125), 261-309.
- Monereo, J.L. (2015). El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho interno. *Temas Laborales*, (130), 311-350.
- Monereo, J.L. (2017). Derecho a protección en caso de despido (Artículo 24 de la Carta Social Europea). En J.L. Monereo y C. Monereo (Dir. y Coord.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea* (pp. 835-852). Comares.
- Monereo, J.L. (2017). *La metamorfosis del Derecho del trabajo*. Bomarzo.
- Monereo, J.L. (2019). *La dignidad del trabajador: dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*. Laborum.
- Monereo, J.L. et al. (2021). *Manual de Derecho del Trabajo*. Comares.
- Monereo, J.L. y Fernández, J.A. (1997). *El despido colectivo en el derecho español*. Aranzadi Thomson Reuters.
- Monereo, J.L. y López, B.M. (2014). Derecho a unas condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo (Artículos 23.1 y 24 de la DUDH; Artículo 7 del PIDESC y Normas Concordantes). En J.L. Monereo y C. Monereo (Dir. y Coord.), *El sistema universal de los derechos humanos. Estudio sistemático de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y textos internacionales concordantes* (pp. 797-828). Comares.
- Montoya, D. (2019). Nuevas relaciones de trabajo, disrupción tecnológica y su impacto en las condiciones de trabajo y de empleo. *Revista de Treball, Economia I Societat*, (92), 1-20.
- Muros, A. (2020). El despido objetivo por causas técnicas y la automatización robótica de procesos, a debate. En I. Marín y M.T. Igartua (Dir.), *Nuevas tecnologías y trabajo sostenible* (pp. 209-226). Laborum.
- Ortega, P.G. (2017). El despido colectivo en el ordenamiento interno y comunitario. Interpretación valorativa y discrecional en el juicio de razonabilidad: los conceptos jurídicos indeterminados. *Derecho de las relaciones laborales*, (7), 587-608.

- Poquet, R. (2020). Cuarta revolución industrial, automatización y afectación sobre la continuidad de la relación laboral. *Ars Iuris Salmanticensis*, 8(1), 167-183.
- Rodríguez-Piñero, M.C. (2009). Responsabilidad social empresarial, derecho del trabajo y crisis económica. En VV.AA., *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el Derecho* (pp. 53-83). Marcial Pons.
- Schwab, K. (2016). *La cuarta revolución industrial*. Editorial Debate.
- Ushakova, T. (2018). De la máquina al trabajador y viceversa. Un ensayo sobre la implicación de las nuevas tecnologías en el mundo laboral. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 6(1), 114-137.
- Vila, F. (2018). Trabajo decente y extinción de la relación contractual. En J.L. Monereo, J. Gorelli y Á.L. Val (Dirs.), *El trabajo decente* (pp. 263-276). Comares.
- World Economic Forum (2020). *The Future of Jobs. Report 2020*.
<https://www.weforum.org/reports/the-future-of-jobs-report-2020>

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL ÁMBITO LABORAL: LÍMITES AL CONTROL EMPRESARIAL

FRANCISCO VALIENTE MARTÍNEZ
Universidad Pontificia Comillas

1. INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías han provocado un cambio sustancial de las condiciones laborales en prácticamente todos los sectores productivos. De entre sus múltiples facetas, hay un factor que todavía está poco analizado pero que, sin embargo, presenta una relevancia creciente, hasta el punto de haber generado conflictos que tuvieron que ser resueltos por los principales tribunales nacionales e internacionales. Me refiero al control que hacen las empresas de los dispositivos que facilitan a sus trabajadores y en cómo dicho control puede acabar afectando a los derechos fundamentales de los empleados.

Cada vez es más común que una empresa ponga a disposición de un trabajador determinados recursos tecnológicos que optimicen su rendimiento laboral: un ordenador portátil, un teléfono móvil, una tablet o incluso un coche de empresa. Pero estos dispositivos, con frecuencia, no se usan únicamente en el espacio laboral –es decir, en la oficina– sino que, por su propia naturaleza, el trabajador puede darles un uso privado e incluso llevárselos a casa. Por poner algunos ejemplos cotidianos, el móvil corporativo puede utilizarse para llamar a un familiar o escribir mensajes a algún amigo, el coche de empresa para recoger a los niños del colegio, el ordenador portátil para consultar la prensa online o la tablet facilitada por la compañía para descargar un libro electrónico.

La cuestión es definir hasta qué punto las empresas pueden controlar este uso particular de sus propiedades, pues las nuevas tecnologías han dado una diferente dimensión a estos hechos. En otras palabras, unas prácticas que antes se reducían a acciones nimias como imprimir documentos privados en la impresora de la oficina o enviar un fax desde su centralita para resolver alguna cuestión particular, abarcan en la actualidad un conjunto de acciones cotidianas que, sin ninguna duda, acaban afectando al menos a dos de nuestros derechos fundamentales como son la intimidad y la inviolabilidad de las comunicaciones.

¿Cuáles son, por tanto, los límites de la supervisión y al control empresarial? ¿Qué resoluciones encontramos en nuestra jurisprudencia? ¿Cuál es la normativa nacional e internacional vigente en este aspecto? El artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores faculta al empresario para efectuar los registros al trabajador y a sus efectos personales cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y de los demás empleados. Este artículo está íntimamente relacionado con el artículo 20.3 de dicha norma, que reconoce la potestad del empresario está facultado para adoptar las “medidas de vigilancia y control que estime más oportunas para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”. Dicho de otro modo, si la empresa está legitimada para hacer registros sobre la persona y bienes del empleado, siempre con respeto a su dignidad, ¿cuánto más lo estará para acceder a bienes de su propiedad, aunque su uso y posesión esté asignados a un particular vinculado a ella por un contrato laboral o de prestación de servicios?

Nuestro Tribunal Constitucional sentenció que corresponde a cada empresa, en el ejercicio de sus facultades de autoorganización, control y dirección, fijar las condiciones de uso del material que facilita a sus empleados y velar por su cumplimiento. Pero también ha sentenciado que estas potestades no son absolutas y que los grados de rigidez en su aplicación son variables (STC 241/2012, de 17 de diciembre). Una sentencia que, como puede deducirse, lejos de resolver la controversia, abre la puerta a una amplísima casuística.

2. EL ANÁLISIS DE LOS DERECHOS EN CONFLICTO

2.1. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA PROPIEDAD PRIVADA

El artículo 33 de nuestra Constitución reconoce el derecho a la propiedad privada, que el Código Civil define como “el derecho a gozar y disponer de una cosa”, sin más límites que los que marque la ley. El Tribunal Constitucional ha matizado que este goce, subjetivo y legítimo, debe incluir la función social de la propiedad “como parte integrante del derecho mismo” (STC 39/1987, de 26 de marzo).

Por otra parte, el artículo 38 CE reconoce el derecho a la libertad de empresa. Su existencia consagra en nuestro modelo económico elementos propios de la economía de mercado como el libre desarrollo de la competencia, la potestad de autoorganización y el respeto y fomento de la actividad privada. El Tribunal Constitucional ha señalado que las restricciones a este derecho serán legítimas siempre que resulten proporcionales y necesarias por mor de un bien mayor (STC 66/1991, de 22 de marzo). Esto se ha traducido la autonomía de dirección del empresario, característica distintiva y propia de la iniciativa privada como regla general (Aragón, p. 30). De esta manera, podemos aceptar que la libertad empresarial parece ser la premisa principal y que sus limitaciones son la excepción, de manera que dichas restricciones serían válidas cuando quede probado que persiguen la protección de un bien jurídico colectivo o evitan un abuso.

Con todo, existe una visión crítica de estos preceptos que plantea que, en la práctica, las empresas se consideran legitimadas para configurar su sistema productivo partiendo tanto de la prohibición absoluta del ejercicio de algún derecho fundamental de sus empleados en el ámbito laboral como de la consideración de que la única finalidad legítima de los materiales puestos a disposición de los empleados es su uso profesional, con exclusión de cualquier otra actividad (Ezquerro). Críticas que, a mi modo de ver, devienen excesivas por ignorar algunos elementos esenciales a la hora de configurar el marco jurídico que nos ocupa, pues, como ha dejado claro el Tribunal Constitucional, las facultades empresariales se encuentran limitadas por el respeto al contenido

esencial de los derechos fundamentales de los empleados, que a todos los efectos supone un límite infranqueable, y por la propia existencia del Tribunal Constitucional, que si bien no analiza los actos empresariales potencialmente lesivos desde una perspectiva de legalidad, no deja de dar cobertura a los derechos fundamentales que pudieran verse vulnerados (por todas, véanse las SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, y 41/2006, de 13 de febrero).

2.2. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS RECOGIDOS EN EL ARTÍCULO 18 C.E.

El artículo 18 CE consagra una pluralidad de derechos cuya finalidad común es proteger el ámbito más personal y reservado de cada individuo, lo que podríamos denominar su privacidad. Samuel Dennis Warren y Luis Brandeis publicaron a finales del siglo XIX su artículo “The Right to Privacy”, donde explicaban la afectación que este derecho sufriría ante los avances tecnológicos: si tenemos en cuenta que, por aquel entonces, dichos avances se reducían a la cámara fotográfica, el teléfono y el cinematógrafo, no podemos sino concluir que la exposición pública de aspectos que afectan a nuestra esfera privada se ha multiplicado de forma exponencial.

Nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que el contenido esencial de la intimidad garantiza a cada cual el derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o qué hacemos, vedando que particulares o poderes públicos decidan sobre aspectos particularmente sensibles de nuestra vida privada o nos juzguen por ella (STC 134/1999, de 15 de julio). Por otro lado, ha señalado que el derecho al secreto de las comunicaciones protege de forma especial el carácter reservado de un aspecto muy concreto de la intimidad: las personas con quienes contactamos, qué les decimos y qué nos dicen (por todas, véase la reciente STC 99/2021, de 10 de mayo).

No cabe duda de que estos derechos están plenamente vigentes para los trabajadores cuando están desempeñando su actividad profesional. Como reza el viejo aforismo, “la Constitución no se queda en la puerta de la fábrica”. Pero estos derechos no son absolutos, de manera que es necesario un proceso de delimitación para determinar qué conductas

quedan protegidas en el ámbito de las relaciones laborales y cuáles no. Ello no es cosa sencilla, habida cuenta de que, como ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la noción de “vida privada” es un concepto jurídico indeterminado que no se presta a una definición exhaustiva, que depende mucho de cada persona y cada contexto y que, por consiguiente, está sujeto a un considerable margen de apreciación nacional (Asunto Sidabras y Džiautas c. Lituania, STEDH de 27 de julio de 2004). Las nuevas tecnologías han puesto de manifiesto que, si bien los espacios físicos permitían a través de fronteras materiales definir con facilidad qué zonas eran privadas (por ejemplo, el vestuario, el despacho, el sobre cerrado, el cajón con llave...), en el entorno digital estas fronteras quedan diluidas. La consecuencia es que resulta ahora mucho más complejo garantizar la protección del núcleo esencial de estos derechos (Álvarez del Cuvillo, p. 278).

El cumplimiento de dichas garantías y protecciones sigue siendo inexcusable, por más que cambien los procesos laborales y las condiciones de trabajo. No en vano, con respecto a los avances tecnológicos, el Tribunal Constitucional ya estableció que “el desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender la protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada” (STC 110/1984).

De esta manera, el punto de partida de todo análisis ha de aceptar la prevalencia de los derechos fundamentales, que sólo pueden ser limitados por el empresario cuando así lo requieran la naturaleza del trabajo contratado o una justificada necesidad, interés o exigencia empresarial (por todas, véase la STC 6/1995, de 11 de febrero).

3. LAS DECISIONES JURISPRUDENCIALES COMO FACTOR DELIMITADOR DE LA POTESTAD DE CONTROL EMPRESARIAL

3.1. LAS CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE UNA NORMATIVA ESPECÍFICA

Buena parte de la normativa que regula las relaciones entre una empresa y sus empleados viene a través de la negociación colectiva. De hecho, la legislación laboral de las últimas décadas muestra un denominador común consistente en la concesión de un espacio cada vez mayor a los convenios colectivos como vía preferente para configurar las condiciones laborales (Lousada, p. 28). Pero estas herramientas, por lo general, no regulan los controles y la supervisión de los dispositivos entregados a los trabajadores, por lo que, a falta de legislación y a falta también de pactos entre los agentes sociales, existen muchos enfoques para comprender los posibles conflictos.

Por un lado, cada vez con más frecuencia se demanda un claro reconocimiento del derecho a la desconexión digital, de suerte que sean las propias empresas quienes, como responsables que son de la seguridad y salud de sus empleados durante la jornada laboral, ejerzan un efectivo control del uso de estos dispositivos para evitar abusos o sobreexplotación (Aguilera y Cristóbal, p. 340). Por otro, se demanda también una respuesta garantista que vele por el respeto de los derechos de los trabajadores frente al control empresarial, así como una actualización de la normativa vigente, que en este aspecto ha quedado desfasada. Valga como ejemplo de esta necesidad que el Estatuto de los Trabajadores siga contemplando el Tablón de Anuncios como el principal medio de comunicación sindical en la empresa (Durán).

Fue la Organización Internacional del Trabajo quien analizó en primer lugar cómo podían efectuarse estos procesos de control y vigilancia telemáticos. De tal suerte, su Repertorio de Recomendaciones Prácticas relativo a la Protección de Datos Personales de los trabajadores señala en su apartado 6.14 que, si se van a aplicar procesos de monitorización, los empleados “deberían ser informados con antelación de las razones de la supervisión, el calendario, los métodos y técnicas utilizados y los

datos que se han de recopilar, y el empresario debe reducir al mínimo la intrusión en la intimidad”, para después añadir que la supervisión secreta debiera estar regulada por ley, aplicarse únicamente si hay sospecha delictiva o cuando fuere imprescindible para garantizar la salud, la seguridad y la protección de bienes.

Por su parte, la Recomendación CM/Rec(2015)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa sobre el tratamiento de datos personales en ámbito del trabajo indicó que “el acceso de los empresarios a las comunicaciones electrónicas profesionales de sus empleados que han sido informados con antelación de la existencia de esa posibilidad sólo puede producirse, cuando sea necesario, por razones de seguridad u otros motivos legítimos”, mientras que “el contenido, el envío y la recepción de comunicaciones electrónicas privadas en el trabajo no deben ser objeto de monitorización en ninguna circunstancia”.

Con la entrada en vigor del Reglamento 2016/679, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y la posterior Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantías de derechos digitales, esta laguna jurídica parece empezar a llenarse. Así, la disposición final decimotercera de la ley orgánica señala claramente que “los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador”. Como consecuencia, además de los límites específicos que pudieran darse en el control de cada dispositivo, los principios generales de protección de datos y de la intimidad cobran plena vigencia en las relaciones laborales (Rodríguez Escanciano), si bien su delimitación práctica dependerá de cada caso concreto.

Esta ambigüedad y falta de concreción normativa ha tenido como consecuencia que los límites al control empresarial hayan sido delimitados progresivamente a través de la jurisprudencia. No es de extrañar, por tanto, que los principales criterios utilizados para definir este aspecto del núcleo esencial de los derechos afectados hayan sido básicamente construcciones jurisprudenciales. De entre todos, destacan dos: Por un lado, el principio de proporcionalidad, con su triple análisis centrado en la idoneidad de la medida –que analiza su eficacia para conseguir un fin

legítimo-, su necesidad –que confirma la inexistencia de una vía menos lesiva para los derechos afectados- y su proporcionalidad en sentido estricto –que determina que el resultado final de la restricción compensa el sacrificio realizado para conseguirlo-. Por otro lado, el criterio de la justificación específica suficiente exige que la aplicación de controles concretos requiera de sospechas razonables de que se está cometiendo una infracción grave con notable perjuicio para la compañía (Molina, p. 341).

En este sentido, el Tribunal Supremo ha establecido un criterio que se ha convertido en la clave de bóveda a la hora de resolver estos conflictos: la publicidad de las condiciones del control y el preaviso a los trabajadores de la forma en que éste se aplicará, con el propósito de crear y mantener una expectativa razonable de privacidad. A tal efecto, el empresario ha de establecer instrucciones claras y previas acerca del uso personal de las herramientas de trabajo, todo ello de conformidad con las exigencias de la buena fe. De esta manera, si estos elementos se utilizan para fines privados en contra de estas prohibiciones, como existía conocimiento de los controles y medidas aplicables, no cabría argumentar que se ha vulnerado una expectativa razonable de intimidad (STS de 26 de septiembre de 2007).

Así pues, son dos los elementos en los que debemos ahondar: los elementos configuradores del preaviso y el concepto de expectativa razonable de privacidad.

3.2 .LA EXIGENCIA DE PREAVISO DE LAS CONDICIONES DE USO Y CONTROL

Informar a los trabajadores de las características del control empresarial que se va a realizar puede contemplarse como una prevención negativa, pues dichos mecanismos de supervisión pueden hacer públicos aspectos de la vida privada que dañen el núcleo esencial de los derechos recogidos en el artículo 18 CE (STSJ de Madrid, de 29 de septiembre de 2014).

Sin embargo, los tribunales no han sido ajenos a que los bienes puestos a disposición de los trabajadores son muy distintos entre sí y que, por la diversa naturaleza de sus características, hay que establecer también matices propios:

- Respecto al móvil corporativo, se entiende que debido a que prácticamente todos tienen tarifa plana y no se causa un perjuicio por un uso privado razonable, no cabe sanción alguna contra el empleado por esta causa (STSJ de Madrid de 27 de junio de 2007 y STSJ de La Rioja de 12 de marzo de 2009).
- En cuanto al ordenador portátil, la jurisprudencia ha negado su equiparación a la taquilla personal del empleado, sino que lo ha equiparado a los instrumentos de producción. Por consiguiente, la regla general será el derecho al control por parte de la empresa (STSJ de Madrid de 30 de abril de 2009) siempre que se informe a los empleados de las políticas de uso (STS de Cataluña de 7 de noviembre de 2014). En lo referido a la conexión a Internet, las empresas tienen pleno derecho a vetar el acceso a las páginas web o a las aplicaciones que considere inadecuadas, pero el Tribunal Supremo ha indicado que el rastreo de las “cookies”¹⁰⁹ de cada ordenador debe ser también preavisado y limitado, pues de dicho rastreo pueden revelarse datos sensibles del empleado (STS de 8 de marzo de 2011).
- En lo relativo a los vehículos de empresa con dispositivo GPS instalado, los tribunales han entendido que los datos así obtenidos están protegidos por el artículo 18 CE (STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2014). De tal suerte, el aviso al trabajador de la existencia de dicho sistema de rastreo es condición necesaria para cualquier empleo por parte de la empresa de dicha información (STSJ de Castilla La Mancha, de 10 de junio de

¹⁰⁹ Las conocidas “cookies”, que todos aceptamos al navegar entre las distintas páginas web que encontramos en la Red, son en realidad fragmentos de información que se almacenan en cada ordenador para permitir a las webs recordar la actividad previa de sus visitantes y así adaptarse a sus preferencias. Como puede imaginarse, si un tercero accede a las mismas puede reconstruir la mayor parte de la navegación llevada a cabo a través de cada dispositivo y, por ende, conocer buena parte de las rutinas y hábitos de sus usuarios habituales.

2014). Pero, además, para que el sistema de geolocalización pueda seguir operativo una vez finalizada la jornada laboral, el trabajador ha de haber prestado su consentimiento (Marín, p. 118).

En todo caso, para que una empresa pueda acceder legítimamente a la información de los dispositivos que facilita a sus empleados, éstos han de estar previamente informados de las políticas de uso que rigen en la compañía y del grado de control que ésta va a ejercer, así como de cualquier cambio en las mismas. Pero no es necesario, salvo casos excepcionales, un consentimiento expreso del trabajador, pues en el momento en que comienza a utilizar dichos dispositivos tras comunicársele las condiciones establecidas para su uso, se entiende que ha habido un consentimiento tácito (Purcalla, p. 101).

3.3. LA EXPECTATIVA RAZONABLE DE PRIVACIDAD

Durante la segunda mitad del siglo xx, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos fue constatando en diversas sentencias que, cada vez con más frecuencia, las grandes corporaciones empresariales empleaban contratos de adhesión. Estos mecanismos, por su propia naturaleza, facilitaban los trámites contractuales de la empresa porque permitían la uniformidad en las operaciones con los clientes, pero a cambio provocaban una posición muy desequilibrada entre las partes contratantes (Ballugera, pp. 1355 y ss.). La reacción de la jurisprudencia para favorecer a los consumidores fue una doctrina que vino a denominarse “expectativa razonable” (por todas, véase *Rakas v. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978)). Su fundamento consiste en que la parte contratante que no diseña las cláusulas tiene derecho a que quien elaboró el contrato actúe en consonancia con una expectativa de comportamiento realista y coherente, por más que sea subjetiva.

Nuestro Tribunal Supremo ha establecido que esta expectativa razonable es aplicable a la hora de velar por los derechos fundamentales y que existen supuestos en los que, aunque no se haya pactado nada previamente, la buena fe puede generar una expectativa razonable de privacidad (STS de 24 de julio de 2012) y también una expectativa razonable

de confidencialidad a la hora de emplear dispositivos digitales y electrónicos (STS de 17 de diciembre de 2012).

La esencia de esta expectativa razonable es la buena fe o, en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las relaciones laborales deben basarse en la confianza (Asunto Palomo Sánchez c. España, STEDH de 12 de septiembre de 2011). Dicho de otro modo: si bien la empresa espera del trabajador un uso adecuado de los recursos puestos a su disposición, éste tiene en todo caso el derecho a esperar que las potestades de control y supervisión sean ejercidas de forma proporcional, equitativa y razonable (STSJ de Cataluña, de 22 de octubre de 2001).

Cuando los controles empresariales se hacen de buena fe y con respeto al principio de proporcionalidad, se entiende que estamos ante una figura conocida como “registro informático legítimo”, cuyos resultados, por haber sido obtenidos de forma válida, pueden emplearse como evidencia en los procedimientos que se incoan contra los trabajadores afectados (Cavas). A contrario sensu, el Tribunal Constitucional ha sentenciado que cuando se produce un incumplimiento de las reglas de uso previamente establecidas, por ejemplo, al instalar un software no permitido o al utilizar los ordenadores de la empresa para enviar mensajes ofensivos, no puede argumentarse la existencia de una expectativa razonable de confidencialidad o de intimidad, porque sería precisamente el trabajador quien estaría actuando con mala fe (STC 241/2012, de 17 de diciembre).

Existe un elemento más que es necesario tener en cuenta y que, sorprendentemente, en ocasiones se omite al analizar esta cuestión. El secreto de las comunicaciones no es, desde luego, un derecho absoluto, pero el artículo 18.3 establece una garantía muy concreta: impera “salvo resolución judicial”. ¿Cómo podemos conjugar esta exigencia constitucional con una norma que, como hemos visto, otorga amplias facultades de control al empresario? Dos son los caminos que explican esta aparente contradicción: por un lado, la función de control se ejerce sobre dispositivos que son propiedad de la empresa –por ejemplo, el correo electrónico corporativo y nunca el personal-; por otro, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es sumamente estricta en el cumplimiento de este

requisito en los procesos penales, pero no así en los sociolaborales (Cruz, pp. 25 y ss). Es más, el Tribunal Supremo parece entender que, cuando las medidas de control tomadas sean acordes con la dignidad, y aceptando que los medios facilitados por la empresa pueden emplearse para fines personales si se cumplen los criterios de la buena fe —es decir, si no media prohibición expresa—, estos recursos empresariales no pueden ser tenidos por efectos personales del empleado y, por lo tanto, los registros no tienen que realizarse ni en presencia del trabajador ni ante sus representantes legales, siempre y cuando haya habido clara comunicación de sus reglas de uso (Aba, p. 100).

Al fin y al cabo, si, parafraseando la acertada metáfora doctrinal, “los trabajadores son los ciudadanos de las empresas” (Sáenz, p. 193), las expectativas razonables de intimidad y confidencialidad estarían condicionadas al cumplimiento de las normas de cada compañía, libre y previamente aceptadas al firmar el contrato laboral, lo que nos obliga estudiar cada normativa interna para ver si ha habido una auténtica vulneración de derechos.

4. LA SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: EL TEST BĂRBULESCU DE PRIVACIDAD

El derecho al control que ejercen las empresas ha llegado hasta las más altas instancias internacionales, siendo de particular interés y relevancia el conocido como “caso Bărbulescu”¹¹⁰, que fue finalmente resuelto por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹¹⁰ El señor Bărbulescu era empleado de una empresa ubicada en Rumanía que tenía entre sus políticas laborales la prohibición del uso de los equipos informáticos de la compañía para fines personales, restricción cuyo cumplimiento se verificaba regularmente. El señor Bărbulescu, cuyo cometido era principalmente la atención al cliente, conocía esta prohibición. En 2007 se le indicó que crease una cuenta de Yahoo Messenger para mejorar dicho servicio a través de un chat online. En julio de 2007, durante dos revisiones realizadas en tiempo real, la empresa constató que el señor Bărbulescu había pasado gran parte del día chateando a través de dicha cuenta con su novia y su hermano. Fue requerido para explicar su conducta, pero no se le informó de que se había accedido al contenido exacto las conversaciones, de manera que éste confirmó que había pasado mucho tiempo conectado pero negó haber hecho un uso particular del chat. En una segunda citación, se le facilitó un dossier de 45 páginas con transcripciones de sus conversaciones, parte de las cuales eran además de carácter íntimo, y donde también constaban breves conexiones a su cuenta personal. El señor

El TEDH consideró que, además de las prevenciones generales de proporcionalidad, sería necesario tener en cuenta hasta seis consideraciones específicas cuando las nuevas tecnologías sean un factor determinante en el conflicto entre empresa y trabajador:

1. ¿El empleado ha sido informado de la posibilidad de que el empleador tome medidas para supervisar su correspondencia y otras comunicaciones, así como la aplicación de tales medidas?
2. ¿Cuál fue el alcance de la supervisión realizada del empleador y el grado de intrusión en la vida privada del empleado?
3. ¿El empleador ha presentado argumentos legítimos para justificar la vigilancia de las comunicaciones y el acceso a su contenido?
4. ¿Habría sido posible establecer un sistema de vigilancia basado en medios y medidas menos intrusivos que el acceso directo al contenido de comunicaciones del empleado? ¿De qué modo utilizó el empresario los resultados de la medida de vigilancia, concretamente si los resultados se utilizaron para alcanzar el objetivo declarado de la medida?
5. ¿Cuáles fueron las consecuencias de la supervisión para el empleado afectado?
6. ¿Al empleado se le ofrecieron garantías adecuadas, particularmente cuando las medidas de supervisión del empleador tenían carácter intrusivo?

La respuesta a estas preguntas determina si el control fue realizado conforme a las exigencias de la buena fe, pues si i) el trabajador no había sido debidamente informado de las medidas de control, ii) el alcance de la supervisión fue mucho más allá de lo razonable para defender los intereses de la empresa, iii) no había una justificación legítima para la vigilancia, iv) existía la posibilidad de un control menos intrusivo para conseguir fines empresariales legítimos, v) las consecuencias para el

Bărbulescu respondió que, a su parecer, la empresa había cometido un acto delictivo que vulneraba sus derechos fundamentales. Como consecuencia de todo ello, fue despedido el 1 de agosto de 2007, dando inicio al complejo proceso judicial que ahora nos ocupa y que fue finalmente resuelto en la STEDH de 5 de septiembre de 2017.

trabajador fueron lesivas de su honor o su intimidad, o vi) no existían unas garantías mínimas para proteger el contenido esencial de sus derechos fundamentales, entonces este control estaba ejerciéndose de forma abusiva.

Para el TEDH, que el desacato a las normas de la empresa fuese manifiesto no justificaba todas las medidas tomadas contra el trabajador pues, aunque obviamente en el ámbito laboral existe y rige el principio de subordinación, cuando se incoa un expediente sancionador todas las advertencias han de ser comunicadas desde el primer momento y no parece que la exacta transcripción de las conversaciones del trabajador sea imprescindible para llegar a la conclusión de que éste había incumplido el régimen interno (Mateo). Este test, que ha sido denominado “Test Bărbulescu de Garantía de la Privacidad” es realmente un mecanismo que permite la conversión del más genérico principio de proporcionalidad, pues adapta las exigencias del fin legítimo y la mínima lesividad a las características particulares del entorno laboral (Delgado, pp. 169 y 170).

En la aplicación de este test, nuestro Tribunal Supremo ha añadido que, aunque su incumplimiento puede generar la nulidad de las pruebas obtenidas mediante el control y vigilancia de los dispositivos a cargo del trabajador, existe la posibilidad de subsanar esta nulidad (STS de 23 de octubre de 2018). De esta manera, existen tres posibles escenarios. En primer lugar, si la prueba declarada nula era prescindible y, por lo tanto, puede comprobarse el incumplimiento por vías legítimas alternativas, la sanción sigue siendo razonable. En segundo lugar, si la prueba declarada nula era esencial y sin ella no hay evidencia de infracción, entonces no cabe la imposición de sanción alguna. En tercer lugar, si tras la anulación de la prueba no puede deducirse cuál es la resolución más conforme a Derecho, la empresa puede reservarse la posibilidad de iniciar un nuevo expediente desde el principio, sin referencia alguna a la prueba anulada (Trenado).

El propio TEDH ha matizado algunos elementos del Test de Bărbulescu señalando que, pese a lo antes expuesto, no es su cometido analizar la admisibilidad de una u otra prueba, sino decidir si un proceso en su conjunto ha sido respetuoso o no con el Convenio Europeo de Derechos

Humanos (asunto López Ribalda c. España, STEDH de 17 de octubre de 2019). Este respeto depende fundamentalmente de la legitimidad del control, del grado de intrusión en la intimidad del empleado, del lugar y contexto en que ésta vigilancia tuvo lugar y del alcance temporal de la medida (Mateo).

Finalmente, resulta necesario añadir que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha realizado algunas precisiones en aquellos casos en que el contratante sea un organismo público (asunto T. Libert c. Francia, STEDH de 22 de febrero de 2018). Recuerda que las administraciones públicas de cualquier nivel están obligadas a tomar decisiones en escrupuloso cumplimiento del principio de igualdad y evitando toda acción que pueda ser tenida por arbitraria, así como que todas sus resoluciones pueden ser sometidas al control judicial en vía contencioso-administrativa. Pero, en contraposición, quienes tienen la condición de empleados públicos han de utilizar los recursos puestos a su disposición, que son de todos, con particular ejemplaridad (Monereo y Ortega, pp. 144 y 145).

5. CONCLUSIONES

El análisis de los límites al derecho a la propiedad y a la libertad de empresa a la hora de ejercer la legítima potestad de control y supervisión por parte del empresario seguirá siendo una cuestión controvertida en tanto en cuando los avances tecnológicos parecen imparables y cada vez resulta más difícil conseguir la por mucha anhelada desconexión digital.

Podemos observar que la normativa nacional e internacional se ha limitado a establecer unas garantías mínimas para la protección de la intimidad y el secreto de las comunicaciones en el ámbito empresarial, de manera que la casuística acaba siendo tan variada como variados pueden ser los regímenes internos de funcionamiento de cada corporación.

Dos límites sí parecen meridianamente claros: Por un lado, las condiciones de control y supervisión de los bienes puestos a disposición de los trabajadores han de ser transparentes y conocidas y es deber de la empresa facilitar que cada empleado esté al corriente de sus posibles

modificaciones. Por otro, la supervisión de la información privada y personal del trabajador parece innecesaria para comprobar si éste ha incumplido las reglas de la compañía, pues existen métodos menos intrusivos para ello. Dicho de otro modo, puede comprobarse si accedió a sus redes sociales en horario laboral pero no es necesario saber exactamente qué publicó; puede comprobarse las horas en que envió mensajes de whatsapp pero no es necesario acceder al contenido de las conversaciones...

Aunque pueda criticarse la falta de una normativa específica, no puede negarse que existen estas garantías mínimas y que los tribunales están estableciendo un marco de protección a los trabajadores que se fundamenta en el principio de proporcionalidad y en la doctrina de la expectativa razonable. Y, aunque esto pudiera parecer insuficiente en algunos casos, no es menos cierto que contamos con jurisprudencia consolidada del más alto nivel, en particular del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que establece mecanismos que permiten analizar si las empresas se comportan de forma abusiva o si, por el contrario, están estableciendo sistemas adecuados para proteger sus intereses a la par que respetan el núcleo esencial de nuestros derechos fundamentales.

6. REFERENCIAS

- Aba, A. (2014). La efectividad de los derechos de los trabajadores y del empresariado desde la implantación de las tecnologías en el ámbito laboral. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 18, 79-106.
- Aguilera, R. y Cristóbal, R., (2017). Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica. En: *El futuro del trabajo que queremos*. Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017, Palacio de Zurbano, Madrid: Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019), Vol. 2, 331-342.
- Álvarez del Cuvillo, A., (2020). La delimitación del derecho a la intimidad de los trabajadores en los nuevos escenarios digitales, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 151, 2020, 275-292.
- Aragón, M., (2005). El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa. En: Pérez de los Cobos y Orihuel, F., *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, 23-56. Instituto de Estudios Económicos.

- Ballugera, C., (2014). Diferencias entre el contrato por adhesión y el contrato por negociación. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, nº 9, 1344-1361.
- Brandeis, L. y Warren, S. D. (1890). The right to privacy, *Harvard Law Review*, vol. IV, nº 5, 193-220.
- Cavas, F., (2015). Los Derechos y Libertades Fundamentales en materia laboral. *I Seminario del Área de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Miguel Hernández* [disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=fECK5u0FO6A>] [Fecha de consulta: 29 de diciembre de 2021]
- Cruz, J., (2019). Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 150, 13-44.
- Delgado, A. F., (2018). El Caso Bărbulescu y su Impacto en la Jurisprudencia Constitucional. *Revista Internacional Consinter de Direito*, año IV, n. 7, 163-179.
- Durán, F., (2017). Las tecnologías de la información y la comunicación en el ámbito laboral, *Centro de Estudios Garrigues* [disponible en: <https://blog.centrogarrigues.com/derecho-empresarial/nuevas-tecnologias-derechos-laborales/>] [Fecha de consulta: 2 de diciembre de 2021]
- Ezquerria, L., (2018). Nuevas tecnologías en el control de los trabajadores y el derecho a la intimidad del trabajador, *UGT* [disponible en: <http://www.ugt.cat/nuevas-tecnologias-en-el-control-de-los-trabajadores-y-el-derecho-a-la-intimidad-del-trabajador/>] [Fecha de consulta: 30 de diciembre de 2021]
- Lousada, J. F., (2008). El deber de adoptar y el deber de negociar medidas de igualdad. En: Lousada, J. F. (coord.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, 26-34, Ministerio de Trabajo e Inmigración.
- Marín, M., (2019). La geolocalización del trabajador. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia reciente. *Labos*, vol. I, nº 1, 109-120.
- Monereo, J. L. y Ortega, P. G., (2019). El control empresarial del correo electrónico del trabajador. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 150, 133-159.
- Mateo, E. (2019). Test Bărbulescu - ¿Es posible acceder a las comunicaciones de los empleados?, *ILP Abogados* [disponible en: <https://www.ilpabogados.com/acceso-a-las-comunicaciones-de-los-empleados-test-barbulescu/>] [Fecha de consulta: 30 de diciembre de 2021]

- Molina, C., (2019). Control tecnológico del empleador y derecho probatorio: Efectos de la prueba digital lesiva de derechos fundamentales. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 150, 331-354.
- Purcalla, M. Á. (2018). Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión: claves teóricas y prácticas, *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales*, 95-110.
- Rodríguez Escanciano, S., (2018). Videovigilancia empresarial: límites a la luz de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, *Diario La Ley* [disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2019/01/02/videovigilancia-empresarial-limites-a-la-luz-de-la-ley-organica-3-2018-de-5-diciembre-de-proteccion-de-datos-personales-y-garantia-de-los-derechos-digitales>] [Fecha de consulta: 28 de diciembre de 2021]
- Sáenz, C., (2017). Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes de control del empleador a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 138, 185-221.
- Trenado, J. (2018). Test Barbulescu, *AGM Abogados* [disponible en: <https://www.agmabogados.com/test-barbulescu/>] [Fecha de consulta: 30 de diciembre de 2021]

EL FOMENTO DE LA FLEXIBILIDAD INTERNA FRENTE AL DESPIDO ANTE LA CRISIS DE LA COVID-19: ¿UN MODELO EXTRAPOLABLE?

ALEJANDRO MUROS POLO
Universidad de Granada

1. INTRODUCCIÓN

A raíz de la intensificación del proceso de globalización con la llegada de la III Revolución Industrial, la apertura del comercio internacional y la aparición de nuevos sujetos económicos, la política laboral que se ha venido ejerciendo en el grueso de los países desarrollados se ha caracterizado por la desregulación y flexibilización de los mercados de trabajo, obviando el aumento de la desigualdad que ello ha producido (Ruesga y Fujii, 2004).

Un primer ejemplo en nuestro país se observa con la crisis del petróleo de los años 70 y los posteriores procesos de reconversión industrial, que no supusieron una verdadera política de reindustrialización (Monereo, 1988). Y especialmente con las reformas laborales de los años 1994 y 2012, se ha ahondado en un modelo de crecimiento basado en la devaluación del estatuto jurídico protector del trabajo (y del salario) bajo el pretexto de crear empleo, aunque sea de mala calidad, en una suerte de competitividad a la baja o por costes. Se asiste, por tanto, no solo a un debilitamiento de los mecanismos de tutela del trabajador sino de la protección social al reducir su intensidad protectora y perder su función igualadora y de homogeneización, transcurriendo del Estado del Bienestar al llamado Estado asistencialista (Monereo, 2000).

Ante este nuevo escenario protagonizado por la globalización y el aumento de la competitividad internacional, el Estado huye del intervencionismo propio del garantismo jurídico-social de la segunda mitad del

siglo XX, para situarse en un nuevo “Estado de Competencia Económica”, que subordina la protección del trabajador a planteamientos de eficiencia económica de la empresa y de los mercados (Monereo, 2006). En este sentido, se configura el denominado “Derecho flexible del trabajo”, que se asienta sobre una intensa “remercantilización” del trabajo asalariado, sobre el deterioro de los poderes sindicales y sobre una “acumulación por desposesión” de lo público en favor de los intereses y organizaciones privadas (Monereo, 2017, pp. 11 y 12), y cuyo máximo exponente es la Reforma laboral de 2012.

Sin embargo, con la llegada de la crisis sanitaria, económica y social de la COVID-19, la respuesta institucional, tanto en sede nacional como por parte de la Unión Europea, ha mutado para favorecer el sostenimiento del empleo y desincentivar en cierto modo el recurso al despido, habida cuenta de la ineficiencia y la desigualdad que ha provocado el planteamiento neoliberal anterior.

2. OBJETIVOS

El presente estudio tiene por objetivos: realizar un repaso general por las principales medidas jurídico-laborales adoptadas como respuesta a las crisis económicas anteriores a la pandemia; esbozar y analizar sucintamente las herramientas propias de la legislación social de emergencia a causa de la COVID-19, centradas en el fomento de la flexibilidad interna y el desincentivo del despido con el fin de sostener el empleo y evitar su destrucción; responder a la pregunta de investigación, en el sentido de si debería de ser extrapolable la respuesta laboral pandémica a la legislación ordinaria.

3. EL DERECHO DEL TRABAJO ANTE LAS CRISIS ECONÓMICAS PRE-COVID-19. ESPECIAL REFERENCIA A LA REFORMA LABORAL DE 2012

En el ámbito de la Unión Europea ha sido especialmente visible el deterioro del Derecho del Trabajo a favor de planteamientos económicos (Gil, 2017). La aparición de nuevos poderes económicos (la gobernanza

económica) ha contribuido fuertemente a esta deconstrucción, ya que se han promovido políticas de corte neoliberal basadas en decisiones de la Comisión Europea, el Banco Central Europeo o el Fondo Monetario Internacional, que, a su vez, han estado desvinculadas del respeto a los derechos fundamentales (Baylos, 2014).

Y estos planteamientos neoliberales tendentes a la máxima flexibilización del mercado laboral se agudizaron con la gran crisis del año 2008, en una idea de favorecer la adaptación permanente y constante de las empresas a un contexto cambiante y competitivo, para así crear o mantener empleo. En efecto, ante la citada grave crisis económica se vuelve a culpabilizar al Derecho del Trabajo de unas deficiencias económicas que este mismo no ha creado, sin ningún tipo de base empírica o científica (Monereo, 2017).

Desde la propia Unión Europea se venía reclamando la receta de la “flexiseguridad” y las políticas de austeridad para salir del Crack de 2008. “Flexiseguridad” que en un principio se podía entender como razonable siempre que se cumplieran sus tres pilares básicos (al menos en el modelo paradigmático danés): flexibilización del recurso al despido, protección por desempleo generosa y medidas eficientes de políticas activas de empleo y de formación que sean de calidad (Beltrán de Heredia, 2014). Pero, todo lo contrario, la mal entendida flexiseguridad sirvió en el caso español para reducir drásticamente el Estado Social y reformar estructuralmente el marco institucional de relaciones laborales (Baylos, 2014), cumpliéndose el primero de los pilares y ninguno de los otros dos.

En este contexto se sitúa la Reforma laboral de 2012, que no solo hizo caso omiso a las directrices del Pacto Mundial para el Empleo de la OIT de 2009, sino que se introdujo de forma unilateral, sin consenso político ni de los interlocutores sociales. Dicha exclusión de la negociación por parte de los agentes sociales en materias tales como la propia negociación colectiva o aspectos centrales de la relación laboral, han determinado que esta práctica haya sido tachada de inadecuada tanto por el Comité de Libertad Sindical en su informe número 371, como por el Comité Europeo de Derechos Sociales en sus conclusiones XX-3 (2014), al amparo de la Carta Social Europea.

Esta Reforma laboral, además, se puede resumir en un incremento del poder unilateral empresarial, como organizador de su actividad productiva, en detrimento del poder de negociación del trabajador (Cabeza, 2013). De hecho, incluso el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva y, especialmente, el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, convalidado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, han acrecentado el poder empresarial para imponer la descentralización de la negociación colectiva y así congelar la aplicación de los convenios colectivos (Gil, 2017), estableciendo la prioridad aplicativa del convenio de empresa (art. 84.2 ET); ampliando las posibilidades de inaplicación de los convenios colectivos de sector o de empresa más allá del descuelgue salarial (art. 82.3 ET); facilitando la modificación sustancial de las condiciones de trabajo establecidas en acuerdos colectivos a través de la decisión unilateral del empresario después de un periodo de consultas (art. 41 ET); así como limitando la ultraactividad del convenio (art. 86.3 ET) (estudio pormenorizado en Vila, 2017). Se trata, por tanto, de un modelo de negociación colectiva que reduce enormemente la función igualadora, de reparto de riqueza y democratizadora del convenio (Rodríguez, 2016).

Respecto a las medidas que aquí más interesan, la Reforma Laboral de 2012 flexibilizó enormemente el recurso al despido por causas empresariales. Por un lado, eliminó la autorización administrativa por parte de la autoridad laboral para despedir en el despido colectivo; objetivó las causas empresariales para despedir, facilitándolas y eliminando cualquier referencia a un elemento teleológico para su justificación; así como posibilitó el desistimiento en el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, cuyo período de prueba era de un año (este último ya derogado). Además, redujo considerablemente la indemnización de 45 a 33 días por año de servicio, con el límite de 24 mensualidades, en lugar de 42, para el supuesto del despido declarado improcedente; a la vez que limitó los salarios de tramitación a la opción de readmisión que, generalmente, corresponde al empresario. Respecto a la reducción de la indemnización por despido improcedente llama la atención cómo implícitamente se ha fomentado el

incumplimiento de la norma laboral nacional e internacional, esto es, la extinción causal del contrato (Beltrán de Heredia, 2014).

De este modo, se ha instaurado un sistema descompensado tendente a la expulsión de trabajadores, como medida plenamente normalizada dentro de las facultades empresariales en la búsqueda y garantía del beneficio empresarial (Monereo, 2012), desterrando al despido en general y al colectivo en particular como medida de *ultima ratio* (Monereo, 2015). En otras palabras, se ha acrecentado el riesgo de que el empresario incurra en arbitrariedad empresarial sobre la base de que ahora, por un lado, recae en el propio empresario la responsabilidad de elegir entre la alternativa que considere más idónea (mecanismo de flexibilidad interna o externa) y, por otro lado, resulta más difícil, a raíz de los últimos cambios normativos comentados, controlar y valorar la legitimidad de la decisión dentro del principio de libertad de empresa (Gil, 2017), por no hablar del aumento de la judicialización y la saturación de los tribunales. La supresión de cualquier referencia a la finalidad de las extinciones supone, por tanto, un aumento del poder de gestión unilateral del empresario, que, además, dificulta el control judicial del elemento causal al introducirse mayores posibilidades de alegación de despido colectivo u objetivo o al reducir la gravedad o actualidad exigible para las extinciones (Monereo, 2015).

4. EL DERECHO SOCIAL DE LA EMERGENCIA SANITARIA POR COVID-19

La llegada de la COVID-19 ha supuesto un “hecho social total”, en el sentido de que ha impactado sobre el conjunto de las relaciones y estructuras sociales, conmocionando a la totalidad de los actores (políticos, sociales y económicos), de las instituciones y de los valores de la sociedad, planteando una exigencia de recomposición de la cohesión social (Monereo, 2020, p. 3). Es así que, ante la dramática situación que ya se estaba viviendo en otros países y la que estaba comenzando en España, se dictó el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, para proclamar el primer estado de alarma a causa de la pandemia, por el que, entre otras cuestiones, se limitó la libertad de circulación de los

ciudadanos y se suspendieron numerosas actividades empresariales con el fin de contener el avance del coronavirus SARS-CoV-2.

De este modo, con esta paralización casi total de la actividad económica a causa de las medidas de prevención y salud pública, el Gobierno tuvo que intervenir para garantizar el sostenimiento económico de las empresas y el mantenimiento de los contratos de trabajo afectados por la pandemia. Se ha asistido, por tanto, a una intervención legislativa, en su mayoría a base de reales decretos-ley, asistemática, improvisada y confusa, para hacer frente a una situación de candente excepcionalidad y urgencia como la que se ha vivido (Monereo y Rodríguez, 2020). Todo ello con el fin de, a diferencia de en anteriores crisis, poner en marcha todos los mecanismos necesarios, acompañados de un fuerte gasto público, para defender el empleo y mantener el tejido productivo, con el propósito de evitar que una situación coyuntural tenga efectos devastadores en el medio y largo plazo (Cavas, 2020).

Se ha construido así un Derecho social de la emergencia que parte desde el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, y que llega hasta el momento al Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre (una exposición de la profusa normativa sociolaboral por COVID-19 en el blog de Beltrán de Heredia). Sistema normativo extraordinario que ha surgido en forma de aluvión a la sazón de la crisis sanitaria y vinculado estrictamente a la situación de excepcionalidad provocada por la pandemia, aunque se nutre de la legislación laboral ordinaria para construir su esqueleto (Cavas, 2021).

Se trata, en fin, de medidas jurídico-laborales que principalmente giran en torno al expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) y a la desincentivación del recurso al despido para hacer frente a la crisis económica, social y sanitaria de la COVID-19. Medidas que se han ido modificando a la par que la situación sanitaria ha ido avanzando y que, en todo momento, han contado con el consenso del diálogo social desde el I Acuerdo Social en Defensa del Empleo hasta el VI (Cabero, 2021), a través de una forma típica de “Gobernanza horizontal y comunicativa” que caracteriza al fenómeno, intrínseca y sustancialmente político, de la concertación social (Monereo y Guindo, 2020, p. 24).

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se procede a exponer sucintamente los principales mecanismos de sostenimiento del empleo y de las empresas por COVID-19, sin entrar en un estudio exhaustivo, tal y como ya se ha especificado.

4.1. EL FOMENTO DE LA FLEXIBILIDAD INTERNA COMO MECANISMO DE SOSTENIMIENTO DEL EMPLEO: LOS ERTE POR COVID-19

Desde el comienzo de la legislación laboral de emergencia el ERTE ha sido el principal protagonista en la protección sociolaboral frente a la COVID-19. El Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, reguló ya una serie de medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos (Capítulo II). Así, en sus artículos 22 y 23 se agilizó y simplificó el procedimiento o el trámite para proceder a los ERTE tanto por fuerza mayor como por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, ambos derivados de la COVID-19. Por otro lado, en el art. 24 se rebajó significativamente el coste de acudir a este procedimiento de suspensión o reducción de jornada al acordar exenciones en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social, así como en el art. 25 se flexibilizaron los requisitos para acceder a la protección por desempleo, reconociendo el derecho aunque se carezca del período de carencia, además de preservar el derecho a la prestación futura a consecuencia de la puesta del contador a cero para los períodos de protección que se disfruten durante la situación de emergencia sanitaria (Cavas, 2021).

4.1.1. La agilización del procedimiento de suspensión del contrato por fuerza mayor o por causas ETOP a causa de la COVID-19

Una de las herramientas más efectivas a la hora de implantar los ERTE por COVID-19 ha sido la simplificación y agilización de los trámites y el procedimiento previsto en la legislación ordinaria, que sigue rigiendo de forma supletoria (arts. 47 y 51.7 del Estatuto de los Trabajadores y normativa de desarrollo prevista en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre). De este modo, la esencia del procedimiento sigue siendo la misma, aunque con especialidades: procedimiento administrativo para

el ERTE por fuerza mayor y procedimiento de consultas con los representantes de los trabajadores para el ERTE por causas ETOP.

En el supuesto de los ERTE por fuerza mayor a causa de la COVID-19, el art. 22.2 del RD-ley 8/2020, previa definición de la causa motivadora en el apartado primero ha modelado el procedimiento previsto, principalmente en el art. 51.7 y su desarrollo reglamentario (arts. 31 a 33 del RD 1483/2012), a través de las siguientes especialidades:

- “La existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de suspensión de los contratos o de la reducción de jornada prevista en este artículo, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de personas trabajadoras afectadas”. Cuestión que realmente no resulta novedad ya que así se prevé en el art. 51.7 párrafo primero ET.
- “El procedimiento se iniciará mediante solicitud de la empresa, que se acompañará de un informe relativo a la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19, así como, en su caso, de la correspondiente documentación acreditativa. La empresa deberá comunicar su solicitud a las personas trabajadoras y trasladar el informe anterior y la documentación acreditativa, en caso de existir, a la representación de estas”. Aquí lo verdaderamente relevante es la especificación de los medios de prueba necesarios con el informe relativo a la pérdida de actividad por COVID-19 y la comunicación a los trabajadores, más allá de a los representantes legales de los trabajadores, a los cuales solo se refiere la norma estatutaria.
- “La resolución de la autoridad laboral se dictará en el plazo de cinco días desde la solicitud, previo informe, en su caso, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y deberá limitarse a constatar la existencia, cuando proceda, de la fuerza mayor alegada por la empresa correspondiendo a ésta la decisión sobre la aplicación de medidas de suspensión de los contratos o reducción de jornada, que surtirán efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor”. Sin embargo, este plazo

de resolución de 5 días por parte de la autoridad laboral, que coincide con la regulación del ET, ha sido de imposible ejecución en la práctica, sobre todo con la avalancha de ERTE que se solicitaron durante la primera etapa de confinamiento domiciliario. Cuestión que se resolvió a través de la figura del silencio administrativo positivo y que posteriormente fue reconocido de forma indirecta por el Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo y ha sido avalado por el propio Tribunal Supremo (Rodríguez, 2021).

- “El informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuya solicitud será potestativa para la autoridad laboral, se evacuará en el plazo improrrogable de cinco días”. Se trata de una solución que busca agilizar el procedimiento a través de la modificación del carácter del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que pasa de ser preceptivo a ser potestativo (cfr. con el art. 33.1 del RD 1483/2012).

En cuanto a la regulación de emergencia prevista en el art. 23 RD-ley 8/2020, las especialidades en el procedimiento de ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción respecto a la normativa ordinaria (art. 47 ET y su reglamento) son las siguientes (Guindo, 2020):

- “En el supuesto de que no exista representación legal de las personas trabajadoras, la comisión representativa de estas para la negociación del periodo de consultas estará integrada por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación. La comisión estará conformada por una persona por cada uno de los sindicatos que cumplan dichos requisitos, tomándose las decisiones por las mayorías representativas correspondientes. En caso de no conformarse esta representación, la comisión estará integrada por tres trabajadores de la propia empresa, elegidos conforme a lo recogido en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores”. De este modo, se altera

y agiliza la regla prevista en el art. 41.4 ET para la interlocución de los ERTE ordinarios por causas empresariales a favor de, en primer lugar, la representación de las personas trabajadoras; en segundo lugar, de los sindicatos más representativos y representativos del sector; así como, en su defecto, a favor de una comisión integrada por tres trabajadores elegidos democráticamente en la propia empresa.

- “En cualquiera de los supuestos anteriores, la comisión representativa deberá estar constituida en el improrrogable plazo de 5 días”, frente a la normativa ordinaria que prevé un plazo de 7 días o de 15 días si no hay representación legal de los trabajadores.
- “El periodo de consultas entre la empresa y la representación de las personas trabajadoras o la comisión representativa prevista en el punto anterior no deberá exceder del plazo máximo de siete días”. De este modo, se acorta también la duración del período de consultas que pasa de 15 días en el ERTE ordinario a 7 días.
- “El informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuya solicitud será potestativa para la autoridad laboral, se evacuará en el plazo improrrogable de siete días”. El informe de la ITSS ya no solo no es preceptivo, sino que debe de evacuarse en un plazo improrrogable de 7 días y no de 15 como prevé el ET.

Se asiste, así, a un Derecho social de la emergencia que flexibiliza los requisitos y acorta los plazos de la legislación ordinaria para favorecer el procedimiento de suspensión o reducción de jornada por causa de fuerza mayor o por causas ETOP.

4.1.2. La exoneración o bonificación de las cotizaciones empresariales

El artículo 45.2 ET dispone que “la suspensión (del contrato de trabajo) exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo”. No obstante, el artículo 273.2 del Real Decreto Legislativo

8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS), especifica que “en los supuestos de reducción de jornada o suspensión del contrato, la empresa ingresará la aportación que le corresponda, debiendo la entidad gestora ingresar únicamente la aportación del trabajador, una vez efectuado el descuento a que se refiere el apartado anterior”. Esto es, que una vez autorizado o comunicado el ERTE, la empresa debe de seguir abonando la cuota empresarial a la Seguridad Social durante la vigencia de la suspensión del contrato, y que la cuota correspondiente al trabajador será abonada por el SEPE, previo descuento de la prestación por desempleo del trabajador (Cavas, 2021).

Sin embargo, dicho régimen ordinario de cotización empresarial durante la vigencia del ERTE ha sido modificado con el fin de promover esta medida de flexibilidad interna durante la situación de la COVID-19 a través de la reducción de costes. Se trata, por tanto, de una medida para abaratar la suspensión del contrato que, en un primer momento de la pandemia, se destinó para los ERTE por fuerza mayor en el art. 24 del RD-ley 8/2020. De este modo, “en los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada autorizados en base a fuerza mayor temporal vinculada al COVID-19 definida en el artículo 22, la Tesorería General de la Seguridad Social exonerará a la empresa del abono de la aportación empresarial prevista en el artículo 273.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, así como del relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta, durante los meses de marzo y abril de 2020, cuando, a 29 de febrero de 2020, tuviera menos de 50 personas trabajadoras, o asimiladas a personas trabajadoras por cuenta ajena, en situación de alta en la Seguridad Social. Si la empresa tuviera 50 personas trabajadoras, o asimiladas a personas trabajadoras por cuenta ajena, o más, en situación de alta en la Seguridad Social, la exoneración de la obligación de cotizar alcanzará al 75 % de la aportación empresarial”.

Hablamos de una exoneración de la cuota patronal a la Seguridad Social muy generosa, que no solo se refiere a la cuota del art. 273.2 LGSS, sino a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta. Se reducen así

las cotizaciones empresariales correspondientes a contingencias comunes, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional devengadas con ocasión de los días u horas durante los cuales el trabajador ha recibido la prestación por desempleo total temporal o por desempleo parcial si se ha llevado a cabo una reducción de jornada (Roqueta, 2021). Además, “dicha exoneración no tendrá efectos para la persona trabajadora, manteniéndose la consideración de dicho período como efectivamente cotizado a todos los efectos” (art. 24.2 RD-ley 8/2020).

A partir de aquí estas exoneraciones han ido prorrogándose y modificándose al albur del avance de la pandemia y los diferentes reales decretos-ley negociados en concertación social. En efecto, dicha exoneración fue ampliada a los ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas por el RD-ley 24/2020, de 26 de junio, como vía para impulsar la transición a estos tipos de ERTE. Además, *grosso modo*, se han ido introduciendo diferentes porcentajes de bonificación en función del tipo de ERTE; el tamaño de la empresa; el mes en cuestión; la condición de los trabajadores como afectados o desafectados por la suspensión del contrato de trabajo; la pertenencia a un sector con una elevada tasa de cobertura por expedientes de regulación temporal de empleo y una reducida tasa de recuperación de actividad; o las acciones formativas, entre otras cuestiones (un estudio más exhaustivo en Roqueta, 2021).

4.1.3. La extraordinaria prestación por desempleo: nacimiento del derecho y contador a cero

De forma paralela a la exención o bonificación de la cotización empresarial a la Seguridad Social, se han ido dictando medidas para preservar el derecho a la prestación por desempleo para los trabajadores afectados durante la vigencia del ERTE. Se asiste de igual modo a una legislación de emergencia que ha estado caracterizada por la urgencia, la precipitación y la sucesiva prórroga de las medidas, y que, a su vez, se ha visto acompañada de la saturación y el colapso del SEPE para gestionar las prestaciones (Fernández, 2021).

No obstante, el objetivo a perseguir ha sido loable, pues ya desde el art. 25.1 del RD-ley 8/2020 se le ha reconocido el derecho a la prestación contributiva por desempleo a las personas trabajadoras afectadas por ERTE, tanto de fuerza mayor como por causas ETOP, aunque estas carezcan del período de ocupación cotizada mínimo necesario para ello. Es más, esta medida será aplicable a cualesquiera personas afectadas “tanto si en el momento de la adopción de la decisión empresarial tuvieran suspendido un derecho anterior a prestación o subsidio por desempleo como si careciesen del período mínimo de ocupación cotizada para causar derecho a prestación contributiva, o no hubiesen percibido prestación por desempleo precedente” (apartado tercero del art. 25 RD-ley 8/2020).

Además, no computa “el tiempo en que se perciba la prestación por desempleo de nivel contributivo que traiga su causa inmediata de las citadas circunstancias extraordinarias, a los efectos de consumir los períodos máximos de percepción establecidos” (art. 25.1 RD-ley 8/2020). En otras palabras, los períodos durante los cuales se perciba la prestación extraordinaria por desempleo a causa del ERTE COVID-19 no consumen ni prestaciones o subsidios por desempleo anteriores que tuvieran suspendidos en el momento de la decisión empresarial ni las futuras prestaciones o subsidios por desempleo que se puedan generar, independientemente de la fecha y causa que provoque la situación legal de desempleo, aunque se produzca en el marco de una nueva relación contractual con empresa distinta (Roqueta, 2021).

Sin embargo, estas previsiones tan generosas han sido limitadas por posteriores reales-decretos ley, una vez que la situación pandémica ha ido evolucionando. En este sentido, el art. 8.7 del RD-ley 30/2020, de 29 de septiembre (modificado por la disposición final primera del RD-ley 18/2021, de 28 de septiembre) ha mutado sustancialmente el régimen del denominado “contador a cero” desde el 1 de octubre de 2020. Así, la regla general es que “la reducción de las prestaciones consumidas a partir del 1 de octubre de 2020 en los expedientes de regulación temporal de empleo a los que se refiere el apartado 1 de este artículo, no obstante, no afectará a las nuevas prestaciones que se inicien a partir del 1 de enero de 2027”. Una cuestión que resulta obvia o de mínima

trascendencia si se tiene en cuenta que para valorar el período de carencia exigido y la cuantía de la prestación se tienen en cuenta las cotizaciones de los últimos 6 años desde el momento del hecho causante (Fernández, 2021).

No obstante, el mismo art. 8.7 del RD-ley 30/2020 exceptúa de esta regla general “con el objetivo proteger a las personas afectadas en sus empleos por la crisis, especialmente a las más vulnerables”, a las prestaciones futuras a las que se accedan antes del 1 de enero de 2023 y como consecuencia “de la finalización de un contrato de duración determinada o de un despido, individual o colectivo, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o un despido por cualquier causa declarado improcedente, o por fin o interrupción de la actividad de las personas trabajadoras con contrato fijo-discontinuo, incluidos aquellos con contrato a tiempo parcial que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas”. En este sentido, las prestaciones extraordinarias por desempleo que se consuman por ERTE hasta la citada fecha, siempre que se cumplan las citadas condiciones, no mermarán las prestaciones futuras.

4.2. LA DESINCENTIVACIÓN DEL RECURSO AL DESPIDO

Como ya se ha repetido de forma reiterada, la máxima de la intervención legislativa a causa de la COVID-19 en materia laboral ha sido el sostenimiento del empleo, evitando tanto el recurso al despido como promocionando el recurso al ERTE. En materia de la desincentivación del despido se han desarrollado las siguientes medidas en la legislación de emergencia:

4.2.1. La pretendida “prohibición” de despedir

El art. 2 del RD-ley 9/2020, de 27 de marzo (rubricado “medidas extraordinarias para la protección del empleo”) ha modificado el régimen ordinario del despido para intentar limitar la libre facultad atribuida al empresario de decidir entre la extinción del contrato o el recurso a medidas de flexibilidad interna, con el objetivo de favorecer el uso de esta segunda posibilidad como única vía posible (Menéndez, 2021). Medida que ha sido trasladada al art. 2 de la Ley 3/2021, de 12 de abril, por la

que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19, con fecha de vigencia (de momento) hasta el 28 de febrero de 2022.

Según tenor literal, “la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”. Precepto que, según se puede observar, adolece de una deficiente técnica de redacción que plantea numerosos e importantes problemas de interpretación (Ferrando, 2021), a los cuales se aludirá someramente a renglón seguido.

Se trata, por tanto, de una medida que, a rasgos generales, entiende como no justificadas aquellas extinciones o despidos que se fundamenten en causas ETOP o de fuerza mayor por causa de la COVID-19 que, a su vez, sean justificativas de los expedientes de regulación temporal de empleo que ha previsto la legislación social de emergencia. De este modo, se penaliza al empresario que, pudiendo acudir a un ERTE COVID-19 (con sus facilidades), decidió extinguir el contrato de trabajo por las mismas causas.

A partir de aquí se han planteado las primeras dudas interpretativas, las cuales han ido resolviéndose por la doctrina judicial. En primer lugar, respecto a la cuestión de si el art. 2 del RD-ley 9/2020 solo se aplica a los trabajadores previamente afectados por ERTE, diversos tribunales superiores de justicia han resuelto en sentido contrario (véase las sentencias citadas en Ferrando, 2021, p. 46), ya que la limitación se aplica a todo despido por causas de fuerza mayor o ETOP cuya motivación resida en los efectos del COVID-19, con independencia de su previa afectación por ERTE (Gorelli, 2021).

En segundo lugar, resulta claro que la pretendida “prohibición” de despedir se vincula con los despidos colectivos u objetivos por fuerza mayor o causas ETOP relacionadas con la COVID-19 (arts. 51 y 52.c) ET), y que, por tanto, se mantiene plenamente vigente la posibilidad de acudir al resto de despidos o extinciones del art. 49 ET (Menéndez, 2021).

Sin embargo, entre otras cuestiones, se ha planteado qué ocurre con los despidos disciplinarios llevados a cabo para evitar la aplicación de la legislación de emergencia o con aquellas extinciones *ante tempus* de contratos temporales, a pesar de la prórroga del art. 5 RD-ley 9/2020, a la que posteriormente se aludirá. En este sentido, ha tenido que ser la doctrina judicial quien ha tenido que forzar la aplicación del art. 2 del RD-ley 9/2020 (Ferrando, 2021).

Por último, una de las cuestiones que más debate ha suscitado y suscita entre la doctrina y los diversos tribunales, es la calificación judicial del despido, una vez se ha incumplido la denominada “prohibición” de despedir (Gorelli, 2021). A falta de unificación de doctrina del Tribunal Supremo, han sido los diferentes tribunales superiores de justicia los que han ido determinando la calificación judicial, con una clara tendencia a la improcedencia, relegando la tesis de la nulidad a una minoría de pronunciamientos judiciales (véase, el recopilatorio exhaustivo que realiza Ferrando, 2021).

4.2.2. La cláusula de salvaguarda o de compromiso de mantenimiento del empleo

Otra de las medidas que la legislación de emergencia ha tenido que considerar para garantizar el mantenimiento del empleo ha sido la denominada “cláusula de salvaguarda”, también llamada “compromiso de mantenimiento del empleo”. Una medida que se aplica a todas aquellas empresas que se hayan beneficiado de las exoneraciones o bonificaciones en las cuotas empresariales a causa del ERTE, y por la que se comprometen a no despedir a los trabajadores previamente afectados durante cierto tiempo (6 meses), en una especie de contraprestación a cambio del fuerte gasto público invertido (Menéndez, 2021).

De este modo, la disposición adicional sexta del RD-ley 8/2020 ha dispuesto la cláusula de salvaguarda del empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de la reanudación de la actividad para el caso de los ERTE por fuerza mayor, así como el art. 6 del RD-ley 24/2020 ha extendido dicho compromiso para los ERTE por causas ETOP que se beneficien de las exoneraciones que este mismo RD-ley les ha permitido. Además, los sucesivos reales decretos-ley han ido prorrogando la

vigencia de un nuevo período de salvaguarda del empleo de 6 meses previsto en el art. 5 del RD-ley 30/2020 para los respectivos ERTE y sus exoneraciones (véase, el art. 5.4 del RD-ley 18/2021).

Se trata, en fin, de una cláusula extremadamente compleja y sujeta a modificaciones que ha estado caracterizada por importantes dudas interpretativas, sobre todo hasta que la disposición adicional sexta del RD-ley 8/2020 no fue modificada por el RD-ley 18/2020. En este sentido, una de las cuestiones que más controversias ha suscitado se sitúa en torno al concepto de “reanudación de actividad” que, a su vez, da lugar a la apertura del plazo de 6 meses, y que ha sido aparentemente resuelta por la nueva redacción de la disposición adicional sexta (“entendiendo por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla”). Por lo que la mera reincorporación de un trabajador afectado por ERTE, siempre que haya reanudación de la actividad, constituirá el *dies a quo* de la cláusula de salvaguarda del empleo (Beltrán de Heredia, 2020).

Además, la disposición adicional sexta especifica que “este compromiso se entenderá incumplido si se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes”, por lo que, si se procede a la extinción de contratos de trabajadores no afectados por el ERTE, la cláusula de mantenimiento del empleo no será vulnerada (Ferrando, 2021). De igual modo, no será incumplido el compromiso cuando se extinga el contrato de trabajo por “despido disciplinario declarado procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, ni por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción de este. En particular, en el caso de contratos temporales el compromiso de mantenimiento del empleo no se entenderá incumplido cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación”. Asimismo, la cláusula de salvaguarda del empleo no se

aplicará a las empresas en riesgo de concurso de acreedores en los términos de la Ley Concursal.

Por último, en cuanto al incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo, el apartado quinto de la disposición adicional sexta RD-ley 8/2020 establece que “las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias en materia de Seguridad Social, previas actuaciones al efecto de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que acredite el incumplimiento y determine las cantidades a reintegrar”. Consecuencia que parece razonable desde el punto de vista de que, si el empresario se ha beneficiado de ayudas con la única condición de mantener el empleo de los trabajadores afectados por ERTE y, finalmente, no cumple, no estará generando el derecho a la deducción de la cotización y, por tanto, se estará enriqueciendo injustamente, al haber dejado de abonar las correspondientes cotizaciones o al haber visto reducida su cuota empresarial de forma ostensiblemente inferior (Menéndez, 2021).

Y la devolución se refiere al conjunto de las cotizaciones de las que ha resultado exonerado el empresario en virtud de la totalidad de los trabajadores afectados por el ERTE, lo cual quiere decir que si despide a un trabajador deberá de devolver el importe total de las exoneraciones por el resto de las personas trabajadoras. Criterio que ha sido confirmado por la doctrina administrativa de la Dirección General de Trabajo (Ferrando, 2021) y que ha sido criticado por la doctrina, habida cuenta de su patente desproporcionalidad (Cavas, 2020).

4.2.3. La interrupción del cómputo de duración de los contratos temporales

La legislación ordinaria (art. 7 del RD 2720/1998) en materia de suspensión de los contratos de duración determinada también ha sido modificada por la previsión del art. 5 del RD-ley 9/2020 (posteriormente trasladada al art. 5 de la Ley 3/2021, con vigencia, de momento, hasta el 28 de febrero de 2022). Se constituye en la legislación de emergencia, así, una excepción a la suspensión de los contratos temporales,

incluidos el formativo, de relevo e interinidad, cuando estén afectados por ERTE según las causas previstas en los arts. 22 y 23 RD-ley 8/2020. En este caso, se suspenderá el cómputo del plazo de la duración de sendos contratos, así como de los períodos de referencia equivalentes al período suspendido. Una vez finalice el ERTE, se reanudará el plazo de duración del contrato temporal.

No obstante, la Dirección General de Trabajo ha precisado que los contratos de obra o servicio determinado y los de interinidad por sustitución se prolongarán, a modo de paréntesis, por el mismo tiempo que vinieran suspendidos, aunque con el límite de lo que dure la obra o servicio determinado y la sustitución con derecho a la reserva del puesto de trabajo, respectivamente (Roqueta, 2021).

5. A MODO DE CONCLUSIONES CRÍTICAS: ¿SE TRATA DE UN MODELO EXTRAPOLABLE LA LEGISLACIÓN SOCIAL DE EMERGENCIA?

El modelo de flexiseguridad neoliberal llevado a cabo en la respuesta a la crisis de 2008, seguido de una política de austeridad, ha sido ineficaz desde el punto de vista de los objetivos de recuperación y creación de empleo. Más bien es cierto que se ha utilizado como pretexto para devaluar el estatuto jurídico protector de la persona trabajadora. En cambio, con la llegada de la COVID-19, las instituciones nacionales y comunitarias han actuado de forma inversa, apostando por el mantenimiento del empleo, dejando al despido como medida de *ultima ratio*, a través de una fuerte política de gasto público, cuyo máximo exponente en el ámbito de la UE son los fondos *NextGenerationEU*.

De este modo, frente a la respuesta político-laboral a la crisis anterior, que se tradujo en la destrucción de 3 millones y medio de puestos de trabajo, la legislación laboral de emergencia a causa de la COVID-19 ha supuesto la cobertura en los primeros meses de la pandemia de entorno a 3,6 millones de personas a través de los ERTE (Cavas, 2021). Modelo que, caracterizado por el permanente diálogo social, se puede calificar de éxito si atendemos a los datos actuales de desempleo, que no solo no han aumentado, sino que han venido disminuyendo en los

últimos meses, hasta situarse por debajo de los niveles preandémicos incluso en diciembre de 2021¹¹¹.

Es hora, por tanto, de instaurar una verdadera flexiseguridad, eso sí, de corte garantista, que no deje al margen los derechos sociales fundamentales (ni individuales ni colectivos), con el fin de crear empleo suficiente y de calidad (Monereo y López, 2015). Todo ello situado en los planteamientos del trabajo decente, defendidos por la Organización Internacional del Trabajo, en la línea de dignificar el trabajo, a través de su especial protección y revalorización, impidiendo la facilitación de su extinción y la “remercantilización” a la que se ha visto sometido en las últimas décadas. Es necesario garantizar un crecimiento económico inclusivo y sostenible para todas las personas, donde se garanticen unas condiciones de trabajo justas, equitativas y satisfactorias, que tengan como eje central la dignidad del trabajador (Monereo, 2019). Postura que, a su vez, se corresponde con los planteamientos de la reestructuración responsable defendidos ya por la Unión Europea, donde se pone el acento en la intervención preventiva y proactiva de todos los agentes implicados (trabajadores, empresario y Estado) para garantizar que la medida más traumática o el despido se sitúe como última opción. Se trata, en definitiva, de un modelo de flexibilidad ofensiva negociada o participativa.

En este sentido, el ERTE y el resto de los incentivos para el fomento de la flexibilidad interna y la penalización del despido en el marco de la COVID-19 deben de ser integrados en la legislación ordinaria, sobre todo utilizando una técnica legislativa que no genere situaciones de incertidumbre o inseguridad jurídica. Se deben de articular mecanismos flexibles pero respetuosos con las garantías jurídico-laborales del trabajador, en la idea de instaurar un esquema propio de la democracia deliberativa y comunicativa en la empresa (Monereo, 1992), específicamente ante los diferentes retos que se plantean no solo desde la evolución cíclica de la economía, sino desde la conocida como Cuarta Revolución Industrial o Industria 4.0 y los problemas anudados al cambio

¹¹¹ Véase, la siguiente nota informativa: <https://prensa.mites.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/4062>

climático. En la misma línea, los Fondos Europeos buscan la consagración de una Europa más ecológica, más digital y más resiliente, y el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales de marzo de 2021 actúa como guía para la recuperación de una economía más preocupada por lo social y por la consecución de un modelo de crecimiento sostenible e integrador (Cairós, 2021).

Para terminar, se podría decir que las medidas de flexibilidad interna desarrolladas durante la pandemia han sido, al menos parcialmente, implantadas en la norma ordinaria a través de la Reforma Laboral de 2021 (Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo). Reforma Laboral que ha sido catalogada como positiva por diversos autores (Mercader y De la Puebla, 2021; Sanguineti, 2022), no solo por ser expresión del acuerdo con los interlocutores sociales, sino por augurar un cambio de ciclo en las políticas de devaluación laboral, que busque reestablecer los equilibrios de poderes en el mundo del trabajo. En lo que aquí respecta, entre otras cuestiones, como las diferentes exoneraciones a la SS, destacan los cambios introducidos en el art. 47 ET para agilizar el procedimiento, introducir una especial referencia a la fuerza mayor por medidas de salud pública o la cláusula de salvaguarda del empleo. Además, también destaca la inclusión del art. 47.bis como un tipo de ERTE denominado Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización, de doble modalidad cíclica y sectorial, que en su modalidad sectorial está destinado a acompañar procesos de recualificación y de transición profesional de las personas trabajadoras (amplio análisis de los cambios introducidos por la Reforma en Beltrán de Heredia, 2022).

6. REFERENCIAS

- Baylos, A.P. (2014). La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral de 2012. En VV.AA., *La flexibilidad interna y los despidos colectivos en el sistema español de relaciones laborales* (pp. 17-42). Huygens.
- Beltrán de Heredia, I. (2014). Reformas laborales y “asiatización” de las condiciones de trabajo: el tránsito (inacabado) hacia el nuevo paradigma de las relaciones laborales. *IUSLabor*, (3), versión digital.

- Beltrán de Heredia, I. (2020, 6 de diciembre). La cláusula de salvaguarda del empleo (DA 6º RD Ley 8/20): guía interpretativa para su aplicación. *Una mirada crítica a las relaciones laborales*.
<https://ignasibeltran.com/2020/12/06/la-clausula-de-salvaguarda-del-empleo-da-6a-rdley-8-20-guia-interpretativa-para-su-aplicacion/>
- Beltrán de Heredia, I. (2022, 3 de enero). Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021): valoraciones críticas sobre el nuevo régimen jurídico de los ERTE (art. 47 ET) y ERTE Mecanismo RED (art. 47.bis ET). *Una mirada crítica a las relaciones laborales*.
<https://ignasibeltran.com/2022/01/03/nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-valoraciones-criticas-sobre-el-nuevo-regimen-juridico-de-los-erte-ex-art-47-et-y-erte-mecanismo-red-art-47-bis-et/>
- Cabero, E. (2021). El VI Acuerdo Social en Defensa del Empleo y la prórroga de los ERTE vinculados a la crisis pandémica (Real Decreto-ley 18/2021). *Trabajo y Derecho*, (83), versión digital.
- Cabeza, J. (2013). La flexibilidad interna y su regulación en España, una reflexión en clave crítica de la Reforma Laboral de 2012. En VV.AA., *Flexibilidad interna e innovación en la empresa* (pp. 331-352). Dykinson.
- Cairós, D.M. (2021). El futuro de Europa y su nuevo “código normativo social”: el Plan de acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales. *Trabajo y Derecho*, (82), 1-14, versión digital.
- Cavas, F. (2020). Los expedientes de regulación temporal de empleo por COVID-19. Una apuesta institucional para la preservación del empleo en tiempos de pandemia. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, (1), 103-145.
- Cavas, F. (2021). Los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTES) como respuesta a la crisis del COVID-19. En F.M. Ferrando (Dir.), *El escudo social frente a la pandemia. Análisis jurídico y propuestas para una legislación social más justa* (pp. 11-38). Bomarzo.
- Fernández, F.J. (2021). Protección por desempleo en tiempos de COVID-19. En F.M. Ferrando (Dir.), *El escudo social frente a la pandemia. Análisis jurídico y propuestas para una legislación social más justa* (pp. 363-387). Bomarzo.
- Ferrando, F.M. (2021). La incidencia de la pandemia en el régimen del despido. En F.M. Ferrando (Dir.), *El escudo social frente a la pandemia. Análisis jurídico y propuestas para una legislación social más justa* (pp. 39-69). Bomarzo.
- Gil, J.L. (2017). Trabajo decente y reformas laborales. *Revista Derecho Social y Empresa*, (7), 1-58.

- Gorelli, J. (2021). Extinciones pandémicas: el despido en la era COVID-19. *Trabajo y Derecho*, (81), versión electrónica.
- Guindo, S. (2020). La suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción —ETOP— tras la irrupción del coronavirus: los expedientes de regulación temporal de empleo —ERTES—. En F. Vila (Dir.) y M. Fernández (Coord.), *La respuesta normativa a la crisis laboral por el COVID-19* (pp. 103-128). Laborum.
- Menéndez, P. (2021). *Facultades extintivas del empresario en la era COVID*. Tirant lo Blanch.
- Mercader, J.R. y De la Puebla, A. (2021, 30 de diciembre). La Reforma Laboral de 2021: elogio de la sensatez. *El Foro de Labos*.
https://www.elforodelabos.es/la-reforma-laboral-de-2021-elogio-de-la-sensatez/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=las-ultimas-newsletter-total-entradas-de-nuestro-blog_5
- Monereo, J.L. (1988). *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*. Universidad de Granada.
- Monereo, J.L. (1992). *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas.
- Monereo, J.L. (2000). El derecho social en el umbral del siglo XXI: la nueva fase del derecho del trabajo. *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, (2), 237-300.
- Monereo, J.L. (2006). *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*. Comares.
- Monereo, J.L. (2012). *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*. Tirant lo Blanch.
- Monereo, J.L. (2015). El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el derecho interno. *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, (130), 311-350.
- Monereo, J.L. (2017). *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*. Bomarzo.
- Monereo, J.L. (2019). *La dignidad del trabajador: dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*. Laborum.
- Monereo, J.L. (2020). Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, (1), 1-83 (versión digital).

- Monereo, J.L. (2021). Refundar el ordenamiento laboral para jurificar plenamente el principio de justicia social y el trabajo decente. *Lex Social. Revista De Derechos Sociales*, 9(1), 220-294.
<https://doi.org/10.46661/lexsocial.3982>
- Monereo, J.L. y Guindo, S. (2020). ¿Se convertirán finalmente los ERTES en despidos colectivos y despidos objetivos por causas empresariales? Expedientes de Regulación Temporal de Empleo y RD-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo. *Jurisprudencia Social*, (215), 23-33.
- Monereo, J.L. y López, B.M. (2015). La garantía internacional del derecho a un “trabajo decente”. *Revista española de Derecho del Trabajo*, (177), 1-31, versión digital.
- Monereo, J.L. y Rodríguez, G. (2020). La protección social en la emergencia. Entre el ensayo, precipitación y búsqueda de soluciones en tiempos de incertidumbre (A propósito de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 y las medidas legales adoptadas). *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, (23), 11-53.
- Rodríguez, J. (2021). El silencio administrativo en los ERTES Covid. *Diario La Ley*, (9823), versión digital.
- Rodríguez, M.L. (2016). *Negociación colectiva, igualdad y democracia*. Comares.
- Rojó, E. (2021). Despido y garantías del mantenimiento del empleo. Régimen normativo e interpretación jurisprudencial. El debate judicial y doctrinal. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, (149), 37-70.
- Roqueta, R. (2021). *Los expedientes de regulación temporal de empleo. Incluye las medidas excepcionales en relación a los ERTES por causas relacionadas con la COVID-19*. Tirant lo Blanch.
- Ruesga, S.M. y Fujii, G. (2004). *El trabajo en un mundo globalizado*. Pirámide.
- Sanguinetti, W. (2022, 5 de enero). La reforma laboral de 2021 y el espíritu de nuestro tiempo. *El Blog de Wilfredo Sanguinetti: un espacio compartido de reflexión laboralista desde las dos orillas*.
<https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2022/01/05/la-reforma-laboral-de-2021-y-el-espiritu-de-nuestro-tiempo/>
- Vila, F. (2017). *La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna en la empresa. Reflexiones tras cinco años de la última Reforma Laboral*. Comares.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN CONTRA LA VIOLENCIA Y ACOSO LABORAL: DESAFÍOS DE LA LEGISLACIÓN MEXICANA

ANGÉLICA MARÍA BURGA CORONEL

Universidad Autónoma de Baja California

LUIS XAVIER GRAVITO TORRES

Universidad Autónoma de Baja California

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito laboral el acoso y hostigamiento sexuales constituyen una violación a los derechos humanos y una amenaza para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha determinado que la violencia y el acoso en el mundo del trabajo son inaceptables e indiscutiblemente incompatibles con el trabajo decente. En sus conclusiones con respecto a la violencia y el acoso, los expertos afirmaron lo siguiente: “Se trata de una cuestión de derechos humanos, y afecta a las relaciones en el lugar de trabajo, al compromiso de los trabajadores, a la salud, a la productividad, a la calidad de los servicios públicos y privados, y a la reputación de las empresas. Tiene repercusiones en la participación en el mercado de trabajo y, en particular, puede impedir que las mujeres se incorporen al mercado de trabajo, especialmente en los sectores y trabajos dominados por los hombres, y permanezcan en el mismo. La violencia puede socavar la toma democrática de decisiones y el Estado de derecho.” (OIT, 2016, anexo I, párrafo I).

En el caso de México, la población laboralmente activa asciende a 55.7 millones de personas, de las cuales el 39% son mujeres que en algún momento han experimentado una atmósfera de violencia en su contra, tanto de manera horizontal como vertical. En este contexto, las estadísticas de las últimas encuestas realizadas hasta el año 2016 muestran que

a nivel nacional el 26.6% de las mujeres que trabajan, o trabajaron alguna vez, han experimentado algún acto violento en el ámbito laboral, principalmente de tipo sexual o discriminatorio, de parte de sus compañeros de trabajo (acoso sexual laboral) con un 35.2%, seguido por los superiores jerárquicos (hostigamiento sexual laboral) con un 19.3%. Respecto al tipo de agresiones, se precisa que el 47.9% es sexual, el 3.7% físico y el 48.9 emocional. En cuanto al lugar donde se produjo la violencia, el 79.1% sucedió en las instalaciones laborales y el 11.5% en un lugar público cerca del trabajo (INEGI, 2017).

En el mismo sentido, el Instituto Nacional de las Mujeres en el informe estadístico “Registro de casos de Hostigamiento sexual y Acoso Sexual en la Administración Pública Federal” (2020, p. 13) reportó 255 denuncias en 57 instituciones. El 92% de las víctimas fueron mujeres, el 7% hombres y el 1% no especificó el sexo. En el 87% de las denuncias registradas las víctimas son mujeres que denunciaron a hombres por actos de hostigamiento sexual y/o de acoso sexual; 2% son mujeres que denuncian a otras mujeres; 5% son hombres que denunciaron a otros hombres y sólo 1% son hombres que denunciaron a mujeres.

Esto no significa que los hombres no sufran conductas de violencia y acoso, sino que las estadísticas muestran que estas conductas son más altas con relación a las mujeres. En este contexto, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (2020, p. 5) indica que el motivo principal para separarse del trabajo es el acoso o falta de respeto, el cual se ha incrementado en un 70% desde el 2005 al 2019; lo que evidencia una atmósfera hostil en el ámbito laboral.

Por ello, el objetivo de este trabajo consiste en abordar la problemática expuesta a través del análisis de la normativa internacional existente para erradicar la violencia y el acoso en el entorno laboral y la normativa mexicana en la materia con la finalidad de determinar los desafíos que enfrenta el sistema jurídico mexicano para lograr erradicar la violencia y el acoso en el mundo laboral.

2. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE VIOLENCIA Y ACOSO EN EL TRABAJO

La OIT ha reconocido desde hace décadas la problemática que existe en el mundo respecto a la violencia y el acoso en el ámbito laboral. A través de los años se han adoptado medidas para tratar de mitigar este problema. Existen convenios y recomendaciones de la OIT que contienen referencias directas sobre algunas formas de violencia y acoso en el trabajo. No obstante, su ámbito de aplicación es limitado, ya que está restringido a grupos específicos como los pueblos indígenas, o a ciertos sectores u ocupaciones como el trabajo doméstico o el trabajo en la economía informal. Cabe mencionar que en el texto de algunos instrumentos se ha abordado la violencia y el acoso respecto a casos específicos, tales como: Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189); Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006 (MLC, 2006); Recomendación sobre el VIH y el sida, 2010 (núm. 200); Recomendación sobre la transición de la economía informal a la economía formal, 2015 (núm. 204); y Comisión de empleo y trabajo decente para la transición a la paz, de la 105.ª reunión (2016).

A partir de todas estas iniciativas normativas aisladas con las que se trató de hacer frente a la problemática referida, finalmente el 21 de junio de 2019 se llevó a cabo la Conferencia Internacional del Trabajo para adoptar la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo, donde se expresó el claro compromiso de promover un mundo laboral libre de violencia y acoso. En esta Conferencia el compromiso se concretó mediante la adopción del Convenio 190 sobre la violencia y el acoso y la Recomendación 206 sobre la violencia y el acoso, documentos que establecen los estándares internacionales específicos sobre esta problemática que aqueja al mundo entero.

A través de estos instrumentos internacionales, la OIT reconoce que la violencia y el acoso en el ambiente laboral constituyen un problema generalizado que afecta a todos los países, ocupaciones y modalidades de trabajo. Se ha incrementado debido a las desigualdades persistentes, los cambios demográficos, los cambios de la organización del trabajo y

la evolución tecnológica. Se manifiesta en diferentes formas y contextos, atenta contra la dignidad de las personas y resulta incompatible con el trabajo decente y la justicia social (OIT, 2019, p. 2).

Gracias al convenio 190 actualmente existe una definición jurídica clara y precisa de los términos violencia y acoso en diferentes manifestaciones que constituye un consenso universal, conforme a lo establecido en el artículo 1:

“a) la expresión “violencia y acoso” en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género, y

b) la expresión “violencia y acoso por razón de género” designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual” (OIT, 2019).

Estas definiciones son precisas y amplias, pues se refieren no sólo a comportamientos individuales, sino a prácticas que engloban actitudes institucionales que pueden llegar a traducirse en violencia y acoso. No se ofrece un listado específico de conductas que sean consideradas como acoso laboral, ya que es preferible tener una cláusula abierta que permita incorporar diversas conductas y situaciones que se originen con el transcurso del tiempo. Además, incluir un listado específico no es necesario debido a que se establecen los parámetros generales dentro de los cuales se deben analizar las diferentes situaciones que se presentan en la realidad. Así, se podrán encuadrar como violencia y acoso cualquier tipo de conductas que tengan como objetivo y que lleguen realmente a causar un daño psicológico, físico, sexual o económico en las víctimas.

Se resalta especialmente la inclusión de la violencia y acoso por razones de género que incluye todas las conductas y prácticas destinadas a causar un daño psicológico, físico, sexual o económico que sean producto

de la desigualdad social existente entre hombres y mujeres, así como todas aquellas que no aceptan otros estilos de vida distintos a los convencionalismos socialmente aceptados en relación con la orientación sexual. Lo cual es congruente con los principios en los que se funda el Convenio para erradicar la discriminación, los estereotipos y prejuicios arraigados en la sociedad.

Asimismo, cabe subrayar que las definiciones presentadas por el Convenio son precisas en cuanto a que las conductas de cualquier índole psicológico, físico, sexual o económico que causen daño no necesitan ser continuas o sistemáticas para ser consideradas como violencia o acoso, ya que se establece taxativamente que basta con que tales conductas se manifiesten una sola vez y causen el objetivo señalado.

Respecto al ámbito de aplicación, este tratado establece protección para los trabajadores en los sectores público y privado, pertenecientes a la economía formal o informal, provenientes de zonas urbanas o rurales y cualquiera sea su situación contractual, tales como: trabajadores asalariados, pasantes, aprendices, trabajadores despedidos, voluntarios, en busca de empleo, postulantes a empleo y las personas que desempeñan funciones o responsabilidades a título del empleador. Se precisa claramente los entornos en los cuales se considera aplicada la violencia y el acoso en el trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 3:

- a. en el lugar de trabajo, inclusive en los espacios públicos y privados cuando son un lugar de trabajo;
- b. en los lugares donde se paga al trabajador, donde éste toma su descanso o donde come, o en los que utiliza instalaciones sanitarias o de aseo y en los vestuarios;
- c. en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo;
- d. en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación;
- e. en el alojamiento proporcionado por el empleador, y
- f. en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo.

Es de suma importancia que la normativa establezca protección en todos los espacios y situaciones en los que los trabajadores se desempeñen, incluidos los avances tecnológicos. En este sentido, se incorporan las manifestaciones de violencia y acoso a través de medios cibernéticos sin tener en cuenta el lugar donde se realicen esas conversaciones, mientras exista un vínculo laboral.

El ámbito de aplicación del Convenio es amplio y permite incluir diversos tipos de manifestación de la violencia y acoso, tales como: violencia y acoso entre compañeros de trabajo (violencia horizontal); violencia y acoso entre supervisores y subordinados (violencia vertical) y violencia y acoso perpetrados por clientes, consumidores, pacientes entre otros (violencia por terceras personas). Estos tipos de violencia y acoso han sido anteriormente analizados por la OIT de la siguiente manera (OIT, 2013):

- “Violencia horizontal: concepto que incorpora la violencia y el acoso perpetrados por una persona que actualmente o en el pasado, directa o indirectamente, trabaja o ha trabajado con la víctima, aunque el autor y la víctima estén en departamentos diferentes. Este tipo de violencia puede ser física, psicológica y/o sexual e incluye el abuso verbal, la intimidación o el acoso moral.
- Violencia vertical: concepto que incluye la violencia y el acoso resultantes de actos que ocurren entre personas de niveles jerárquicos diferentes. El organigrama de la empresa es el elemento decisivo para establecer si el autor es considerado un compañero de trabajo o un superior. Si en el organigrama la víctima está directamente por debajo del autor, el acto se considera violencia y acoso perpetrado por un supervisor.
- Violencia por terceras partes: este tipo de violencia y acoso es realizado por quienes reciben un servicio personalizado y/o están bajo el cuidado de la víctima, a diferencia del público en general que no tiene una relación legítima con el trabajador o el lugar de trabajo. Los ejemplos de clientes incluyen ejemplos de pacientes, estudiantes y pasajeros que tienen interés en la

víctima debido a su trabajo. Este tipo de violencia y acoso puede ir desde la aplicación de la fuerza física hasta el abuso verbal, tanto dentro como fuera del lugar de trabajo.

En cuanto a las obligaciones concretas para los Estados, el Convenio y la Recomendación 206, como valioso documento que ayuda a la mejor interpretación del Convenio, establecen:

- Asegurar entornos laborales libres de violencia y acoso.
- Desarrollar políticas integrales para prevenir y combatir la violencia y el acoso.
- Integrar a la legislación nacional las definiciones de acoso y violencia en el trabajo, incluidas la violencia y el acoso por razón de género.
- Determinar los procedimientos para la presentación de quejas e investigación, mecanismos de solución y reparación en el lugar de trabajo y externos a dicho entorno.
- Implementar un sistema de inspecciones de trabajo por organismos del Estado facultados para dictar medidas inmediatas o la interrupción de la actividad laboral en casos de peligro inminente para la vida, salud, integridad o seguridad de los trabajadores.
- Determinar medidas de protección de los querellantes, las víctimas, los testigos y los informantes.
- Establecer como obligación de los empleadores: informar y capacitar sobre los peligros y riesgos de violencia y acoso, medidas de prevención y protección, derechos y responsabilidades de los trabajadores y otras personas conforme a la ley nacional.

Estos instrumentos internacionales crean un sistema de derecho laboral basado en eliminar todo tipo de discriminación para lograr un ambiente laboral inclusivo e integrador que garantice la igualdad, destierre los

estereotipos sociales e incluya a trabajadores pertenecientes a grupos vulnerables, tales como: mujeres, menores de edad, migrantes.

En concreto, los Estados deben crear un sistema normativo inclusivo con perspectiva de género que prohíba la violencia y el acoso, tipifique estas conductas como delitos, prevea sanciones, vele por que las víctimas tengan acceso a vías de recurso, reparación, medidas de apoyo para superar los daños sufridos; garantizar el derecho del trabajador a alejarse o permanecer en su lugar de trabajo sin represalias de ningún tipo. Lo importante de este sistema es que se garantice al trabajador su libertad de elegir lo que quiere hacer en su proyecto de vida laboral.

3. MARCO JURÍDICO MEXICANO

En esta parte se hará un breve análisis de la normativa mexicana que contribuye a eliminar la violencia y el acoso en el mundo laboral. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), el artículo 123 establece que “toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley”, en este sentido la Constitución reafirma que las relaciones laborales deben garantizar el derecho a la dignidad de la persona y todo lo que ello implica. A continuación, se hace referencia a la normativa específica relacionada a proteger al trabajador de conductas de violencia y acoso.

3.1. LEY FEDERAL DEL TRABAJO

El artículo 2 de la Ley Federal del Trabajo (LFT) (Congreso de la Unión, 1969) protege el trabajo digno o decente con respeto pleno de la dignidad humana del trabajador libre de discriminación. Asimismo, dispone que se garantiza los derechos colectivos de los trabajadores, tales como la libertad de asociación, autonomía, el derecho de huelga y de contratación colectiva. Se tutela la igualdad sustantiva o de hecho de los trabajadores frente al patrón. Esta igualdad se logra eliminando la discriminación contra las mujeres que menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos humanos en el ámbito laboral.

Supone el acceso a las mismas oportunidades, considerando las diferencias biológicas, sociales y culturales de mujeres y hombres.

El artículo 3º establece el derecho al trabajo como un deber social garantizado sin discriminación por motivo de origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otro que atente contra la dignidad humana. Así, el sistema laboral mexicano reafirma este derecho en condiciones que aseguren la vida digna y la salud para los trabajadores en un ambiente laboral libre de violencia.

En cuanto al hostigamiento y el acoso laboral, la LFT en el artículo 30. Bis los define como: “el ejercicio del poder en una relación de subordinación real de la víctima frente al agresor en el ámbito laboral, que se expresa en conductas verbales, físicas o ambas”. El acoso sexual se define como: “una forma de violencia en la que, si bien no existe la subordinación, hay un ejercicio abusivo del poder que conlleva a un estado de indefensión y de riesgo para la víctima, independientemente de que se realice en uno o varios eventos”.

En este sentido, se prohíben expresamente estas conductas, declarándolas manifestaciones de violencia. No obstante, estas definiciones son insuficientes, ya que, por una parte, se regula el acoso únicamente cuando se ejerce por el superior jerárquico, se deja de lado el acoso de un subordinado y el producido entre compañeros. Además, omite precisar los efectos y, especialmente, que la conducta puede configurarse en un solo acto. Dicha omisión puede implicar una interpretación arbitraria, cuya consecuencia dejaría desprotegida a la víctima. Por otro lado, respecto al acoso sexual, si bien no se supedita la conducta solamente a la relación de subordinación, tampoco se incluye en su definición el carácter sexual de la conducta, por lo que, puede surgir la confusión respecto a si la víctima se encuentra en dicho supuesto.

En cuanto a los medios de defensa contra el hostigamiento y acoso laboral, los artículos 47, fracción VIII y 51, fracción II, de la LFT establecen como medida contra del hostigamiento y/o acoso sexual la rescisión de la relación laboral, sin responsabilidad para el patrón, cuando

el trabajador comete estos actos y sin responsabilidad para el trabajador, cuando el patrón, sus familiares o cualquiera de sus representantes incurren en esas prácticas. No obstante, se omite considerar que la víctima no quiera rescindir la relación laboral sin responsabilidad, aunque eso implique que le paguen las prestaciones de ley, puesto que, lo lógico, sobre todo en estos tiempos de crisis económica, es que la víctima quiera conservar su trabajo, sin que ello signifique que deba tolerar estas conductas en detrimento de sus derechos.

Del mismo modo, se omite considerar el hecho de que, en la práctica, rescindir el contrato laboral por acoso, resulta más difícil de lo que se cree, debido a que muchas veces es complicado acreditarlo, recabar pruebas por falta de protocolos o lineamientos para estudiar en específico estos casos; por lo que, tanto el trabajador como el empleador corren el riesgo de salir perdedores. Esto puede ocasionar que no se inicie el procedimiento correspondiente, precisamente por la ambigüedad de la regulación contenida en la ley, lo que tiene como efecto la desprotección de la víctima. Además, la rescisión del contrato laboral no debería ser la única medida, pues se debe dejar a la víctima la libertad de continuar la relación laboral, y al mismo tiempo implementarse otras medidas, como el cambio de horario, de lugar o área de trabajo para que la víctima pueda continuar laborando de forma segura, independientemente de las acciones legales que desee realizar.

En los artículos 133, fracción XIII y 135, fracción XI de la LFT se prohíbe a los patrones tolerar o permitir actos de hostigamiento y/o acoso sexual y a los trabajadores realizarlos. En el mismo sentido, el artículo 992 establece que las violaciones a las normas de trabajo cometidas por los patrones, directivos sindicales o por los trabajadores, se sancionan de conformidad con las disposiciones del título de responsabilidades y sanciones. Por lo que, el artículo 994, fracción VI impone la sanción de 250 a 5000 veces el salario mínimo general, al patrón que cometa, facilite o tolere actos de hostigamiento y acoso sexual.

A su vez, el artículo 1003 dispone que los trabajadores, los patrones y los sindicatos, federaciones y confederaciones, de unos y otros, denuncien ante las autoridades del trabajo las violaciones a las normas correspondientes. Además, el artículo 685 Ter, fracción I dispensa, en estos

casos, el agotamiento de la instancia de conciliación, por lo que, en caso de superarse el problema de la conceptualización o delimitación de las conductas, se tiene el derecho a iniciar el procedimiento judicial respectivo. No obstante, el procedimiento no prevé medidas cautelares para frenar el acoso o medidas de reparación, ni remite a un protocolo de actuación específico para estos casos, lo que podría inclusive resultar contraproducente para la víctima, ya que al denunciar este tipo de conducta podría exponerla a que su acosador incremente el actuar antijurídico.

Esta omisión en el procedimiento ha sido cubierta de alguna forma por la reforma laboral del 1 de mayo de 2019, a través de la cual se incorpora la fracción XXXI del artículo 132, para incluir la siguiente obligación patronal: “Implementar, en acuerdo con los trabajadores, un protocolo para prevenir la discriminación por razones de género y atención de casos de violencia y acoso u hostigamiento sexual, así como erradicar el trabajo forzoso e infantil”. Así, se establece la obligación de los centros de trabajo de contar con protocolos para temas diversos, tales como la atención de casos de violencia y acoso y hostigamiento sexual. En este contexto, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social desarrolló un Modelo de Protocolo para la prevención, atención y erradicación de la violencia laboral para los casos de acoso laboral y acoso u hostigamiento sexual en los centros de trabajo.

En el Modelo de Protocolo (Secretaría del Trabajo y Previsión Social, 2020) se establece como actores estratégicos la designación de una Persona Consejera en los centros de trabajo con menos de 15 trabajadores, y de un Comité de Atención y Seguimiento para los centros con más de 15 trabajadores a fin de que brinden atención de primer contacto y asesoría a la presunta víctima.

El Protocolo establece como funciones de la Persona Consejera las siguientes:

- a. Dar atención de primer contacto y asesoría a la presunta víctima sobre vías, instancias y mecanismos para la atención de casos de violencia laboral.
- b. Recibir la queja de cualquier persona trabajadora que le presente el caso.
- c. Realizar las acciones que se le indiquen en el procedimiento señalado en el punto 3.8.2, opción A del Protocolo.
- d. Orientar y proporcionar información sobre conductas de acoso laboral, hostigamiento y acoso sexual.
- e. Apoyar en el acompañamiento para la atención del caso de violencia laboral, cuando la presunta víctima así lo solicite.
- f. En caso de que se identifique un posible conflicto de interés por parte de alguna Persona Consejera, se deberá comunicar a la otra Persona Consejera o bien al Comité de Atención y Seguimiento, dependiendo del caso que aplique.
- g. Informar sobre el caso ya sea a la segunda Persona Consejera o al Comité de Atención y Seguimiento, para su análisis y se implementen medidas de protección con base en lo establecido en el Protocolo, en un plazo no mayor a 5 días hábiles.
- h. Dar seguimiento al caso de violencia, al interior del centro de trabajo y al exterior en caso de que la presunta víctima haya solicitado el acompañamiento en otras instancias y la Persona Consejera esté de acuerdo con desempeñar dichas tareas.
- i. Atender los exhortos o llamados de apoyo por parte del Comité de Atención y Seguimiento.

Para el Comité de Atención y Seguimiento se señalan las siguientes funciones:

- Emitir y adoptar el protocolo para la prevención, atención y sanción de casos de violencia laboral que incluya acoso laboral, acoso y hostigamiento sexual.
- Determinar el plan de trabajo para la sensibilización y capacitación de los integrantes del comité y del personal del centro de trabajo.

- Conocer y dar atención a las quejas presentadas sobre casos de violencia laboral.
- Analizar los casos de violencia laboral y determinar medidas de protección si es necesario.
- Difundir sobre la vía y procedimiento de atención de casos de violencia laboral y el papel del Comité de Atención y Seguimiento.
- Actuar de conformidad con los principios rectores del Protocolo.

La secretaría de Trabajo señala que, para garantizar la seriedad y la eficacia del protocolo, las resoluciones y medidas aplicadas deben ser de obligatorio cumplimiento para el centro de trabajo. Cabe resaltar que el Protocolo establece que, en los casos de violencia en materia laboral, incluido el acoso laboral, el hostigamiento sexual y el acoso sexual, tanto la Persona Consejera o el Comité de Atención y Seguimiento, según corresponda, deberá comunicar a la presunta víctima la existencia de distintas vías para la solución del caso, tales como:

- a. Centro de Trabajo, a través de la misma Persona Consejera y/o Comité de Atención y Seguimiento.
- b. PROFEDET.
- c. Centros de Conciliación.
- d. Juzgados Laborales.

Del mismo modo, es importante que la presunta víctima tenga claro que, si decide seguir el procedimiento enunciado en el Protocolo, esto no limita su derecho a iniciar procesos por otras vías jurisdiccionales como la laboral, civil o penal según corresponda.

Respecto a las medidas de protección para la víctima que se pueden aplicar en estos casos, el Protocolo sugiere:

- a. Acciones de sensibilización a un área en particular.
- b. Reubicación física o cambio de área de la presunta víctima o de la presunta persona agresora.
- c. Cambio de horario de cualquiera de las personas involucradas, con la finalidad de brindar seguridad y confianza en el ambiente.
- d. Autorización para realizar funciones fuera del centro de trabajo.
- e. En caso de considerarse necesario, licencia con goce de sueldo mientras la denuncia esté en investigación.
- f. Otras medidas que a consideración del Comité coadyuven para la protección de la presunta víctima y del ambiente laboral.

En cuanto al agresor, el Protocolo sugiere las siguientes medidas para la modificación de conducta que pueden ser aplicadas de manera aislada o conjunta, en atención a los hechos sucedidos:

- a. Cursos y talleres de sensibilización y concientización sobre la igualdad de género y violencia laboral para la persona agresora.
- b. Acciones de sensibilización al área afectada por las conductas de violencia laboral.
- c. Reubicación física o cambio de área de la víctima o persona agresora, según se considere conveniente.

Como se puede apreciar la implementación de este Protocolo en los centros laborales sería de mucha ayuda para manejar los casos de violencia y acoso laboral, incluido el acoso sexual. Aunque México aún no ha ratificado el Convenio 190, se incorporan diversas medidas de protección consagradas en dicho instrumento, tales como asesorar a la víctima para iniciar cualquier tipo de procedimiento judicial en la vía correspondiente según los hechos sucedidos. Además, el procedimiento está diseñado para escuchar a la víctima, protegerla de cualquier represalia y también incluye la capacitación y sensibilización como medidas para el agresor; por lo que, en este sentido, con el Protocolo se ha dado

un paso importante para erradicar la violencia y el acoso en el ambiente laboral.

3.2. LEY GENERAL DE ACCESO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA

En la Ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia (LGAMLV) (Congreso de la Unión, 2007) se regula la violencia laboral y docente. En el artículo 10 se define esta violencia como la que “Se ejerce por las personas que tienen un vínculo laboral, docente o análogo con la víctima independientemente de la relación jerárquica, consistente en un acto o una omisión en abuso de poder que daña la autoestima, salud, integridad, libertad y seguridad de la víctima, e impide su desarrollo y atenta contra la igualdad. Puede consistir en un solo evento dañino o en una serie de eventos cuya suma produce el daño. También incluye el acoso o el hostigamiento sexual”. En el artículo 11 se precisan como acciones o conductas que constituyen la violencia laboral: “la negativa ilegal a contratar a la víctima o a respetar su permanencia o condiciones generales de trabajo; la descalificación del trabajo realizado, las amenazas, la intimidación, las humillaciones, las conductas referidas en la Ley Federal del Trabajo, la explotación, el impedimento a las mujeres de llevar a cabo el período de lactancia previsto en la ley y todo tipo de discriminación por condición de género”. En el artículo 13 se define al hostigamiento sexual como: “el ejercicio del poder, en una relación de subordinación real de la víctima frente al agresor en los ámbitos laboral y/o escolar”, señalando que se expresa con conductas verbales, físicas o ambas, relacionadas con la sexualidad de connotación lasciva; por su parte, conceptualiza al acoso sexual como “una forma de violencia en la que, si bien no existe la subordinación, hay un ejercicio abusivo de poder que conlleva a un estado de indefensión y de riesgo para la víctima, independientemente de que se realice en uno o varios eventos”.

Si bien es cierto que la LGAMVLV tiene como objetivo principal prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, no obstante, consagra una definición de violencia y acoso laboral conforme a los

estándares internacionales en materia laboral con elementos generales para prevenir la discriminación por razones de género.

3.3. REGLAMENTO FEDERAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

En los artículos 3, fracciones XVII y XXXV, artículo 43, fracción II y artículo 55, fracción I de este Reglamento se define a los riesgos psicosociales como aquellos que pueden provocar daños en la salud. Asimismo, define a la violencia laboral como actos de hostigamiento, acoso o malos tratos en contra del trabajador que pueden dañar su integridad o salud. En relación con los factores de riesgo psicosocial del centro de trabajo establece que los patrones identifiquen a los trabajadores que sufrieron acontecimientos traumáticos severos o actos de violencia laboral para valorarlos clínicamente, haciendo hincapié en la obligación del patrón de llevar a cabo acciones para promover un entorno organizacional favorable y prevenir la violencia laboral. Esta normativa contribuye a reforzar lo dispuesto en las leyes antes mencionadas (Congreso de la Unión, 2014).

3.4. CÓDIGO PENAL FEDERAL

El hostigamiento sexual está sancionado según lo tipificado en el artículo 259 bis del Código Penal Federal (Congreso de la Unión, 1931): “Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domesticas o cualquiera otra que implique subordinación, se le impondrá sanción hasta de cuarenta días multa. Si el hostigador fuese servidor público y utilizase los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, se le destituirá de su cargo. Solamente será punible el hostigamiento sexual, cuando se cause un perjuicio o daño. Solo se procederá contra el hostigador, a petición de la parte ofendida”.

Como se puede observar este delito se persigue solamente por querrela de la parte interesada. Asimismo, para que se configure el tipo penal se configure que los actos sean reiterados. En este sentido, el artículo 10 de la LGAMLV es mucho más completo en la descripción de este tipo penal, pues regula la conducta de forma que se considere hostigamiento

sexual no sólo a los actos de un superior jerárquico, sino también a los actos que se den entre compañeros de trabajo o terceros dentro de una relación laboral y que causen daño a la autoestima, salud, integridad, libertad y seguridad de la víctima; impidan su desarrollo y atenten contra la igualdad. Lo más importante es que tales actos se consideran realizados ya sea que se produzcan en un solo evento dañino o en una serie de eventos cuya suma produce el daño.

En este contexto, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH, 2019, p. 22) ha determinado que la Federación no tipifica el acoso sexual, que solamente 24 entidades federativas han tipificado este delito, y, dentro de estas, nueve establecen el uso de medios electrónicos para la configuración del tipo penal. Además, ha destacado que en ocho entidades federativas se prevé tanto la destitución como la inhabilitación del servidor público que realice el tipo penal. En cuanto al delito de abuso sexual, refiere que 28 entidades federativas y la Federación lo han tipificado en su normativa penal. Respecto a las penas previstas para dicho delito, la mínima la establece el Estado de Hidalgo con tan sólo tres meses y la máxima es de 7 años, regulada en el Estado de Coahuila.

En este contexto, la Comisión ha expresado su preocupación debido a que en cuatro entidades federativas (Baja California; Puebla; Sonora y Tamaulipas) y en la Federación se establece la punibilidad del delito solamente cuando se cause un daño o perjuicio a la víctima (CNDH, 2019, pp. 50 -53). Por lo que, se observa que en materia penal hay una tarea legislativa pendiente para el Estado mexicano a fin de incorporar el delito de acoso sexual en las normas penales internas, incluyendo que este delito se puede configurar también en el ámbito laboral.

3.5. CRITERIOS INTERPRETATIVOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), al resolver el juicio de amparo directo 47/20134 (CSJN, 2014, pp. 26, 27), estableció como elementos necesarios para considerar la existencia de *mobbing* laboral, los siguientes:

- El acoso laboral tiene como objetivo intimidar u opacar o aplastar o amedrentar o consumir emocional o intelectualmente a la víctima, con miras a excluirla de la organización o a satisfacer la necesidad de agredir o controlar o destruir, que suele presentar el hostigador.
- En cuanto a su tipología, ésta se presenta en tres niveles, según quién adopte el papel de sujeto activo; así, se tiene que hay *mobbing*: a) Horizontal. Cuando la agresividad o el hostigamiento laboral se realiza entre compañeros del ambiente del trabajo, es decir, activo y pasivo ocupan un nivel similar en la jerarquía ocupacional. b) Vertical descendente. Sucede cuando la agresividad o el hostigamiento laboral se realiza entre quienes ocupan puestos de jerarquía o superioridad respecto de la víctima. c) Vertical ascendente. Ocurre con menor frecuencia y se refiere al hostigamiento laboral que se realiza entre quienes ocupan puestos subalternos respecto del jefe victimizado.
- Se presenta de manera sistémica, es decir, a partir de una serie de actos o comportamientos hostiles hacia uno de los integrantes de la relación laboral, de manera que un acto aislado no puede constituir *mobbing*, ante la falta de continuidad en la agresión en contra de algún empleado o del jefe mismo.
- La dinámica en la conducta hostil varía, pues puede llevarse a cabo mediante la exclusión total en la realización de cualquier labor asignada a la víctima, las agresiones verbales contra su persona, hasta una excesiva carga en los trabajos que ha de desempeñar, todo con el fin de mermar la autoestima, salud, integridad, libertad o seguridad de la persona que recibe el hostigamiento.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera e incorpora de forma interpretativa diversos estándares internacionales que pueden ayudar a integrar la definición y tipos de conducta que se consideran violencia y acoso laboral para complementar el vacío que la definición de hostigamiento y acoso laboral de la LFT deja abierto a la

exclusión de diversas conductas en las que no existe una relación de subordinación. Lo único criticable a esta interpretación radica en que la Corte exige que la conducta hostil se realice de manera sistémica dentro de la relación laboral, por lo que, descarta los actos aislados en la configuración de la violencia y el acoso laboral, contradiciendo los estándares internacionales en la materia, que consideran que tanto la violencia como el acoso laboral, incluido el acoso sexual se configuran, independientemente de que se manifiesten una sola vez o de manera repetida.

4. CONCLUSIONES

En este apartado se indican las conclusiones respecto a los desafíos que implican las reformas que se deberían realizar en la legislación mexicana a fin de integrar los estándares internacionales para proteger el derecho de las personas a un entorno laboral libre de violencia y acoso.

Como es de público conocimiento, la CPEUM señala en su artículo 1º, se dispone que “todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”. En este sentido, se observa que existe el marco constitucional que proclama la protección de la persona en todos los niveles, por lo que, México debería ratificar el Convenio 190 y realizar las modificaciones necesarias en su legislación interna a fin de brindar protección efectiva para lograr un mundo laboral sin violencia ni acoso de ningún tipo

En cuanto a las modificaciones legislativas que se tendrían que realizar en el derecho laboral mexicano, se sugiere que la LFT incluya los tipos de violencia horizontal y de parte de terceras personas, pues en la actualidad regula solamente la violencia y acoso laboral de forma vertical. Para lograr la coherencia del sistema interno de protección es necesario que la LFT recoja las definiciones del Convenio 190 e incorpore además las conductas o formas de ejercer violencia y acoso. Al respecto, podría guiarse de las disposiciones que contiene la Ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia a fin de incorporar la

perspectiva de género y la diversidad de conductas que contempla, así como la precisión de que tales conductas de violencia, acoso laboral y acoso sexual se configuran, ya sea que sucedan en un solo acto o en repetidas ocasiones.

Es necesario que la legislación implemente otras medidas de reparación para las víctimas de las conductas de violencia, acoso laboral y acoso sexual que no se centren solamente en la rescisión de la relación laboral, ya que se debe permitir a la víctima ejercer su derecho a elegir si quiere continuar la relación laboral, por lo que, se debe regular que se apliquen medidas que protejan a la víctima de su agresor y que le permitan continuar laborando de forma segura si así lo desea.

El Estado debe exigir que tanto a nivel público como privado se implemente el Modelo de Protocolo de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social a fin de que los centros laborales cuenten con un procedimiento de acompañamiento a las presuntas víctimas de violencia, acoso laboral y acoso sexual, así como programas de sensibilización en todos los niveles y se puedan implementar medidas de protección a las víctimas.

Cabe destacar que es de suma importancia que la víctima que sufre acoso laboral de cualquier tipo al iniciar el procedimiento, que establece el Modelo de Protocolo, sea claramente asesorada respecto a las diversas opciones que tiene para proteger sus derechos. Se le debe hacer saber de forma precisa que puede seguir el procedimiento del Protocolo, pero a la vez, puede iniciar otras vías legales, tales como, por ejemplo: si pretende la rescisión del contrato por causas imputables al empleador por razones de acoso, puede realizar el reclamo en la vía laboral. Si, por otro lado, manifiesta que la agresión sufrida se considera como delito, tendrá que acudir a la vía penal para lograr que el Estado investigue la responsabilidad en la que incurrió el agresor o agresores. Si la pretensión de la víctima es que se sancione a quien incurrió en esta conducta (en caso de servidores públicos), podrá iniciar la vía administrativa. Por último, si su intención es demandar una indemnización por los daños sufridos por esa conducta deberá acudir a la vía civil. Por lo que, en principio, se debe acompañar y asesorar a la víctima para que tenga en claro la opción que más le conviene realizar de acuerdo con los hechos y para que conozca la normativa sustantiva y procesal, así como la vía judicial aplicable a su caso específico.

Para reforzar la protección existente, se debe incorporar en la normativa laboral que las inspecciones de trabajo se realicen por cuestiones de violencia y acoso laboral, a fin de verificar que los empleadores, tanto del sector público como privado, hayan implementado el procedimiento, medidas de prevención y de sanción que se indican en la normativa aplicable y especialmente en el Modelo de Protocolo, y todas aquellas que en el futuro puedan darse si se hacen las reformas a la normativa laboral. Asimismo, este tipo de inspecciones laborales ayudarían mucho a que se tenga estadísticas actualizadas sobre esta problemática para implementar medidas más eficaces que garanticen un entorno laboral libre de violencia.

Respecto al acoso sexual en el ámbito laboral, es necesario subrayar que el Estado mexicano debe reformar la definición de la LFT, incluyendo el componente sexual de la conducta y precisando que sobre este tipo de acoso no se debe promover ningún tipo de conciliación entre la víctima y su agresor. La norma debe establecer que se tomen medidas inmediatas a fin de proteger a la víctima de su agresor en el entorno laboral. Además, en materia penal el Estado mexicano tiene una tarea legislativa pendiente de asegurarse que todos los Códigos Penales de las entidades federativas, así como el de la Federación tipifiquen el delito de acoso sexual, incluyendo que este delito se puede configurar también en el ámbito laboral, en uno o varios actos, sin supeditar el ejercicio de la conducta a una relación de jerarquía, ya que como se ha dicho anteriormente, esta conducta se puede dar entre compañeros de trabajo o en entre terceros que se relacionen con los trabajadores en el marco de la relación laboral, como proveedores, clientes, pacientes, estudiantes, entre otros.

En concreto, es indispensable que el Estado cuente con información completa y confiable sobre el acoso laboral, incluido el acoso sexual, ya que esto contribuirá a fortalecer el diagnóstico sobre esta problemática para diseñar estrategias de prevención, atención, investigación y, en su caso, sanción de las conductas que constituyen acoso laboral y acoso sexual aplicables a nivel público y privado con el objetivo de lograr un ambiente laboral libre de violencia.

5. REFERENCIAS

- Comisión Nacional de Derechos Humanos (2019). *Diagnóstico de hostigamiento sexual y acoso sexual en la administración pública federal 2015-2018*. <https://igualdaddegenero.cndh.org.mx/Content/doc/Publicaciones/Diagnostico-Hostigamiento-Acoso-Sexual-APF.pdf>
- Congreso de la Unión (1931). *Código Penal Federal*. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPF.pdf>
- Congreso de la Unión. (1969). *Ley Federal del Trabajo*. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/156203/1044_Ley_Federal_del_Trabajo.pdf
- Congreso de la Unión. (2007). *Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGAMVLV_130420.pdf
- Congreso de la Unión (2014). *Reglamento Federal de Seguridad y Salud en el Trabajo*. <https://www.gob.mx/indesol/documentos/reglamento-federal-de-seguridad-y-salud-en-el-trabajo>
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2017). *Encuesta nacional sobre la dinámica de las relaciones en los hogares (ENDIREH 2016)*. <https://www.inegi.org.mx/programas/endireh/2016/>
- Organización Internacional del Trabajo (2013). *Work-related violence and its integration into existing surveys, documento de sala 7, distribuido en la 19.ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo, Ginebra, 2 a 11 de octubre de 2013*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—dgreports/—stat/documents/meetingdocument/wcms_222231.pdf
- Organización Internacional del Trabajo (2016). *Documento de base para el debate de la Reunión de expertos sobre la violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—dgreports/—gender/documents/meetingdocument/wcms_524929.pdf
- Organización Internacional del Trabajo (2019). *Eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. El Convenio 190, la Recomendación 206 y la Resolución que los acompaña*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—dgreports/—dcomm/—publ/documents/meetingdocument/wcms_721395.pdf
- Secretaría del Trabajo y Previsión Social (2020). *Modelo de Protocolo para prevenir, atender y erradicar la violencia laboral en los centros de trabajo*. <https://www.gob.mx/stps/documentos/modelo-de-protocolo-para-prevenir-atender-y-erradicar-la-violencia-laboral-en-los-centros-de-trabajo>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2014). *Amparo Directo 47/2013 interpuesto por una trabajadora a la Junta Local de Conciliación y Arbitraje del Valle de Toluca, Estado de México*. <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=158005>

LOS NUEVOS DESAFÍOS DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DATOS PERSONALES EN LAS RELACIONES LABORALES PARA HACER FRENTE AL COVID-19 EN EL LUGAR DE TRABAJO

ESTEFANÍA GONZÁLEZ COBALEDA
Universidad de Jaén (España)

1. INTRODUCCIÓN

La pandemia ocasionada por el agente biológico, COVID-19, ha puesto de relieve las virtudes y carencias acerca de diferentes aspectos sobre los modelos organizativos y productivos que se venían implantando en nuestro mercado de trabajo con carácter general, así como de la protección de datos personales en el ámbito laboral, en particular.

La vigilancia masiva desde todas las esferas (social, económica y laboral) y el tratamiento permanente de los datos personales, ha llevado a que la prevención de riesgos laborales se conforme como un instrumento de salud pública. A este respecto, en un principio la gestión de los datos personales se entendía circunscrito al ámbito de la salud pública, no obstante, dada la envergadura y omnipresencia del riesgo a contagio por la COVID-19 y su presencia de forma potencial en los centros de trabajo, se ha reclamado la colaboración del ámbito de la empresa donde la vigilancia de la salud laboral ha quedado supeditada a un interés “superior”, es decir, a la salud pública.

En este contexto, el art. 14.2 LPRL que dispone la obligación empresarial general de “garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo”, se ha visto desbordado por la pandemia derivada del coronavirus por la posibilidad de exposición y terreno de contagio en el lugar de trabajo. De manera que surge desde esta dimensión la cuestión del tratamiento de los datos personales para salvaguardar la salud de la población laboral y de terceros, así como la recogida y tratamiento de datos de manera

masiva donde las innovaciones tecnológicas han tenido una especial consideración para ello, aportando enormes ventajas desde el punto de tratamiento masivo de datos con una elevada fiabilidad en la identificación y uso a bajo coste. Sin embargo, al mismo tiempo, no está exento de inconvenientes y riesgos en su gestión y a la luz del derecho a la protección de los datos personales.

En consecuencia, como podremos determinar, se trataría de llamar la atención sobre un ámbito crítico del modo de organizar la utilización de las tecnologías en las organizaciones empresariales acerca del tratamiento de los datos personales, pues el riesgo de contagio no puede suponer un sacrificio desproporcionado sobre las libertades públicas y en el conjunto de derechos fundamentales, para someterlo a revisión desde una perspectiva práctica en protección de datos y la gestión pandémica.

2. LA PROTECCIÓN DE DATOS COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL AUTÓNOMO: CUESTIONES PERENNES Y NUEVOS RETOS DERIVADOS DE LA COVID-19

El constante avance de las innovaciones tecnológicas ha originado nuevos usos y necesidades de aplicación de los datos personales incrementándose así las ventajas, también los riesgos sobre el uso indebido de bienes que pertenecen a la esfera más estricta de la persona como son los datos personales. Al mismo tiempo, el escenario que se ha derivado de la COVID-19, desde luego, presenta un reto sobre esta cuestión que no debe subestimarse. Al contrario, son diversas las consecuencias prácticas que la pandemia ha hecho reavivar acerca de la protección de datos, incluso podemos probar que se presentan en el entorno de trabajo con más intensidad, como tendremos oportunidad de analizar.

Conviene insistir en el carácter fundamental del derecho a la protección de datos de título personal (art. 8.1 CDFUE y art. 16.1 TFUE). Por otro lado, el reconocimiento a la legitimidad del tratamiento de datos personales, tal y como lo recoge el Reglamento 2016/679, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en lo sucesivo, RGPD) conformándose como la norma europea de referencia en la materia, siendo de aplicación directa e inmediata en el ordenamiento de todo Estado miembro al tratarse de un Reglamento.

Actualmente, en España su ordenación se ha llevado a cabo con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD) sin incluir novedades relevantes respecto al RGPD (Rodríguez Escanciano, 2019, p.25).

En efecto, la protección de datos es un bien jurídico protegido y articulando con limitaciones sobre el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal (ex art. 18.4 CE), siendo un derecho con contenido propio y diferenciado. De modo que, no solo se limitan a datos íntimos o de la vida privada de la persona sino, también, aquellos datos personales que identifiquen o permitan identificarla y que pueden ser accesibles por cualquier persona (STC 292/2000, de 30 de noviembre). Así, se faculta a la propia persona para disponer sobre cuáles son los datos personales que quiere proporcionar a un tercero, particular o Estado, cuáles son los datos, informáticos o no, que puede recabar una tercera persona, además de quién posee dichos datos y cuál es la finalidad de su obtención. En cualquier caso, la noción de dato personal integra todo tipo de ámbitos, por consiguiente, incluyéndose aquella información sobre la persona trabajadora a partir de la relación laboral [Asunto Lindqvist, de 6 de noviembre de 2003 (C-101/01)].

En este sentido, en el ámbito del trabajo el tratamiento de datos acerca de las personas trabajadoras, son ampliamente utilizados en las diferentes fases de la relación laboral abarcando una diversidad de información. De hecho, cabe distinguir, por un lado, aquella información de carácter ordinaria o “común” pudiendo ser objetiva o subjetiva y que nos hace identificables (nombre y apellidos, dirección postal, DNI, número de cuenta bancaria, etc.). De otro, aquellos de carácter especial o “datos especialmente protegidos” (considerando 51 del RGPD), como analizaremos, siendo particularmente sensibles en relación con los derechos y las libertades fundamentales, por consiguiente, teniendo una protección reforzada (Molina Navarrete, 2021, p. 115).

En cuanto a los datos de carácter especial, son aquellos que se encuentran relacionados con la ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico de una persona. No obstante, se trata de un listado no exhaustivo pudiéndose ampliar a razón de la propia sociedad y de la evolución de la tecnología, de hecho, se han contemplado aquellos datos genéticos y biométricos (De Nieves Nieto, 2020, p. 306). Precisamente, en caso de que estos trascendieran

de manera indebida, perturbaría la esfera más íntima de la persona, a las libertades públicas y al conjunto de derechos fundamentales.

A este respecto, el tratamiento de esta categoría de datos especiales se encuentra limitado por el propio art. 9.1 LOPDGDD [art. 9.2.a) RGPD]. Ahora bien, dicha limitación no es absoluta, sino que se prevén excepciones. En efecto, cuando sea imprescindible el tratamiento de estos datos en beneficio de interés general para la sociedad, siendo el caso de la actual situación de la lucha contra la COVID-19, por habilitación legal, sí podrán utilizarse con la finalidad de gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, pública y privada.

En este sentido, aunque se requiera de dicha habilitación con el objeto de ser más garantista, son varias las excepciones a la prohibición de su uso (art. 9.2 RGPD). A modo de síntesis, algunas de ellas y directamente relacionadas con el ámbito laboral son:

TABLA 1. Excepciones a la prohibición del uso de datos especiales.

Art. 9.2 a) RGPD	El interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados.
Art. 9.2 b) RGPD	El tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social.
Art. 9.2 g) RGPD	El tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado.
Art. 9.2 h) RGPD	El tratamiento es necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social.
Art. 9.2 i) RGPD	El tratamiento es necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades del interesado, en particular el secreto profesional.

FUENTE: Elaboración propia.

Precisamente, la citada disposición exige que los datos personales sean válidamente tratados por estar legitimados para ello solamente si es aplicable al menos uno de los diez fundamentos jurídicos contemplados en el art. 9.2 RGPD. Al respecto, es llamativo que se establezcan diez títulos habilitadores con inclusión de alguno genérico, no obstante, los Estados miembros pueden introducir condiciones adicionales, incluso limitaciones con respecto al tratamiento de datos genéticos, datos biométricos o datos relativos a la salud (art. 9.4. RGPD), siendo estos de especial importancia en el ámbito laboral y teniendo una gran relevancia en los últimos tiempos a consecuencia de la COVID-19.

Entre los datos personales de carácter sensible o “especialmente protegidos” podemos determinar los referentes a salud por la importancia que tienen en el entorno de trabajo. Forman parte de la esfera íntima de la persona (art. 9 RGPD, art. 9 y disposición adicional LOPDGDD), pudiendo estar relacionados con el cuerpo humano, discapacidad, la sexualidad, código genético, raza, entre otros (Sánchez-Caro y Abellán, 2004, p. 15), además de aquellos directamente relacionados como pueden ser los datos biométricos, los hábitos de vida, de alimentación y de consumo (Molina Navarrete, 2021, p. 121). Son datos personales con una mayor tutela relativos a la salud física o mental de una persona física que revelen información sobre su estado de salud (art. 4.15 RGPD y su considerando 35). De tal forma que no pueden ser directamente objeto de tratamiento por parte de la empresa, quedando limitados a lo estrictamente necesarios para la finalidad de proteger la salud de los ciudadanos y de la sociedad, sometido a una mayor garantía de protección y realizando una debida ponderación de los derechos e intereses en conflicto, si bien, no es una tarea fácil, más en tiempos de pandemia como la actual.

Justamente, estos datos especiales han sido objeto de numerosas consultas a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) con la finalidad de clarificar si estaban o no comprometidos por el tratamiento que se está realizando sobre la utilización de datos personales para luchar contra la pandemia. De hecho, la presidencia del Comité Europeo de Protección de Datos publicó una declaración sobre el tratamiento de datos personales en el contexto de la crisis derivada de la COVID-19.

En ella se establecía que la normativa sobre protección de datos y, en particular, el RGPD, no imposibilitan la aplicación de aquellas medidas que tengan como finalidad la lucha contra la pandemia ocasionada por el coronavirus, no obstante, advierte que aunque se utilicen de manera excepcional los datos personales por las circunstancias concretas, deben de garantizar su protección (AEPD, 2020a).

El art. 6.1 d) RGPD, culmina que “el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física”. De hecho, el art. 6.1 e) RGPD, dispone que “el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público (...)”, concretando en el Considerando 46 RGPD que

El tratamiento de datos personales también debe considerarse lícito cuando sea necesario para proteger un interés esencial para la vida del interesado o la de otra persona física. (...) Ciertos tipos de tratamiento pueden responder tanto a motivos importantes de interés público como a los intereses vitales del interesado, como por ejemplo cuando el tratamiento es necesario para fines humanitarios, incluido el control de epidemias y su propagación (...).

En relación con todo lo anterior, en el ámbito de empresa se ha producido en los últimos años una intensificación del control digital de los estados de salud de las personas trabajadoras, tanto en tiempo real como futuro. Esto ha ocasionado la necesidad de aplicar garantías especiales de protección por las amplias posibilidades que poseen las empresas en materia de salud laboral. Actualmente, muchas de las medidas establecidas para reducir los contagios y la propagación de la pandemia se han concretado en los centros de trabajo mediante el tratamiento de información sobre aspectos de la salud, como unidad en el que se relacionan personas y con efectos o consecuencias directas para el resto de la sociedad. A este respecto, principalmente la legitimidad del tratamiento de los datos personales de salud en el lugar de trabajo reside en la prevención de riesgos laborales (arts. 14, 15, 16, 22 y 23 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales). Precisamente, se pretende la protección de la salud de las personas trabajadoras y para evitar los contagios en el lugar de trabajo, por lo que a su vez podrían reducir el índice de propagación del virus al conjunto de la ciudadanía, siendo habilitado para ello mediante el art. 9.2 b) RGPD.

En definitiva, bien es sabido que las organizaciones empresariales tienen la obligación legal de garantizar la seguridad y salud de las personas trabajadoras, además de mantener el lugar de trabajo libre de riesgos, entre ellos, aquellos derivados del coronavirus. Por lo tanto, estarían justificada aquellas acciones preventivas que pretendan suprimir o minimizar dichos riesgos a las personas trabajadoras, no obstante, debe estar justificada con una finalidad legítima.

3. EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS DE SALUD DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS A TRAVÉS DE LA VIGILANCIA DE LA SALUD LABORAL: ESPECIAL REFERENCIA A LA OBLIGATORIEDAD DERIVADA DEL CORONAVIRUS

Como se ha analizado, las empresas están obligadas a garantizar la seguridad y salud de sus personas trabajadoras [arts. 4.2 d) y 19.1 del RDL 2/2015, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo, ET)]. Este deber general se concreta en un conjunto de medidas preventivas recogidas en la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), siendo una de ellas la vigilancia de la salud laboral (art. 22 LPRL) y que conlleva el registro y el tratamiento de datos personales relativos a la salud de las personas trabajadoras.

Justamente, la vigilancia de la salud laboral pretende evitar que la salud de las personas trabajadoras se vea dañada por las propias condiciones de trabajo, conllevando que se trate y almacene una gran cantidad de información especialmente sensible sobre la salud de las mismas, conformándose como acciones que van más allá de los reconocimientos médicos. Por tanto, la utilización de innovaciones tecnológicas es un gran aliado para poder desempeñar de manera eficaz la vigilancia de la salud. Sin embargo, no podemos obviar el deber de garantizar por parte de la empresa y responsables de tratamiento de datos personales, de la protección de dichos datos a través de profesionales especializados en su ejercicio, es decir, servicios especializados y autorizados para ello. Igualmente, de la confidencialidad y prohibición del uso indebido de dichos datos, respetando el derecho a la intimidad, a la dignidad y la

confidencialidad de todos aquellos datos personales relacionados con el estado de salud de la persona trabajadora.

En este sentido, como estudiábamos supra, el RGPD prohíbe el tratamiento de este tipo de datos personales salvo cuando el mismo sea necesario, bien para

el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social (...) [art. 9.2 b) RGPD],

así como para

finés de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social [art. 9.2 h) RGPD].

Igualmente, el art. 88 RGPD hace referencia al tratamiento de los datos en el ámbito laboral y establece que los Estados miembros podrán establecer normas en sentido amplio, aludiendo a los Convenios Colectivos para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de la población trabajadora en particular.

Para ello, se deberá de prestar especial atención a la transparencia, a la transferencia de los datos dentro de las organizaciones empresariales y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo (Pedrosa Alquézar, 2018, p. 167). Estas cuestiones son reconocidas en la disposición adicional decimoséptima de la LOPDGDD. A este respecto, entendemos que no se disponen de requisitos adicionales a los previstos en el RGPD ni en la LOPDGDD, como tampoco concurren, con carácter general hasta la fecha, garantías adicionales de protección en los convenios colectivos.

En cualquier caso, es conocido que el art. 22.4 LPRL en la práctica y tratamiento de los datos derivados de la vigilancia de la salud de las personas trabajadoras dispone de una dualidad en cuanto a los resultados o diagnóstico de las pruebas médicas y las conclusiones que afectan a las relaciones laborales.

En cuanto a la primera, los resultados, se deben de incorporar un diagnóstico, pronóstico y tratamiento a seguir por la persona trabajadora en función de los riesgos inherentes al trabajo, obteniendo una máxima protección por la información especialmente sensible y siendo solo accesibles por la persona trabajadora interesada y por el personal médico que desarrolla dicha vigilancia y autoridades sanitarias, sometido a un secreto profesional especial (art. 10.3 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y arts. 38 y 39 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención).

De otro lado, las conclusiones de la vigilancia de la salud laboral, obteniendo una menor protección por los propios datos que recogen al no incluir información médica o clínica específica, evitando situaciones discriminatorias. Podrán ser informados a la dirección de la empresa y las personas con responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales de aquellas conclusiones que se obtengan de la vigilancia de la salud en cuanto a la aptitud de la persona trabajadora para el desempeño del puesto de trabajo, o bien, por la necesidad de implementar o mejorar medidas de prevención (AEPD, 2004, p. 4).

Asimismo, se reconoce a la persona titular de la empresa el deber de elaborar y conservar, a disposición de la autoridad laboral, de la documentación relativa al desarrollo de los controles del estado de salud de las personas trabajadoras y de las conclusiones obtenidas de las mismas, además de la relación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que hayan causado a la persona trabajadora una incapacidad laboral superior a un día de trabajo [art. 23.1 d) y e) LPRL].

En cualquier caso, quedan prohibido utilizar la información obtenida mediante la vigilancia de la salud en detrimento de los derechos de las personas trabajadoras, principalmente a no ser discriminada [art. 22.4 LPRL y art. 4.2 c) ET] y sin menoscabo de eventuales deberes de adaptación del puesto de trabajo a la persona trabajadora y siempre previa certificación del servicio de vigilancia de la salud [arts. 15.1 d); 15.2 y 25. 1 LPRL] (Molina Navarrete, 2020, p. 126). Ahora bien, de forma remota y siempre por motivos objetivos suficientemente justificados, podrá extinguirse el contrato de trabajo en los términos del art. 52 a)

ET, constituyéndose esta la última acción a implementar por la dirección empresarial a favor de la obligación legal de protección eficaz (Miñarro Yanini, et al. 2016, p. 119).

Por lo tanto, se deberá de realizar una protección “reforzada” y adicional sobre estos datos personales con el objetivo de una eficacia y efectividad de estas garantías respecto a la vigilancia de la salud laboral. Se trata, en definitiva, no solo de una mayor protección específica sino también de adaptarse la manera de realizar la actividad preventiva respecto a la garantía de protección de los datos personales de carácter sensible o “especialmente protegidos”.

Al respecto, a título de ejemplo a partir de la situación pandémica y relacionada con la vigilancia de la salud de las personas trabajadoras y las acciones desarrollada por las empresas, la sentencia del Juzgado Social de Murcia, 231/2020, de 10 de diciembre declara la nulidad del despido de una trabajadora por el hecho de que podía estar contagiada por coronavirus, fundada en vulneración del principio de igualdad y prohibición de discriminación (art. 14 CE) y del derecho a la integridad física y a la salud (art. 15 CE). En ella se llega a la conclusión de que el despido vulnera derechos fundamentales de la trabajadora al contemplar que el art. 14 CE es una cláusula abierta de prohibición de discriminación en la que cabe la enfermedad cuando sea tomada en sí como elemento de segregación basado en su mera existencia o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece.

3.1. LOS SUJETOS INTERVINIENTES EN EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS RELATIVOS A LA SALUD DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS Y SUS OBLIGACIONES

En las diferentes fases para la obtención de datos sobre la salud de las personas trabajadoras, su tratamiento, elaboración, documentación, archivo y custodia acerca de sus estados de salud intervienen diferentes sujetos y responsables. El RGPD define al responsable del tratamiento de los datos personales como “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento” (art.4.7 RGPD). De hecho, cuando sean dos o más sujetos los corresponsables, la determinación de

las responsabilidades se efectuará según las actividades que efectivamente realicen cada una de ellas sobre el tratamiento (art.29 LOPDGDD) como responsables y encargados o aquellas personas que actúan como “terceros”. De tal forma que las personas responsables y encargadas del tratamiento son distintas en función de la medida preventiva de la que se deriven dichos datos. En primer término, se podría precisar que es la persona empleadora como sujeto que debe de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la LPRL, no obstante, desde el enfoque de la protección de datos puede variar.

Justamente, debemos de partir desde la asunción propia y única por parte de la persona empleadora de la gestión preventiva, así como de la persona designada para ello o de un Servicio de Prevención Propio. Sin embargo, respecto al tratamiento de la protección de datos sobre la vigilancia de la salud de las personas trabajadoras tendrá que asumirla otra persona cualificada profesionalmente para ello, bien de la propia empresa o ajena a la misma (art.11.2 RSP), sin que la dirección de la empresa pueda tener acceso a la información incluida en los resultados clínicos o médicos (art. 22.4 LPRL), tal y como ya hemos determinado, únicamente tendrá acceso a las conclusiones de la vigilancia de la salud.

También, de otro lado, debemos de tener presente si se externaliza la gestión preventiva mediante Servicio de Prevención Ajeno contratado por la dirección de la empresa para cumplir con sus obligaciones preventivas (art.12 RSP) siendo, por tanto, quién asumirá la responsabilidad del tratamiento de los datos relativos a la salud laboral (art. 30.3 y 23.1 LPRL). Esta última es la modalidad que principalmente se da en el tejido productivo en España.

En este sentido, la persona que es responsable en cada caso del tratamiento de los datos relativos a la salud laboral, en todo momento están sometidos a un deber de confidencialidad (art. 22.2 LPRL y art. 20.2 ET sobre la buena fe contractual) y deber de sigilo (art. 30.4 LPRL) (Solé Gómez, *et al.*, 2012, p. 4), debiendo de cumplir con las siguientes obligaciones (art.5.1 RGPD) mediante varios principios y que en el momento actual suponen grandes desafíos a consecuencia de la COVID-19.

De manera que deberá de acopiar la información personal con un fin determinado, explícito y legítimo. Por ello, no se podrán recopilar para finalidades incompatibles con el fin para el que hayan sido recogidos inicialmente (art.4.2 LOPDGDD). A estos efectos, será de aplicación el principio de limitación de la finalidad sobre el tratamiento de datos relativos a la salud de las personas trabajadoras. En cualquier caso, no se considera incompatible cuando el fin sea recopilarlos en archivos de interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos como es el tratamiento que compete realizar al Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (art.8 LPRL), a los órganos equivalentes en las Comunidades Autónomas o a la Administraciones Públicas Sanitarias (art.10 LPRL).

Estos datos personales de las personas trabajadoras deben ser exactos, pudiendo ser actualizados, suprimiéndose o rectificándose aquellos que sean inexactos con respecto a la finalidad para los que se tratan y a partir del principio de exactitud. Además, deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los resultados para los que sean tratados, conformándose como el principio de necesidad o minimización.

Igualmente, es obligatorio que sean tratados de manera lícita (art.6.1 RGPD), leal y transparente, esto es, mediante los principios de licitud, lealtad y transparencia. Para ello, la licitud del tratamiento de los datos relativos a la salud de las personas trabajadoras se podrá realizar en la ejecución del contrato de trabajo; por cumplimiento de la obligación empresarial de garantizar la seguridad y salud en el trabajo o la protección de intereses de las personas trabajadoras o de terceras personas.

Es necesario la aplicación de la persona que es responsable del tratamiento de los datos relativos a la salud laboral del principio de integridad. Esto es, en su tratamiento se adoptarán todas aquellas medidas de seguridad que impidan su tratamiento no autorizado o ilícito, su pérdida, destrucción o daño accidental. Para ello, deberá de analizar el riesgo para detectar posibles grietas o fracturas de seguridad (art.35 RGPD). Cuando se efectúe un tratamiento de datos a gran escala deberá de adoptar medidas de seguridad como el cifrado de datos, el registro

de acceso, elaboración de un listado de personas autorizadas y una evaluación de impacto (art.32-34 RGPD).

Debe señalarse, además, la posibilidad de ceder legalmente cierta información de datos personales de los informes de conclusión de la vigilancia de la salud a la representación laboral, general y específica, bajo los parámetros de confidencialidad y del deber de sigilo o secreto profesional (art. 62.2 y 65.2 ET). Todo ello enmarcado en las competencias y facultades que legalmente les han sido atribuidas en materia de prevención de riesgos laborales (arts. 33-40 LPRL). Estos datos personales no pueden extenderse nunca al historial médico en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, debiéndose aplicar la seudonimización (art. 4.5 RGPD) y disociar la información dada con el objeto de garantizar los principios de minimización de datos personales.

3.2. LAS PRUEBAS DIAGNÓSTICAS PARA LA DETECCIÓN DE LA COVID-19 ANTE CUESTIONES DE SEGURIDAD PÚBLICA Y VINCULADA A LA VIGILANCIA DE LA SALUD LABORAL

En el ámbito de la situación derivada del coronavirus ha supuesto que las empresas, a través de los servicios de prevención, colaboren con las autoridades sanitarias en la detección precoz de todos los casos compatibles con COVID-19 y sus contactos, para controlar la transmisión del virus (arts. 26 y 27 Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19) (Ministerio de Sanidad, 2021).

Las acciones desarrolladas por los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales (en lo sucesivo, SPRL) han sido de vital importancia en las organizaciones empresarial y no siempre bajo parámetros ciertos, sino más bien inciertos por cambios continuos de protocolos, recomendaciones e instrucciones de acción frente al coronavirus provenientes de las Autoridades. Uno de los primordiales dilemas que han tenido que afrontar es la certeza de poder realizar o no pruebas de detección de infección activa de las personas trabajadoras por entrañar datos personales especialmente protegidos como es la salud.

En un primer momento, el Ministerio de Sanidad (2020) recomendó la realización de pruebas de diagnóstico de manera limitada a personas trabajadoras del ámbito sanitario y sociosanitario, así como otros servicios esenciales, lo cual limitaba bastante el campo de actuación del SPRL. Seguidamente, la Orden SND/344/2020, de 13 abril, precisa que

la indicación para la realización de pruebas diagnósticas para la detección del COVID-19 deberá ser prescrita por un facultativo de acuerdo con las directrices, instrucciones y criterios acordados al efecto por la autoridad sanitaria competente.

En este sentido, se incide en imprecisiones sobre cuáles eran dichas personas facultativas, ocasionando incertidumbre si los profesionales médicos de empresa incluidos en los SPRL tenían dicha potestad o no dentro de la vigilancia de la salud de las personas trabajadoras (art. 22.6 LPRL). Así, los SPRL se preguntaban si incurrían o no en responsabilidad administrativa al prescribir el test de diagnóstico o, por el contrario, por su ausencia de prescripción se produjera la privación de dicha vigilancia de la salud en el propio centro de trabajo con posibilidad de que las personas trabajadoras sufrieran algún daño sobre su salud a consecuencia de un contagio en el propio lugar de trabajo (art. 12.2 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social).

Al mismo tiempo, también, se constataba la preocupación por parte de la dirección de la empresa, con independencia si realizan una actividad esencial o no, para cumplir con el mandato legal de garantización de la protección de las personas trabajadoras a través de su servicio de vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo (art. 22.1 LPRL), así como el de la recogida y tratamiento de datos. Siendo una cuestión que ha llegado a los tribunales sobre la obligación de los controles que puede establecer por parte de la empresa sobre su personal para salvaguardar la salud de este, del resto de la plantilla y de terceros (García Salas, 2021).

En este sentido, la Sentencia del Juzgado de lo Social de Ourense (Galicia), núm.3, de 22 de mayo de 2020 (rec. 242/2020), estima que no se produce lesión o vulneración del derecho a la integridad física por no

realizar los test de diagnóstico de coronavirus a las personas trabajadoras de una empresa dedicada al transporte sanitario (ambulancias) al no existir normativa alguna que imponga dicha realización. De esta forma, la obligación por parte de la empresa en situación de pandemia y como medida preventiva, es suministrar los Equipos de Protección Individual (EPI) suficientes para evitar o reducir cualquier tipo de riesgo de contagio [art. art. 15.1.h) LPRL], “siendo significativo que durante más de dos meses no haya habido ningún contagio, lo que evidencia su calidad y su efectividad”. Basándose en el criterio empleado por el Ministerio de Sanidad hasta ese momento, incide en que los test de diagnóstico tienen más finalidad de gestión de la pandemia y para procurar el tratamiento de afectados por la COVID-19, siendo medidas de antipropagación, más que de protección.

Por el contrario, el TSJ del País Vasco ha especificado la necesidad de aplicar los test de diagnóstico como una medida preventiva más para la implementación de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales al personal de la Ertzaintza. Es el caso de la STSJ País Vasco, 705/2020, de 3 de junio estimando que

(...) se achaca a la empresarial no haber dispuesto para toda su plantilla la realización de test rápidos de detección de anticuerpos para Covid-19, cuando estos entienden realizan un trabajo de primera línea en contacto estrecho en el ámbito propio del transporte sanitario como elemento consustancial de la sanidad pública.

En el mismo sentido, la STSJ País Vasco, 688/2020 de 2 de junio para las personas trabajadoras en el transporte sanitario que hubieran estado en contacto directo o indirecto con personas pacientes de COVID-19. Ahora bien, en dicha entidad, se comprobó que al menos 138 de las personas trabajadoras han estado en situación de IT por causa de covid-19 (Ruiz Santamaría, 2020, p. 249). Por ello, resuelve que la persona empresaria ha vulnerado los derechos fundamentales referentes a la vida, salud y la integridad física (art. 14 CE), así como la vulneración del cumplimiento de medidas de seguridad, condenando a la empresa a que, en tanto en cuanto dure la referida pandemia, realice la evaluación sea por test rápido o test prueba PCR.

En definitiva, la realización en el lugar de trabajo de los test serológicos o diagnósticos ha de ser valorada, por consiguiente, en relación con la salud de la persona trabajadora y por los posibles riesgos que puede representar para terceros la salud de la propia persona trabajadora. Sin embargo, entiendo que la simple consideración de la protección de salud sin que exista un riesgo objetivo o un peligro real constatable sobre la probabilidad de contagio de COVID-19 derivado del puesto de trabajo no legitimaría un test. Conviene no olvidar que estas pruebas revelan datos personales relativos a la salud sobre una persona plenamente identificable y, por tanto, datos especialmente sensibles. De manera que, se debe valorar el principio de finalidad y proporcionalidad según el cual los datos de carácter personal deben recogerse con fines determinados, explícitos y legítimos, siendo un adecuado mecanismo de prevención de riesgos laborales en los lugares de trabajo, no obstante, no siendo los únicos.

4. USO DE LAS INNOVACIONES TECNOLÓGICAS PARA RECOPIRAR DATOS PERSONALES DE LOS TRABAJADORES FRENTE AL COVID-19 EN EL LUGAR DE TRABAJO

Para continuar con el análisis del contenido y alcance del derecho a la protección de los datos de carácter personal en el ámbito laboral a partir de los nuevos desafíos ocasionados por la pandemia, consideramos oportuno en este momento determinar cómo impacta el empleo de las tecnologías digitales al servicio de la salud pública y laboral para hacer frente a la COVID-19 sobre dichos datos especiales.

En este sentido, como se ha analizado, los datos referentes a salud tienen un elevado valor, más en tiempos de pandemia por la vigilancia epidemiológica proactiva y preventiva. Para ello, son de vital interés la cooperación entre las autoridades sanitarias y las organizaciones empresariales. Sin embargo, como a expuesto la AEPD, no podemos olvidarnos que al igual que aparecen como útiles, también surgen riesgos ante posibles pérdidas de derechos y libertades por un déficit gestión de estos datos personales, por revelar aspectos muy íntimos y delicados de la persona y que requieren una tutela particular.

No podemos aceptar que en momentos de incertidumbre como la actual ocasionada por la pandemia se realicen prácticas abusivas de empresas que originen daños en la esfera personal de las personas trabajadoras (AEPD, 2020b, p.3). De hecho, las empresas privadas vienen usando, cada vez con mayor intensidad, las innovaciones tecnológicas para recopilar datos personales de los trabajadores frente al COVID-19 en el lugar de trabajo reduciendo el riesgo de contagio y exposición.

La RGPD y LOPDGDD no impiden que se utilicen dichas tecnologías como medidas en la lucha contra la pandemia del coronavirus, permitiendo incluso en determinados casos obviar el consentimiento de las personas afectadas. A partir de ello, han emergido un amplio número de instrumentos digitales (apps, pasaportes digitales, cámaras térmicas, etc.) que, compartiendo la apreciación del profesor Molina Navarrete (2021), “sin reparar en términos de privacidad (derecho a la protección de datos) como de estigmatización (derecho a la no discriminación)”. Al respecto, la AEPD advierte que estas excepcionales circunstancias pandémicas no son motivo para que quienes traten datos personales, siendo en este caso las empresas, no garanticen su protección.

Precisamente, como datos especialmente sensibles y que pueden ser tratados digitalmente son los denominados como datos genéticos y biométricos. Los datos genéticos se encuentran relacionados con aquellas características genéticas precisas de una persona y que proporcionan una información de carácter único y claro sobre la salud o fisiología de ella (art. 4.13 RGPD). Estos datos han sido desaconsejados para su utilización en el ámbito laboral por su potencialidad para la discriminación (apartado 9.3 de la Recomendación CM/REC 2015(5) relativa al tratamiento de datos personales en el entorno laboral). Únicamente cabe la posibilidad de su utilización en circunstancias excepcionales, por ejemplo, para evitar cualquier perjuicio grave a la salud de la persona interesada o de terceras, y solo si está previsto por la legislación nacional y sujeto a las garantías adecuadas de protección de datos.

Igualmente, los datos biométricos se generan a partir de un tratamiento técnico específico, referentes a las peculiaridades físicas, fisiológicas o conductuales de una persona permitiendo su identificación de manera única de dicha persona (art. 4.14 RGPD). Algunos de los rasgos de las personas que se emplean son la temperatura, la huella dactilar, los modelos de retina, de estructura facial y de voz, la geometría de la mano, las formas de caminar, etc. Estos datos son cada vez más utilizados y

tienen un particular interés en las relaciones laborales incluso con anterioridad al COVID-19, normalizándose su utilización a pesar de la advertencia de que no sean empleados por las empresas, a no ser no existan otros medios menos intrusivos disponibles y siempre y cuando vayan acompañados de las adecuadas salvaguardas y protección de los datos personales (Recomendación CM/REC 2015(5) relativa al tratamiento de datos personales en el entorno laboral). Si bien, como ahora analizaremos, para que estos datos biométricos puedan utilizarse como un sistema de reconocimiento o de control de las personas trabajadoras es necesario que se utilicen mediante dispositivos tecnológicos. Por tanto, se logra una elevada fiabilidad en la identificación y uso a bajo coste, por ejemplo, para el registro horario ex art. 34.9 ET, siendo cada vez más las empresas que recurren a implantar dispositivos tecnológicos para ello recogiendo y tratando estos datos especialmente sensibles, sin que la doctrina judicial haya cuestionado su uso desde un enfoque de protección de estos datos (ex art. 9.1 RGPD).

En este contexto, como hemos determinado, el derecho a la protección de datos no es absoluto, sin existir una prohibición real sobre la gestión de los datos especialmente protegidos, sino que se delimita un decálogo de títulos de legitimación. Sin embargo, esto no quiere decir que se encuentren a disposición de la rentabilidad de las organizaciones empresariales, de ahí de la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad, siendo la línea tanto de la RGPD como del TEDH (Molina Navarrete, 2021, p. 132).

Finalmente, centrándonos en el objeto de este trabajo de investigación, es legítima la utilización de datos personales en el contexto de pandemia sin necesidad del consentimiento de las personas interesadas siempre y cuando la finalidad se para satisfacer intereses públicos, por ejemplo, la gestión contra el riesgo de contagio donde cooperan empleadores y las autoridades competentes de salud pública. Para ello, algunas de las innovaciones tecnológicas que son de aplicación por las empresas y que trata de datos biométricos con dicho objeto son el uso de dispositivos o cámaras de infrarrojos para la lectura de temperatura, las aplicaciones para el rastreo de casos, los códigos QR y el pasaporte de inmunidad, incrementándose exponencialmente la necesidad de procesar datos.

TABLA 2. La utilización de instrumentos para recopilar datos de carácter especial de las personas trabajadoras frente al COVID-19 en el lugar de trabajo.

EL USO DE DISPOSITIVOS O CÁMARAS DE INFRARROJOS PARA LA LECTURA DE TEMPERATURA		
PROBLEMÁTICA	REGULACIÓN	ASPECTOS PECULIARES
<p>La medición de la temperatura no puede ser tratado espontáneamente por cualquier persona simplemente por el criterio de que sea lo mejor para sus clientes o usuarios, al tratarse de un tratamiento de categorías especiales de datos y pudiéndose extrapolar al ámbito laboral (AEPD, 2020b, p. 12). Todo ello, por el riesgo de discriminación, estigmatización y por una inadecuada gestión de la difusión pública de datos de salud.</p>	<p>Es necesario aplicar el principio de proporcionalidad, así como el de exactitud [art. 5.1 d) RGPD] mediante equipos de medición homologados y adecuados para poder registrar datos con fiabilidad y precisión.</p>	<p>La STSJ Comunidad Valenciana, 2335/2020, de 22 de junio dispone que la toma de la temperatura es una acción relacionada con la actividad sanitaria por tratar con datos personales de especial protección y en relación con el deber de vigilancia de la salud de las personas trabajadoras. No obstante, es una actividad legitimada por la excepcionalidad en tiempos de coronavirus y cuya finalidad es la de proteger la integridad física de las personas que accedan al centro.</p>
	<p>Una excepción sería mediante la utilización de cámaras de infrarrojos para lecturas de temperatura antes de acceder al centro de trabajo. Estos dispositivos están basados en algoritmos sobre los rostros de las personas que aparecen en la imagen y revelan la temperatura corporal aproximada de cada individuo. En este caso, sí existe una regulación específica y, por tanto, de aplicación en las organizaciones empresariales, siendo el Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos (Muñoz Ruiz, 2020).</p>	<p>En aquellos casos que se utilicen las cámaras de infrarrojos para la lectura de temperatura de las personas debe preverse una participación humana para su control y toma de decisiones. Por tanto, toda persona interesada tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado y sujeto al art. 24 de dicho Reglamento, siendo la redacción análoga a la dispuesta en el art. 22 RGPD.</p>

FUENTE: Elaboración propia.

TABLA 3. El desarrollo de aplicaciones informáticas en los centros de trabajo para la detección de contagios entre el personal laboral.

APLICACIONES INFORMÁTICAS Y CÓDIGOS QR PARA EL SEGUIMIENTO Y RASTREO DE CONTAGIOS		
PROBLEMÁTICA	REGULACIÓN	ASPECTOS PECULIARES
<p>Han sido muchas las aplicaciones de rastreo de contagios impulsadas en el ámbito público y privado.</p> <p>En el entorno de trabajo, con carácter general, estas aplicaciones utilizan los algoritmos que detectan la probabilidad de contagio de forma directa e indirecta por el hecho de que dos o más personas trabajadoras estén juntas en el mismo lugar al mismo tiempo. Tienen en cuenta las características del sitio y que hayan estado con una persona que sea positiva en coronavirus.</p> <p>Al respecto, aunque la práctica muestra que estas aplicaciones pueden obtener datos muy significativos, en algunas ocasiones puede estar un poco lejos de la realidad, con información sesgada, sin tener presente otras medidas higiénicas presentes en el momento (uso de mascarillas, distancia de seguridad, etc.).</p>	<p>La decisión final de una acción no debería depender únicamente del aviso generado en la app a partir de códigos numéricos, sino de una decisión humana y no únicamente automatizada (art. 22 RGPD).</p> <p>Por otro lado, también es destacable la finalidad que pretende lograr con ellas las organizaciones empresariales para la legitimación o no de la empleadora del tratamiento de datos personales de las personas trabajadoras en base al art. 6 RGPD y el derecho a oposición (art. 21.1 RGPD).</p>	<p>Con la utilización de app y códigos QR no siempre se aseguran las condiciones de respeto de la normativa de protección de datos y teniendo presente los derechos e intereses legítimos de las personas trabajadoras en juego. De este modo, a mi entender, resulta cada vez más frecuente la permisividad del tratamiento de datos personales mediante el uso de dispositivos tecnológicos, sin tener presente el principio de minimización de datos personales (art. 5 RGPD) el principio de proporcionalidad y privacidad, así como de la evaluación del impacto relativa a la protección de datos (art. 35 RGPD).</p>

FUENTE: Elaboración propia.

TABLA 4. El uso del pasaporte COVID-19 como medida para evitar la propagación de la COVID-19.

EL PASAPORTE DE INMUNIDAD COVID-19 O CERTIFICADO VERDE DIGITAL		
PROBLEMÁTICA	REGULACIÓN	ASPECTOS PECULIARES
<p>Este pasaporte o salvoconducto de acceso a lugares en formato digital o en papel, sirve de acreditación de que una persona ha sido vacunada contra la COVID-19, si la persona ha pasado o no la enfermedad, además de las pruebas que se haya realizado cuyo resultado haya sido negativo.</p> <p>En este sentido, el pasaporte contendrá un código QR en el que se contemplará toda la información así como datos de carácter personal y, por tanto, una inadecuada utilización puede ocasionar un fácil acceso a manos de ciberdelincuentes, o pudiendo ser cedidos a terceros indebidamente.</p>	<p>La utilización del pasaporte de inmunidad COVID-19 puede entrar en conflicto con las normativas sobre la protección de datos personales por ser de carácter especial y, por tanto, es obligatorio la aplicación de unas mayores garantías de protección de la RGPD.</p>	<p>Otra duda es la obligatoriedad o no por parte de la empresa de la vacunación contra el coronavirus a una persona trabajadora, abriendo un conflicto con varios derechos fundamentales del trabajador como son el derecho a preservar su integridad física y psíquica (art. 15 CE) y los relacionados con su intimidad (art. 18.1 CE) y la protección de sus datos (18.4 CE). A este respecto, con carácter general, por ahora, dicha vacunación está sujeta al principio de voluntariedad a partir del art. 5.2 Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (Goerlich Peset, 2021).</p>

FUENTE: Elaboración propia.

5. CONCLUSIONES: LA REINTERPRETACIÓN DE LOS PRINCIPIOS QUE SUSTENTA EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA

En el ámbito de las relaciones laborales el tratamiento de datos acerca de las personas trabajadoras es ampliamente utilizado abarcando una diversidad de información sobre las mismas. Sin embargo, la categorización de los datos personales, ordinaria o especial, es relevante en la medida que implicará su tratamiento y almacenamiento por terceras personas en el ámbito del trabajo. Esto es, la protección de datos es un bien jurídico protegido y articulando con limitaciones sobre su uso para garantizar, entre otros derechos fundamentales, el principio de igualdad

y prohibición de discriminación (art. 14 CE), al honor y la intimidad personal (ex art. 18.4 CE), entre otros, siendo la protección de datos un derecho con contenido propio y diferenciado.

En cualquier caso, en los últimos años se está produciendo una reinterpretación de los principios que sustenta el tratamiento de los datos personales de las personas trabajadoras en tiempos de pandemia. Así, se han ampliado las facultades que poseen la persona empleadora en cuantos a los datos personales de la población trabajadora como puede ser si la persona trabajadora está contagiada o no de coronavirus, si padece síntomas o se encuentra sujeta a cuarentena; sobre la sospecha de contacto con el virus, de estar en cuarentena preventiva o de estar afectada; de tener unas patologías previas o circunstancias personales que agraven el riesgo de exposición al virus (personas con infecciones respiratorias crónicas, inmunodeprimidas, etc.); la realización de pruebas relacionadas con la vigilancia de la salud: p.ej. control de temperatura de los trabajadores mediante escáneres y termómetros digitales antes de ingresar a su lugar de trabajo y/o test de diagnóstico COVID-19, entre otras.

Precisamente, en el ámbito laboral, son de gran interés los criterios de implantación relacionados con el principio de legalidad, la limitación de finalidad y exactitud de los datos personales y de los derechos y garantías de las personas trabajadoras. Ahora bien, en toda situación de crisis siempre se ha producido una mayor flexibilidad de la privacidad a la hora de adoptar medidas sobre los datos personales de las personas trabajadoras. De hecho, podemos cuestionarnos la necesidad de la cesión de nuestros datos personales si pudiera ayudar en la actual crisis sanitaria.

En definitiva, depende de la proporcionalidad y la necesidad de la obtención de dichos datos, su tratamiento, documentación, archivo y custodia. Puede ser muy útil la flexibilización de la privacidad en el tratamiento de los datos personales, pero siempre estimando que es necesaria para lograr el fin, esto es, como puede suceder en la actualidad, para gestión de la actual crisis sanitaria.

6. REFERENCIAS

- AEPD (2004). Tratamiento conforme a la legislación de prevención de riesgos laborales. Informe 434/2004. Disponible en <https://www.aepd.es/es/documento/2004-0434.pdf>
- AEPD (2020a). Informe del Gabinete Jurídico. N/REF: 0017/2020. Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf>
- AEPD (2020b). El uso de las tecnologías en la lucha contra el COVID19. Un análisis de costes y beneficios. Disponible en
- DE NIEVES NIETO, Nuria (2020). El derecho a la protección de los datos personales en el marco de la relación de trabajo, Erik Monreal Bringsvaerd; Xavier Thibault Aranda y Ángel Jurado Segovia (Coord.) *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, pp. 287-358.
- GARCÍA SALAS, Ana Isabel. (11 de febrero de 2021). El dilema de los test de coronavirus como medida de vigilancia de la salud de los trabajadores. *El Foro de Labos*, en <https://forodelabos.blogspot.com/2021/02/el-dilema-de-los-test-de-coronavirus.html>
- GOERLICH PESET, José María (21 de enero de 2021). ¿Puede la empresa obligar a sus trabajadores a vacunarse contra la COVID-19? *El Foro de Labos*, en <https://forodelabos.blogspot.com/2021/01/puede-la-empresa-obligar-sus.html>
- MINISTERIO DE SANIDAD (2020). *Instrucciones sobre la realización de pruebas diagnósticas para la detección del COVID-19 en el ámbito de las empresas*. <http://www.aemt.com/web/wp-content/uploads/2020/05/instruccionesPruebasDiagnosticasEmpresas.pdf>
- MINISTERIO DE SANIDAD (2021). *Procedimiento de actuación para los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales frente a la exposición al SARS-COV-2*.
- MIÑARRO YANINI, Margarita; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal y GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel (2016). *Guía. Propuestas para la mejora del Marco Normativo de la P.R.L.: Razones para una necesaria reforma*, Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal (2021). *Datos y derechos digitales de las personas trabajadoras en tiempos de (pos)covid19: Entre eficiencia de gestión y garantías*, Bomarzo.

- MUÑOZ RUIZ, Ana Belén (25 de noviembre de 2020). Cámaras termográficas y datos de carácter personal de los empleados: un problema legal provocado por la pandemia. *El Foro de Labos*, en <https://forodelabos.blogspot.com/2020/11/camaras-termograficas-y-datos-de.html>
- PEDROSA ALQUÉZAR, Sonia Isabel (2018). Vigilancia de la salud laboral y protección de datos, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 138, pp. 163-185.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana (2019). *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Aranzadi.
- RUIZ SANTAMARÍA, José Luis (2020). Prevención de riesgos laborales y COVID-19: Intervención de la ITSS y novedades jurisprudenciales en relación a esta materia, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 1, pp. 244-251.
- SÁNCHEZ-CARO, Javier y ABELLÁN, Fernando (2004). *Datos sobre la salud y datos genéticos. Su protección en la Unión Europea y en España*. Comares.
- SOLÉ GÓMEZ, M^a Dolores, SOLÓRZANO FÀBREGA, Montserrat y PIQUÉ ARDANUY, Tomás (2012). *NTP. 959. La vigilancia de la salud en la normativa de prevención de riesgos laborales*, Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Disponible online en <https://www.insst.es/documents/94886/326879/959w.pdf/ccd7c931-50d3-4f6f-9600-0d1e9a9ee811>

ÚLTIMAS TENDENCIAS EN LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES EN LAS CADENAS MUNDIALES DE SUMINISTRO: LA DILIGENCIA DEBIDA¹¹²

JUAN MANUEL MORENO DÍAZ

*Prof. Ayudante Doctor (acreditado a Contratado Doctor)
de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

1. INTRODUCCIÓN

El mercado de trabajo actual está dominado por la globalización, donde las empresas multinacionales dominan las cadenas mundiales de suministro. En este contexto, hacer que tales empresas respeten los derechos de los trabajadores que prestan servicios a lo largo de toda la cadena de valor no es sencillo. De un tiempo a esta parte, se vienen utilizando unos instrumentos, los Acuerdos Marco Globales, que representan un grado mayor de juridificación respecto de los códigos de conducta que se adoptaron inicialmente en el marco de la responsabilidad social empresarial.

El problema, sin embargo, es exigir la responsabilidad derivada de un incumplimiento por parte de las multinacionales de los derechos reconocidos en tales Acuerdos Marco. Para ello, se viene utilizando últimamente un concepto, el de la debida diligencia, que está adquiriendo cada vez más predicamento a la hora de reclamar dicha responsabilidad por

¹¹² Estudio realizado en el marco del proyecto de I+D+i “Nuevas formas de negociación y conflicto colectivo en una economía de mercado digital”, que, a su vez, forma parte del Proyecto Coordinado “Nuevas dinámicas y riesgos sociales en el mercado de trabajo del siglo XXI: desigualdad, precariedad y exclusión social (DINARISK)”. Todas las páginas webs mencionadas en este estudio han sido consultadas el 27 de octubre de 2021.

los citados incumplimientos, tal como veremos a lo largo del presente estudio.

El problema es que dicho concepto se ha reconocido por parte de organismos internacionales, tales como la ONU, la OCDE o la OIT, en documentos de escasa valor jurídico y en base a los cuales ha sido muy difícil exigir dicha responsabilidad. Afortunadamente, desde hace algún tiempo, la diligencia debida se ha ido incorporando a normas legales nacionales (la pionera de las cuales fue Francia, aunque luego se ha extendido a otros países), lo que facilitará sin duda en el futuro la reclamación de la responsabilidad por tales incumplimientos. Y, por último, a nivel supranacional, muy recientemente, el Parlamento Europeo evacuó la Resolución de 10 de marzo de 2021, sobre diligencia debida, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa¹¹³.

2. LA DILIGENCIA DEBIDA: UNA FORMA DE EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD CADA VEZ MÁS EXTENDIDA EN EL MARCO DE LAS CADENAS MUNDIALES DE SUMINISTRO

La diligencia debida, entendida como proceso que, como parte integrante de sus criterios para la toma de decisiones, permite a las empresas identificar, prevenir y atenuar los impactos negativos, reales o potenciales, de sus actividades, así como informar de la manera en que abordan estos impactos, se está convirtiendo en la forma más habitual utilizada en el mercado de trabajo actual (transnacional y global), para detectar posibles incumplimientos de las empresas multinacionales en sus cadenas de suministro e intentar, por una parte, paliarlos o eliminarlos, y, por otra, extender los derechos laborales de las empresas matrices a toda la cadena de valor.

¹¹³ Resolución del PE, de 10 de marzo de 2021 (2020/2129(INL), sobre diligencia debida, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa.

La cuestión fundamental que se plantea en torno a la diligencia debida es, precisamente, la imposibilidad material de exigir responsabilidades a las empresas multinacionales por los incumplimientos de los compromisos previamente asumidos por ellas a través de códigos de conducta o en declaraciones en el marco de la responsabilidad social, al carecer dichos instrumentos de efectos jurídicos vinculantes. Es por eso que desde hace algún tiempo se viene trabajando para incorporar dicho concepto a instrumentos normativos, tanto nacionales como internacionales, en orden a una mayor efectividad práctica del mismo.

Desde un punto de vista regulatorio, hasta el momento, han sido instituciones internacionales de gran prestigio las que han reconocido en medidas de soft law la diligencia debida. Así, podemos hablar de la Declaración de la OIT sobre Empresas Multinacionales (2017), de las Líneas Directrices de la OCDE para las empresas multinacionales (2013) y de los Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos (Principios Ruggie, 2011). Además, hay que añadir la incorporación de la debida diligencia por los Acuerdos Marco Globales de las Empresas Multinacionales.

Todos estos instrumentos son importantes, sin duda, para la implementación definitiva de aquel concepto, pero hoy en día no sirven para utilizarlos como herramienta eficaz de una verdadera exigencia de responsabilidad de las empresas en el ámbito internacional.

Por ello, parece que se está de acuerdo en avanzar hacia la incorporación de la debida diligencia en verdaderos instrumentos normativos, con eficacia jurídica plena, que dote a dicho concepto de la eficacia normativa de la que ha carecido hasta ahora. Fruto de ello han sido distintas leyes nacionales, sobre todo en la Unión Europea, en torno al mismo. Francia fue el país pionero, y su estela fue seguida por Holanda (aunque solo en el ámbito de la erradicación del trabajo infantil), Noruega y Alemania. A ello hay que añadir la Resolución del Parlamento Europeo de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión, sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad social corporativa (2021/2129(INL)). La idea por tanto es que la propia Comisión Europea elabore una Directiva comunitaria en materia de diligencia debida que contenga las orientaciones dadas por el Parlamento

Europeo, trabajos que ya están en marcha y que fructificarán en breve lapso.

2.2. CONCEPTO Y FINALIDAD

En el marco de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos, la debida diligencia en DDHH se entiende como «el proceso que, como parte integrante de sus criterios para la toma de decisiones, permite a las empresas identificar, prevenir y atenuar los impactos negativos, reales o potenciales, de sus actividades, así como informar de la manera en que abordan estos impactos» (OCDE, 2011). Al igual, cubre la gestión de los riesgos y puede también enmarcarse en un proceso voluntario de autorregulación, en una legislación o normativa vinculante o en una combinación de ambos (híbrido).

Este concepto se trata de aplicar de una forma timorata aún a las empresas multinacionales que actúan en el mercado internacional en el marco de las cadenas mundiales de suministros, al objeto de que la debida diligencia sirva de estándar para reclamar el respeto a los derechos humanos y al medioambiente y, en caso de no hacerlo, reclamarles la correspondiente responsabilidad.

En el campo internacional existe desde hace algún tiempo algunas declaraciones de organismos internacionales al respecto. Así, habría que mencionar los *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar*, elaborados por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la *Declaración tripartita de principios de la OIT sobre las empresas multinacionales y la política social*, así como las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales* (revisión de 2011) y sus subsiguientes documentos. Ya en el plano regional, es igualmente interesante, aun cuando se mantiene en el ámbito de la voluntariedad, la Recomendación del Consejo de Europa sobre los derechos humanos y las empresas (marzo de 2016).

La cuestión fundamental que se plantea en torno a la diligencia debida es, precisamente, la imposibilidad material de exigir responsabilidades

a las EMN por los incumplimientos de los compromisos previamente asumidas por ellas a través de códigos de conducta o en declaraciones en el marco de la responsabilidad social, al carecer dichos instrumentos de efectos jurídicos vinculantes.

Por tal motivo, y para conseguir en alguna medida dar efectividad a tales compromisos, se han ido articulando algunas normas jurídicas (normalmente en forma de ley) en el seno de las legislaciones de algunos países. Es lo que se ha hecho en la legislación francesa y, más limitadamente, en la legislación holandesa. Veremos todo ello en el apartado siguiente.

3. EL RECONOCIMIENTO DE LA DILIGENCIA DEBIDA EN INSTRUMENTOS NACIONALES E INTERNACIONALES

3.1. ORGANISMOS INTERNACIONALES

En el ámbito internacional, la diligencia debida ha sido recogida en distintas declaraciones de organismos diversos.

Las principales menciones sobre el concepto se recogen en las Líneas Directrices de la OCDE para las empresas multinacionales (2013)¹¹⁴ y en los Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos (Principios Ruggie, 2011). Además de lo anterior, recientemente ha tenido lugar la promulgación de la Resolución del Parlamento Europeo sobre Diligencia Debida (2021), que establece orientaciones a la Comisión Europea en dicha materia.

En relación con los Principios Rectores de la ONU, se establecen obligaciones tanto para los Estados, como para las empresas, en relación con el respeto de los derechos humanos, dado que aquellos proporcionaron, por primera vez, un marco con un reconocimiento y autoridad mundiales para la incorporación de las obligaciones y responsabilidades de los Gobiernos y las empresas comerciales para prevenir y hacer frente a los efectos de los posibles incumplimientos en relación con los

¹¹⁴ OCDE (2013), Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, OECD Publishing.

derechos humanos, estableciendo que todas las empresas comerciales tienen una responsabilidad al efecto y que, para ello, deben ejercer la diligencia debida en esta materia a fin de identificar, prevenir, mitigar y justificar cómo subsanan los efectos sobre los derechos humanos.

Así, se asignan al Estado obligaciones de velar por el cumplimiento por parte de la EMN de los derechos humanos cuando actúan en el marco de una cadena de suministro. Las distintas vías por las que esto puede hacerse son varias:

- a. A través de lo que se denominan Principios Fundacionales, que se resumen principalmente en dos: a) Los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia; b) Los Estados deben enunciar claramente que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades.
- b. A través de los Principios Operativos, que se resumen principalmente en los siguientes: a.1) Hacer cumplir las leyes que tengan por objeto o por efecto hacer respetar los derechos humanos a las empresas, evaluar periódicamente si tales leyes resultan adecuadas y remediar eventuales carencias; a.2) Asegurar que otras leyes y normas que rigen la creación y las actividades de las empresas, como el derecho mercantil, no restrinjan sino que propicien el respeto de los derechos humanos por las empresas; a.3) Asesorar de manera eficaz a las empresas sobre cómo respetar los derechos humanos en sus actividades; a.4) Alentar y si es preciso exigir a las empresas que expliquen cómo tienen en cuenta el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos.

Por otra parte, se establece que “los Estados deben ejercer una supervisión adecuada con vistas a cumplir sus obligaciones internacionales de

derechos humanos cuando contratan los servicios de empresas, o promulgan leyes a tal fin, que puedan tener un impacto sobre el disfrute de los derechos humanos”, además de “promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas con las que lleven a cabo transacciones comerciales” y de las empresas que operan en zonas afectadas por conflictos, con la finalidad principal de que éstas respeten allí los derechos humanos.

Por su parte, las obligaciones que los Principios asignan a las empresas en dicho ámbito pasan por la obligación general de toda empresa de respetar los derechos humanos (pto. 11), entendiendo por tales los derechos humanos internacionalmente reconocidos que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (pto. 12), donde se incluyen, lógicamente, la libertad sindical y la negociación colectiva. Esa obligación, y las consecuencias derivadas de su incumplimiento, afectan a toda empresa, independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura (pto. 14). Asimismo, se obliga a las empresas a la asunción de responsabilidades por posibles incumplimientos en materia de derechos humanos por su actuación, debiendo las mismas contar con políticas y procedimientos adecuados al efecto en función de su tamaño y circunstancias, a saber: a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos; b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos; c) Unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar (pto. 15).

Como concreto desarrollo de lo establecido en el pto. 15, los Principios de la ONU ponen énfasis especial en la diligencia debida en materia de derechos humanos. Los puntos 17 a 21 explican de qué modo las empresas deberán actuar para implementar procesos de diligencia debida para responder de sus posibles faltas cometidas en el ámbito de los

derechos humanos. Y dicho proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas (pto. 17), con la obligación añadida de hacer un seguimiento al respecto con el objeto de comprobar que se están tomando las medidas adecuadas para prevenir las consecuencias negativas sobre los derechos humanos (pto. 20). Por último, se asigna una obligación añadida de informar oficialmente de las medidas tomadas al respecto por aquellas empresas cuyas operaciones o contextos operacionales implican graves riesgos de afectación para los derechos humanos (pto. 21). En definitiva, las pautas marcadas desde Naciones Unidas para las empresas en el ámbito internacional tienen una especial intensidad cuando lo que está en juego son los derechos humanos de las personas que pueden verse involucrados en las actuaciones de tales empresas.

Por otro lado, la OCDE también ha establecido desde hace algún tiempo unas Líneas Directrices para las Empresas Multinacionales (EMN), donde se hace alguna mención tímida a la diligencia debida. Así, en los Principios Generales (Parte I, Capítulo II) se menciona la necesidad por parte de las EMN de implementar la debida diligencia basada en los riesgos incorporándola, por ejemplo, a sus sistemas de gestión de riesgos, con el fin de identificar, prevenir o atenuar los impactos negativos, reales o potenciales (...) e informar sobre cómo se reacciona ante dichos impactos negativos” (Principio A10). La Declaración también hace un llamamiento a las empresas para que se esfuercen en evitar los impactos negativos que sus actividades o las de las empresas con las que trabajan o proveen puedan generar en los ámbitos contemplados por las Directrices (Principios A11 y 12).; por último, se insiste en que las empresas fomenten, en la medida de lo posible, “que sus socios comerciales, incluidos sus proveedores y contratistas, apliquen principios de conducta empresarial responsable conformes con la Directrices” (Principio A13).

Por último, y específicamente en materia laboral, habría que mencionar la Declaración Tripartita de la OIT sobre Empresas Multinacionales y

la Política Social de 2006 (en su última versión de 2017), que establece en su art. 10, d) y e) la utilización de la diligencia debida como proceso que debería tenerse en cuenta en el marco de la actuación de las EMN en su actuación en su cadena de valor para calibrar los riesgos en materia de derechos humanos y “para detectar y evaluar las consecuencias negativas, reales o potenciales, sobre los derechos humanos en las que puedan verse implicadas, ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales”. A este respecto, la Guía sobre la Declaración OIT de EMN publicada por la Oficina de Actividades para los Trabajadores de la OIT (2017) ha remarcado que “el proceso de debida diligencia debería tener en cuenta el papel central de la libertad sindical y la negociación colectiva, así como de las relaciones de trabajo y el diálogo social en cuanto que proceso continuo. Esto significa que el proceso de debida diligencia de una empresa debe incluir las organizaciones de trabajadores”. Por tanto, aunque los procesos de diligencia debida, con carácter general, deberán atender el respeto y las posibles violaciones que las empresas hagan de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, la OIT, por su carácter central en el ámbito internacional en defensa de los derechos laborales, extiende también el proceso de diligencia debida a la violación de los derechos fundamentales específicamente laborales, fundamentalmente, la libertad sindical y la negociación colectiva, así como al resto de relaciones de trabajo y al diálogo social.

En definitiva, aunque se parte de la base de que todos los instrumentos anteriores tienen un carácter no vinculante, es importante que organismos de tanta relevancia internacional como la ONU, la OCDE o la OIT hagan del recurso a los procesos de diligencia debida como medida del reconocimiento y el respeto a los derechos humanos en general y de los derechos fundamentales laborales, en particular, en el caso de la Organización Internacional del Trabajo, por cuanto ello puede servir de base para tenerlo en cuenta de cara a un futuro Tratado internacional multilateral, con efectos jurídicos vinculantes, que tenga a la diligencia debida como base del reconocimiento y respeto de la actuación de todo tipo de empresas, pero, principalmente, las empresas multinacionales,

para que respeten los derechos humanos en su actuación a lo largo de toda su cadena de valor.

De momento, y en relación con lo anterior, tales declaraciones han tenido una derivación en relación con distintas iniciativas legislativas nacionales al respecto (Francia y Holanda) y, sobre todo, en relación con una actuación de una organización supranacional como la Unión Europea, a través de la Resolución del Parlamento Europeo sobre diligencia debida (2021), que establece orientaciones a la Comisión Europea en dicha materia para la elaboración por parte de ésta de la correspondiente Directiva en la materia. Todo ello se verá en el apartado siguiente.

3.2. LEGISLACIONES NACIONALES

Todo lo relativo a la diligencia debida se ha ido recogiendo en otros instrumentos de carácter jurídico, fundamentalmente en otros ordenamientos jurídicos distintos del español, aunque, hoy en día, son muy pocos aun los que han hecho un reconocimiento explícito de la diligencia debida a nivel legal. En concreto, han sido Francia, Alemania y Noruega, con carácter general, y Holanda, que ha recogido en una ley la diligencia debida referida a la erradicación del trabajo infantil.

La normativa más antigua es la contenida en la ley francesa, que está implantada desde el año 2017¹¹⁵, cuyo iter legislativo no estuvo exento de dificultades en su camino parlamentario, por la reticencia de las principales organizaciones y lobbies empresariales franceses para su adopción¹¹⁶.

En relación con su contenido, en ella se dispone una obligación de vigilancia para las empresas matrices y subcontratistas respecto del

¹¹⁵ La norma mencionada, en su título original, es la Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, que modifica el art. L. 225-102-4 del Código de Comercio francés, para incluir un instrumento de prevención, el "plan de vigilancia", que deberá ser establecido por las empresas que se encuentran bajo de su ámbito de aplicación.

¹¹⁶ El tortuoso camino que siguió la normativa francesa hasta llegar a hacerse una realidad en el año 2017 puede verse en Guamán Hernández, A. (2018): Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos, Revista Lex Social, vol. 8, n° 2/2018 (p. 22).

cumplimiento de los derechos laborales a lo largo de toda la cadena de suministro en materia de derechos humanos y medioambiente. La dificultad principal que se ha puesto a la ley francesa es su reducido ámbito de aplicación, al establecerse que la norma solo será de aplicación a aquellas empresas de una dimensión considerable, ya que el plan de vigilancia debe ser adoptado por

“toda sociedad que, al final de dos ejercicios consecutivos, emplee al menos a cinco mil empleados dentro de ella y en sus filiales directas o indirectas, cuya sede social se encuentre en territorio francés, o al menos diez mil empleados dentro de ella y en sus subsidiarias directas o indirectas, cuya oficina principal se encuentra en Francia o en el extranjero”.

Nótese, además, que lo que la ley francesa establece es la obligación de la empresa matriz de llevar a cabo la elaboración y seguimiento de un plan de vigilancia del cumplimiento por parte de las empresas filiales y contratistas de la empresa matriz de las obligaciones en materia de derechos humanos y medioambiente, lo que finalmente parece que se extiende también a los proveedores y subcontratistas con los que exista una relación comercial, lo que “remite de manera indirecta al concepto de cadena de suministro” (Guamán Hernández, 2018, p. 241). Sin embargo, otra cosa es, por un lado, cuando se dan las violaciones graves de estos derechos, y por otro, el modo en que debe recaer la sanción a las empresas incumplidoras y quién deba ser la autoridad que deba imponer dicha sanción. En definitiva, son muy importantes los mecanismos de aseguramiento del cumplimiento de la norma, puesto que de ellos depende la verdadera efectividad de esta.

A este respecto, ha de decirse que de la versión original de la norma a lo que finalmente ha resultado después de la intervención del Conseil Constitutionnel francés¹¹⁷ ha mediado un recorte importante en cuanto a las posibilidades de sanción que la norma pueda establecer para las empresas incumplidoras. En efecto, de las elevadas sanciones económicas que la Ley establecía para las empresas matrices por

¹¹⁷ El Conseil Constitutionnel, en su decisión N° 2017-750 DC de 23 de marzo de 2017, declaró contrarias a la Constitución francesa diversas partes de los artículos 1, 2 y 3, pero estimó tanto el interés general de su contenido como la constitucionalidad de las obligaciones que establecía para las empresas.

incumplimientos suyos, pero también, de sus filiales y contratistas, ha resultado algo mucho más reducido, dado que el Conseil consideró que la expresión “derechos humanos y libertades fundamentales, la salud y la seguridad de las personas y el ambiente” es demasiado amplia e indeterminada como para que su violación pudiera ser penada con una sanción tan elevada. En definitiva, tras la sentencia del Conseil constitutionnel, “el mecanismo que ha quedado para forzar el cumplimiento de la norma es por tanto doble: la posibilidad de solicitar al juez una medida cautelar frente a la negativa de la adopción del Plan y la posibilidad de una demanda civil (art. 2) frente a la empresa obligada a adoptar el Plan por el daño que el incumplimiento de la obligación adopción del mismo hubiera podido causar” (Guamán Hernández, 2018, p. 243).

Ahora bien, con la versión actual, para responsabilizar a la empresa matriz, es necesario establecer “el perjuicio que la ejecución de las obligaciones de vigilancia podría haber evitado”, lo que, según este autor, conduce, siempre según la versión final de la ley tras la sentencia sobre la constitucionalidad, a una mera obligación de resultados (Hannoun, 2017).

Con posterioridad a la ley francesa se aprobaría la ley holandesa, de un ámbito más reducido, ya que está referida estrictamente a la aplicación de la diligencia debida en la erradicación del trabajo infantil. Para ello requerirá que todas las empresas investiguen si el trabajo infantil está presente en sus cadenas de suministro y elaboren un plan de acción para combatirlo, lo que se aplicaría a todas las empresas registradas en Holanda, así como a las empresas internacionales que envían productos a los Países Bajos al menos dos veces al año.

Estas empresas deben evaluar si existe una presunción razonable de que los bienes y servicios de su cadena de suministro han sido producidos con trabajo infantil. En el caso de que se presuma razonablemente que el trabajo infantil ha contribuido a un producto o servicio, la empresa debe elaborar un plan de acción para erradicarlo. El plan de acción debería estar en consonancia con las directrices internacionales, como los Principios rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los

derechos humanos o las directrices de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) para las empresas multinacionales.

Las empresas que no presenten una declaración de diligencia debida recibirán una multa simbólica de 4.100 euros. Si la empresa no lleva a cabo la debida diligencia con respecto a las normas del regulador, se le impondrá una multa. La pena máxima para una empresa que no cumpla con la nueva ley se fija en la prisión del director de la empresa y en una multa de 750.000 euros o el 10% del volumen de negocios anual de la empresa.

En definitiva, la ley holandesa supone un paso más en el reconocimiento jurídico del concepto de diligencia debida en el mundo, si bien es verdad que abarca un campo más reducido que la norma gala, dado que solo tiene por objetivo el trabajo infantil, y no la generalidad de los derechos humanos como aquella. Otra cosa será comprobar a futuro la efectividad que la norma ha tenido, dado que el planteamiento de la normativa holandesa no parece que sea fácil de implementar por las empresas, dado se pone en su tejado la obligación de investigar cuáles de sus proveedores incumple sistemáticamente la prohibición mundial de utilización del trabajo infantil como mano de obra, tarea que no resulta sencilla cuando el domicilio del proveedor se sitúa a miles de kilómetros de distancia de la matriz.

Mucho más recientemente (en junio de este mismo 2021) se ha producido la aprobación de dos nuevas leyes sobre diligencia debida, en Alemania y Noruega. La ley alemana (que entrará en vigor en 2023) tiene un carácter general, como la francesa, dado que pretende la exigencia del respeto a los derechos humanos y al medioambiente en toda la cadena de suministro, siendo su ámbito inicial de aplicación el de aquellas empresas con domicilio social o sucursal en Alemania y que cuente con más de 3000 empleados, si bien es verdad que dicho requisito se modulará en 2024 para pasar a ser menos exigente y obligar a todas aquellas empresas que tengan más de 1000 empleados, lo que redundará, sin duda, en una mayor capacidad aplicativa de la misma.

Las principales debilidades que se han achacado a la Ley Alemana de Diligencia Debida son las siguientes¹¹⁸: a) Las obligaciones integrales de diligencia debida se aplican solo a las propias operaciones comerciales de la empresa y a los proveedores directos, pero no a los proveedores indirectos. En el caso de los proveedores indirectos, las empresas no están obligadas a realizar un análisis de riesgos de manera proactiva y sistemática, sino sólo sobre una base ad hoc, cuando adquieren “conocimiento fundamentado” de una posible violación de los derechos humanos; b) La ley no prevé la responsabilidad civil de las empresas por los daños causados por el incumplimiento de sus obligaciones de diligencia debida. Como resultado, el legislador perpetúa la incertidumbre judicial. Las partes perjudicadas siguen sin tener casi ninguna posibilidad de presentar demandas contra empresas alemanas por violaciones de los derechos humanos ante los tribunales civiles alemanes; c) La ley tiene en cuenta los aspectos ambientales sólo marginalmente; falta una obligación independiente y comprensiva de la diligencia debida ambiental; d) Las disposiciones sobre la reparación efectiva de las víctimas, y sobre la participación de las afectadas en el proceso son escasas. La ley no prevé que las víctimas puedan obtener reparación mediante un mecanismo de denuncia; e) El número de empresas cubiertas es demasiado pequeño. La ley solo abarca a las empresas con más de 3.000 empleados. Sin embargo, las pequeñas y medianas empresas también pueden tener impactos negativos significativos en los derechos humanos y las cuestiones ambientales cuando operan en un sector de riesgo.

No obstante, a pesar de todas esas debilidades de la ley, lo importante quizás sea el que representa un paso legislativo más en el contexto de la diligencia debida, en un país de tanto peso como Alemania y cuyas empresas tanto aportan a la economía europea y a la mundial, con un gran número de empresas multinacionales, por lo que la implantación de la normativa alemana, junto con su precedente francés, puede servir

¹¹⁸ Extraído de <https://observatoriorisc.org/principales-novedades-en-materia-de-debida-diligencia/>

de locomotora para la agilización de otras normativas en la materia que están aún en fase de elaboración o en proyecto.

Por último, habría que mencionar la ley noruega sobre diligencia debida¹¹⁹ (2021), que introduce obligaciones para un gran número de empresas de ese país a respetar los derechos humanos y el medioambiente en sus cadenas de valor, implementando para ello procesos de debida diligencia. Además, se crea un requisito adicional para las empresas, consistente en la obligación de informar sobre sus impactos negativos reales y riesgos significativos identificados a través de la debida diligencia, así como de las medidas adoptadas por las empresas para cesar o prevenir los impactos negativos.

La divulgación debe estar fácilmente disponible en la página web de la empresa, y debe actualizarse anualmente o cuando se produzcan cambios significativos en los riesgos, añadiéndose, incluso, un requisito para que las empresas respondan a las demandas públicas de información sobre sus impactos negativos y su debida diligencia.

Se ha entendido que la carencia fundamental de la ley es que no establece la obligación jurídica de respetar los derechos humanos en virtud de la legislación noruega, basándose más bien en las Directrices de la OCDE y en los Principios de las Naciones Unidas como base para un enfoque armonizado de la diligencia debida como norma de cumplimiento, y la regula como un deber de información por parte de las empresas sobre sus conductas empresariales y su deber de transparencia.

3.3. LA OPINIÓN DE LOS AGENTES SOCIALES

Los agentes sociales se han sumado a todo el movimiento jurídico que intenta implantar la diligencia debida en los procesos de contratación internacional en el marco de la actuación de una empresa multinacional y a lo largo de toda la cadena de suministro.

Siendo conscientes de la dificultad que plantea la implementación de este concepto y su efectividad, las confederaciones sindicales

¹¹⁹ Ley sobre transparencia empresarial y trabajo decente, aprobada el 10 de junio de 2021 con una amplia mayoría del Parlamento noruego.

internacionales han reconocido que poco a poco se van dando pasos, en la esperanza de que todo esto llegue a fructificar algún día en un reconocimiento jurídico por alguna organización supranacional, bien en el seno de la Unión Europea (a través de un Reglamento o una Directiva), bien en el marco de la comunidad internacional, a través de la adopción de un Tratado multilateral vinculante para todos los Estados que lo ratificaran.

La CSI ha recogido en un informe¹²⁰ su visión del tema, describiendo el estado de las legislaciones nacionales al respecto y remarcando los elementos que dicho concepto debería tener para una correcta aplicación en un contexto de producción mundial globalizada si se quiere que se respeten obligatoriamente los derechos fundamentales laborales en el marco de las cadenas de suministro.

A este respecto, como se ha dicho, se ha resaltado el avance que las distintas legislaciones nacionales van dando en relación con la incorporación del concepto de diligencia debida en sus propios ordenamientos, en unos casos con el pleno reconocimiento (p.e., Francia, Alemania, Noruega) y en otros con un reconocimiento parcial del mismo (Holanda). Sin embargo, a nivel general, en el informe se ponen de manifiesto las carencias actuales de las distintas legislaciones nacionales del mundo en relación con la diligencia debida. Así, del estudio de campo hecho y que sirvió de base para la elaboración del mencionado documento, se revela que el 50% de las empresas evaluadas no contaban con un proceso efectivo de diligencia debida¹²¹ y solo un tercio de las empresas encuestadas indicaron emplear algún tipo de diligencia debida¹²², por lo que las carencias actuales en esta materia son llamativas y requerirían de la actuación por parte de los gobiernos nacionales, pero también de las autoridades regionales o internacionales para la toma de postura en serio en relación con la definitiva implantación de dicho

¹²⁰ Informe CSI (2020): Hacia la diligencia debida obligatoria en las cadenas mundiales de suministro, disponible en https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/duediligence_global_supply-chains_es.pdf

¹²¹ Informe CSI (2020), p. 6.

¹²² Informe CSI (2020), p. 7.

concepto a través de normativas vinculantes. Solo así se conseguiría el rigor normativo necesario para la consecución del objetivo pretendido en un mercado laboral y económico globalizado.

Por último, la CSI ha colaborado en la elaboración de un informe relativo a los elementos que serían precisos para la consideración como eficaz a una legislación en materia de diligencia debida¹²³, cuyo análisis prioritario se centra en los respectivos puntos fuertes y débiles de distintas leyes al respecto, y recomendando, finalmente, ocho componentes básicos de una legislación eficaz sobre diligencia debida, que serían los siguientes:

- a. La obligación de conducir la diligencia debida respecto a los derechos humanos debería imponerse a todas las compañías, independientemente de su talla, estructura o titularidad;
- b. La obligación de practicar la debida diligencia respecto a los derechos humanos debería extenderse a todas las entidades con las que estén conectadas las empresas comerciales a través de relaciones contractuales o de inversión;
- c. La obligación de practicar la debida diligencia respecto a los derechos humanos es extensiva a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, incluyendo los derechos en el trabajo, sin distinción alguna. Se espera asimismo que las compañías ejerzan la diligencia debida en relación con su impacto medioambiental, incluyendo el impacto climático;
- d. Debería exigirse a las empresas comerciales que establezcan o participen en mecanismos de reclamación efectivos a nivel operacional, con vistas a identificar y remediar su impacto adverso sobre los derechos humanos;
- e. Las obligaciones de diligencia debida respecto a los derechos humanos deberían ser controladas por un organismo público competente, y cualquier violación de dichas obligaciones conllevaría sanciones eficaces y disuasivas;

¹²³ De Schutter, O. (2019). Towards mandatory due diligence in global supply chains. Ginebra.

- f. El requisito de aplicar la debida diligencia respecto a los derechos y el de remediar cualquier daño derivado de la violación de dichos derechos deberán tratarse como obligaciones separadas y complementarias;
- g. La carga de la prueba ha de recaer en la compañía, que deberá demostrar que no podía haber hecho más para evitar ocasionar el daño, una vez que la víctima haya demostrado el daño infringido y su conexión con las actividades comerciales de la compañía; h) La debida diligencia deberá apoyarse en una colaboración significativa con los sindicatos.

En definitiva, si la implementación de estos procesos de diligencia debida es importante en las relaciones de mercado en su conformación actual, no hay que olvidar que las relaciones laborales forman parte de esas relaciones, y, por tanto, la diligencia debida debería tener en cuenta la opinión de los trabajadores y sus representantes en la implantación empresarial de tales procesos, considerando que los derechos laborales individuales, y, sobre todo, los colectivos (libertad sindical, huelga, negociación colectiva y representación de los trabajadores) deberían ser respetados por el ejercicio adecuado de la debida diligencia.

3.4. OPCIONES DE FUTURO

Una vez que se ha precisado el concepto de diligencia debida y se ha visto cómo se está implementando, tanto en las Declaraciones de organismos internacionales, primero, y posteriormente en las distintas legislaciones nacionales que la han recepcionado, toca ahora ver cuáles podrían ser las opciones de futuro para una mayor efectividad de esta institución y para que el reconocimiento y respeto de los derechos humanos y del medioambiente sea una realidad en una economía y mercado de trabajo cada vez más globalizados.

En definitiva, y una vez que la noción de diligencia debida ya es una realidad en la mayoría de las declaraciones de las distintas organizaciones internacionales involucradas en la defensa de los derechos humanos, la mayoría de la doctrina ha afirmado que dichas declaraciones, siendo importantes, no facilitan una efectividad real de aquél concepto.

Por tanto, se necesita una norma jurídica de carácter transnacional para seguir profundizando en la implantación de la diligencia debida.

A este respecto, han sido dos las principales ideas que se barajan al respecto: la primera (que ya ha dado sus primeros pasos) es de carácter regional, y sería la Directiva de la UE relativa a la diligencia debida. La segunda, más allá del ámbito comunitario, pasaría por la redacción y firma de un Tratado multilateral, en el seno de Naciones Unidas, sobre este concepto y que fuera ratificado por la mayoría de los países que pertenecen a aquella organización internacional.

En relación con la norma comunitaria, hay que decir que ya ha habido un primer avance con la Resolución del Parlamento Europeo¹²⁴, que formula recomendaciones a la Comisión para la redacción de la futura Directiva sobre Diligencia Debida. La normativa europea (en caso de ser aprobada) se aplicaría a las grandes empresas, a las pequeñas y medianas empresas que cotizan en bolsa, y a las pequeñas y medianas empresas que operan en sectores de alto riesgo. También a aquellas que, aunque no se encuentren establecidas en el territorio de la UE operen en el mercado interior vendiendo bienes o prestando servicios (art. 2).

El texto incide en que la debida diligencia debe abarcar toda la cadena de valor y por ello se deben establecer mecanismos de debida diligencia obligatorios y efectivos que cubran todas las actividades de la empresa y sus relaciones comerciales, incluidas sus cadenas de suministro y subcontratación. Es decir, se pone una obligación a las empresas que se incluyan en su ámbito de aplicación, no solo para el respeto por su parte de los derechos humanos y el medioambiente, sino que dicho papel va más allá, debiendo supervisar que tales derechos también son cumplidos por todas las empresas incluidas en su red comercial y por sus proveedores a lo largo de toda la cadena de suministro. Para ello, deberán establecer toda una estrategia de diligencia debida (art. 4), describiendo su cadena de valor y, con la debida consideración de la confidencialidad comercial, “revelarán públicamente la información pertinente sobre la

¹²⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad social corporativa (2021/2129(INL)).

cadena de valor de la empresa, que puede incluir nombres, ubicaciones, tipos de productos y servicios suministrados, así como otros datos relevantes respecto a filiales, proveedores y socios comerciales en su cadena de valor” (art. 4.4), y debiendo, asimismo, “verificar periódicamente que los subcontratistas y los proveedores se atienen a las obligaciones que les atañen” (art. 4.9). Por tanto, la norma es ambiciosa en cuanto a sus objetivos, aunque no será fácil en la mayoría de los supuestos la determinación de todos los componentes de las cadenas, contratados y subcontratados, y el efectivo control que estos hagan de los derechos contemplados en la normativa, teniendo en cuenta que la mayor parte de aquellos serán pequeños talleres situados a muchos kilómetros de distancia de la empresa matriz.

La resolución del Parlamento otorga también un papel relevante a los sindicatos y representantes de los trabajadores en este campo, dado que les asigna un papel de supervisión y control de toda la estrategia de diligencia debida, en ayuda, por tanto, del papel que las empresas tienen en relación con la evaluación y revisión de dicha estrategia (art. 8). Por otra parte, y como complemento de lo anterior, se asigna a los Estados Miembros una obligación de velar por el respeto de los derechos de los sindicatos, representantes de los trabajadores y otras organizaciones de la sociedad civil en la definición de los planes sectoriales de diligencia debida que voluntariamente puedan hacer las empresas (art. 11.2).

Por último, y es importante, la Resolución introduce mecanismos de reclamación y procesos de reparación, así como la previsión de sistemas de sanciones por incumplimiento de estas obligaciones (art. 18) y la regulación de la responsabilidad civil de las empresas obligadas por los daños que ellas o las empresas bajo su control hayan causado o contribuido a causar (art. 19).

Por último, en el ámbito internacional, y con independencia de que se llegue a aprobar finalmente la Directiva comunitaria sobre diligencia debida, hay que decir que ha habido voces que han reclamado la firma de un gran texto internacional, en forma de tratado multilateral vinculante jurídicamente para todos los estados que lo ratificasen, que incluyese obligaciones en materia de diligencia debida.

4. CONCLUSIONES

1. La diligencia debida es un concepto que se entiende como forma de hacer efectiva la responsabilidad de las empresas internacionales en el marco de las cadenas mundiales de suministro.
2. El inicial reconocimiento de este se ha hecho por parte de distintos organismos internacionales (OIT, OCDE y ONU), a través de distintas Declaraciones que vinieron a implementarlo.
3. La materialización efectiva de dicha exigencia pasa por la materialización de tal concepto a través de normas jurídicas, nacionales e internacionales.
4. Los primeros ordenamientos jurídicos nacionales que la han incorporado han sido Francia, Alemania y Noruega, a nivel general, y Holanda, con una ley centrada exclusivamente en la erradicación del trabajo infantil.
5. Por último, algunas organizaciones supranacionales también lo están incorporando a su acervo jurídico, tales como la UE, a través de la Resolución del Parlamento UE de 15 de marzo de 2020, que se entiende como el germen de la futura Directiva comunitaria en la materia, puesto que contiene algunas recomendaciones a la Comisión en materia de diligencia debida.

5. REFERENCIAS

- Barretto Ghione, H. (2021). Limitaciones de la noción de diligencia debida en materia laboral: Comentarios a la reciente resolución del parlamento europeo. *Derecho Laboral. Revista de Doctrina, Jurisprudencia e Informaciones Sociales*, 64 (281), 21–33.
<https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/RDL/article/view/2066>
- CSI (2020). *Hacia la diligencia debida obligatoria en las cadenas mundiales de suministro*, Ginebra.
- CSI (2019). *Posición de la CES para una directiva europea sobre diligencia debida obligatoria en derechos humanos y conducta empresarial responsable*, Ginebra.
- De Schutter, O. (2019). *Towards mandatory due diligence in global supply chains*. Ginebra.
- EY-ECOVADIS (2021): *La sostenibilidad en la cadena de suministro en España*, https://proyectotranslab.usal.es/wp-content/uploads/sites/83/2021/04/Estudio-sostenibilidad-en-la-cadena-de-suministro-en-Espana_2021.pdf
- Martínez San Millán, C. (2020). Las diferentes iniciativas sobre diligencia debida en la cadena de suministro de minerales de zonas de conflicto y de alto riesgo: ¿existen alternativas viables más eficaces? *Revista de Estudios Internacionales*, 197, 121-151.
- Guamán Hernández, A. (2018). *Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos*. *Lex Social*, 8 (2).
- Comisión Europea (2020). *Estudio sobre los requisitos en materia de debida diligencia en las cadenas de suministro (Informe final)*, Bruselas.
- Martín-Ortega, O. (2013). *La diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos: un nuevo estándar para una nueva responsabilidad*. *El tiempo de los derechos*, 9, https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19321/diligencia_martin_%20PTD_2013.pdf?sequence=1
- Moreno Díaz, J.M. (2021). “La negociación colectiva internacional en el marco de la digitalización”, Bomarzo, Albacete.
- Sanguinetti, W. y Vivero, J.B. (2021). *El imparable avance de la diligencia debida en materia de derechos humanos*. *Trabajo y Derecho, nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 14. Wolters Kluwer.

SECCIÓN V

NUEVOS RETOS SOCIALES

EL *CORPUS IURIS* INTERNACIONAL DE LOS
DERECHOS DE LOS MIGRANTES Y LA
PERMEABILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA
INTERNACIONAL EN LAS CORTES Y/O TRIBUNALES
CONSTITUCIONALES EN LA MATERIA.
DIALOGOS E INJERTOS

CLAUDIA KATHERINE VIVAS MANTILLA
Universidad Autónoma de Baja California

LUIS CARLOS CASTRO VIZCARRA
Institución donde se adscribe el autor

1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, la definición de migrante acordada por las Naciones Unidas es “alguien que ha residido en un país extranjero durante más de un año independientemente de las causas de su traslado, voluntario o involuntario, o de los medios utilizados, legales u otros”¹²⁵

Por otro lado, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) define a los refugiados como “personas que se encuentran fuera de su país de origen por temor a la persecución, al conflicto, la violencia generalizada, u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público y, en consecuencia, requieren protección internacional.”¹²⁶

Así pues, podemos entender que los refugiados serán entendidos como parte de este grupo de migrantes, pues son una categoría de estos,

¹²⁵ Naciones Unidas (UN), Refugiados y migrantes, Definiciones, en línea, disponible en: <https://refugeesmigrants.un.org/es/definitions>

¹²⁶ Ídem.

quienes han huido de su país por razones particulares, en tanto dentro de la gran clasificación de los migrantes habrá otros motivos que dieron origen a su traslado.

El derecho internacional, prioritariamente el derecho internacional de los derechos humanos ha penetrado en el derecho interno de los Estados en los diferentes Continentes del mundo, por lo que teorías clásicas del derecho como la pirámide jurídica de Adolf Merkl y Hans Kelsen, o la del Reloj de Arena de Felipe Tredinnik, ya no son tan acertadas para clasificar la ponderación de fuentes normativas. Cada vez es más frecuente que términos como Monismo y Dualismo ya no sean extraños a los profesionales del derecho, pues aquellos que originalmente eran términos filosóficos ahora exponen la relación de conflicto entre el derecho interno y el derecho internacional, si bien parece que ahora tampoco éstos satisfacen a los más recientes doctrinantes neoconstitucionalistas.

Sin embargo, y con independencia de la corriente teórica que se maneje para compaginar el marco jurídico internacional materia de derechos humanos y el orden jurídico interno, lo cierto es que ha sido deber de los Magistrados de las Cortes y Tribunales Constitucionales de cada Estado, en respeto irrestricto de su Propia Carta Magna, Tratados a los cuales se han Adherido y la Jurisprudencia internacional que les compete, que han creado su propio marco referencial e interpretativo en el catálogo de los DDHH, siendo el que compete para este estudio el de los derechos de los migrantes.

2. OBJETIVOS

2.1. OBJETIVO PRINCIPAL

Como objetivo principal se planteó desarrollar un análisis de la permeabilidad de la jurisprudencia de los Órganos Jurisdiccionales Internacionales a las Cortes y Tribunales Constitucionales de diferentes Estados respecto a los derechos de los migrantes.

La hipótesis central de esta investigación es de tipo causal, la cual establece que los principios rectores en materia de derechos humanos

relacionados con los migrantes a los cuales se han adherido los Estados implican que las Cortes y Tribunales Constitucionales tomen en consideración los referentes jurisprudenciales internacionales.

2.2. OBJETIVOS SECUNDARIOS

- Enlistar jurisprudencias de diferentes Cortes y/o Tribunales Constitucionales en materia de derechos de los migrantes que presenten permeabilidad de la jurisprudencia internacional.
- Analizar el contexto jurídico internacional de los derechos de los migrantes.
- Reflexionar sobre la evolución de los Estados respecto a la permeabilidad de la jurisprudencia internacional en la casuística de los derechos migratorios.

3. METODOLOGÍA

La presente será una investigación mixta, por cuanto por definición representa una mezcla del enfoque cualitativo y cuantitativo¹²⁷, y es esta la más acorde para esquematizar las acciones a efectuar.

Al ser propiamente un estudio jurisprudencial de derecho comparado, a nivel específico lo más acorde sería catalogarlo como una investigación jurídico-dogmática,¹²⁸ por lo que el trabajo de investigación de índole jurídico-comparativo¹²⁹.

Finalmente, la técnica a aplicar es, como ya se ha referido claramente, la de análisis jurisprudencial, que con el mismo referente teórico correspondería a las siguientes características: “técnica en la que se profundiza en otro capítulo pues es la que mayor importancia tiene en la

¹²⁷ Hernández Sampieri, Roberto, et. al., Metodología de la investigación, 6ta. Ed., Mc Graw Hill, Mexico, 2014. p. 534.

¹²⁸ Álvarez Undurraga, Metodología de la investigación jurídica: hacia una nueva perspectiva, en, Clavijo, Darwin, et. at., Método, metodología y técnicas de la investigación, aplicada al derecho, Universidad de Pamplona, Editorial Ibañez, Colombia, 2014, p. 49.

¹²⁹ Clavijo, Darwin, et. at., Método, metodología y técnicas de la investigación, aplicada al derecho, Universidad de Pamplona, Editorial Ibañez, Colombia, 2014, p. 50.

investigación jurídica y la socio-jurídica. El análisis de jurisprudencia es un modelo inductivo”¹³⁰

Se recurrió a la recolección de información en fichas modelo que enuncian la referencia del caso, la Fuente (Estado Parte, Tribunal/Corte, seccional, fecha, datos relevantes), breve resumen de los hechos, Órgano Jurisdiccional Internacional alusivo y referente considerado.

4. RESULTADOS

El estudio confirma la reciente tendencia de las Cortes y Tribunales Constitucionales a referir, no sólo los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos en sí mismos, sino a su vez la jurisprudencia de los Órganos Jurisdiccionales Internacionales dentro de la *obiter dicta* y la *ratio decidendi* de sus fallos.

Dentro de la casuística del derecho migratorio, se estudiaron los portales de las Cortes y/Tribunales de Argentina, Colombia, España y México.

4.1. ARGENTINA

Como punto de partida, se efectuó un análisis de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina del 03 de Mayo del 2005 Recurso de Hecho - Verbitsky, Horacio c/s/habeas corpus.

En un breve resumen de los hechos, el 15 de noviembre de 2001 Horacio Verbitsky, en calidad de representante legal del CELS, interpuso un recurso de hábeas corpus correctivo y colectivo ante Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires para la defensa de todas las personas privadas de libertad en la jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, las cuales señaló que se encontraban “detenidas en establecimientos penales y comisarías sobrepoblados, a pesar de que legal y

¹³⁰ Ibidem, p. 52.

constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados”¹³¹

Dentro de los límites provinciales, de acuerdo con la información de los hechos, operaban para la fecha 340 comisarías, con una capacidad de 3.178 personas, que en el momento contenían a 6.364 personas. Enfatizó que en la seccional del conurbano bonaerense se localizaban 5.080 personas, cuando el límite de las celdas era de 2.068 personas.¹³²

Con respecto a las condiciones de las instalaciones, el accionante sostuvo que la desmedida sobrepoblación y las carentes condiciones de higiene se sumaban a la falta de ventilación y luz natural, falta de mobiliario para necesidades básica como comer, dormir, e insuficiencia de sanitarios, lo que ocasionaba un riesgo elevado de contagio de enfermedades y casos de violencia física y sexual entre los propios internos, situación particularmente para las mujeres y menores detenidos en estos establecimientos policiales.¹³³

Si bien la cuestión fáctica ocasionó una controversia respecto a la procedibilidad de la acción del habeas corpus para este caso en cuestión, así como la viabilidad de la resolver una cuestión que indiscutiblemente estaba relacionada con factores administrativos y financieros desde el poder judicial, eventualmente se dio procedibilidad a la acción y durante el estudio del caso de efectuó un estudio del derecho internacional bastante enriquecedor.

Cabe mencionar que el aplicativo de la página de la CSJN de Argentina es considerablemente avanzado comparado con el aplicado por otras Cortes en América latina. Tiene un sistema de identificación de citas entre fallos, así como un detector de citas de instrumentos internacionales entre las sentencias, lo cual de cierta forma facilitaba este trabajo.

¹³¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “Verbitsky, Horacio C/S/ habeas corpus”, sentencia del 03 de Mayo del 2005, Fallos: 328:1146, p. 15, Argentina. disponible en: <https://bit.ly/3Flf69>

¹³² Ídem.

¹³³ Ídem. P.17.

La plataforma identifica ciertos criterios en particular, por ejemplo, en el caso de la sentencia en mención, solo refiere que se citan 51 fallos internos de la Corte y como instrumento a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Sin embargo, una revisión de la sentencia permite visualizar además las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos, en el Primer Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del delito y el tratamiento del delincuente, de Ginebra, en 1955, aprobadas por el Consejo Económico y Social en su resolución 663 C31-7-57 y complementada en la 2076 del 13 de mayo de 1977, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece en el art. XXV que "todo individuo tiene también un tratamiento humano durante la privación de su libertad", el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que "toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano" y en sentido similar el art. 5 inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

No obstante, el análisis realizado por la CSJN de Argentina se encuentra lucrado por un extenso catálogo de criterios jurisprudenciales internacionales, desde casos de la Corte IDH, el TEDH, hasta procesos de la Corte Suprema de Estados Unidos.

Tabla 1. Recopilación de jurisprudencia internacional referida en “Verbitsky, Horacio C/S/ habeas corpus”

INSTANCIA	PROCESO REFERIDO
Corte Interamericana de Derechos Humanos	Caso Instituto de Reeducción del Menor v. Paraguay
	Caso Bulacio vs. Argentina
	Caso de la Cárcel de Urso Branco (Medidas provisionales respecto de la República Federativa del Brasil)
	Caso Mendoza y otros Vs. Argentina (Referido como Caso de las Penitenciarias de Mendoza)
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	Caso Peers v. Greece
	Caso Price v. The United Kingdom
	Caso Kalashnikov v. Russia
Corte Suprema de Estados Unidos	Caso Wolff v. McDonnell; 418 US 539, 1974
	Caso Hutto v. Finney 437 U.S. 678, 1978
	Caso Bell v. Wolfish, 441 U.S. 520, 1979
	Caso Rhodes v. Chapman 452 U.S. 337, 1981

Fuente: creación propia.

En relación a la ubicación e importancia de la mención de estas jurisprudencias, se hace un análisis histórico-evolutivo de los derechos de los reclusos desde una óptica jurisprudencial internacional en la *obiter dicta* de la CSJN Argentina, de los casos que se refieren a continuación, y aquellos que corresponden a la esfera convencional son además referidos nuevamente en la disidencia del Señor Ministro Doctor Don Antonio Boggiano, punto No. 7.

En esta disidencia, el Dr. Boggiano refiere que la decisión es claramente conservadora, pues no conecta a otras instancias que también están obligadas a cumplir con el respeto irrestricto de los derechos humanos, declarando:

8º) Que las provincias no son ajenas al cumplimiento de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Ello en atención a lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional según el cual ella, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales. Por lo demás, con la reforma constitucional de 1994 la supremacía del derecho internacional respecto del derecho interno ha pasado a integrar los principios de derecho público de la Constitución (arts. 27 y 75, incs. 22 y 24 de la Constitución Nacional; Fallos: 324:3143, voto del juez Boggiano).¹³⁴

Otros casos de la CSNJ de Argentina que pueden referirse en materia migratoria y que dentro del estudio evidenciaron permeabilidad de jurisprudencia internacional fueron el Recurso directo impuesto por Zoyla Cristina Barrios Rojas exp. 2091169/06 y el Caso Anónimo RMA contra FMB por reintegro de la tutela de un menor, 004198/2015.

4.2. COLOMBIA

En Colombia, se partió analizando en lo particular la sentencia de la Corte Constitucional del 23 de Julio de 2021 Acción de Tutela – LCVO Acción de tutela T-236-21, por clasificación errónea del tipo penal de “inducción a la prostitución” en lugar de “trata de personas” en la presentación de una denuncia.

LCVO, la accionante, de nacionalidad venezolana, declaró que estando en su país, en fecha del 25 de enero de 2019, recibió una oferta de trabajo en Colombia que consistía en suministro de bebidas calientes, la cual incluía el traslado de ella y su familia hasta este país, así como vivienda y alimentación. A razón de las precarias condiciones económicas en las que se encontraba, ella aceptó el trabajo y se trasladó con su esposa e hijas.

No obstante, al encontrarse en la vivienda de la ciudad donde residirían, se le manifestó que las intenciones de su traslado eran con el objetivo de prostituirla y fue accedida carnalmente. Ella y su familia lograron escapar y mediante el apoyo de la Cruz Roja y de la Defensoría del

¹³⁴ *Ibidem*, p. 113.

Pueblo, se intentó activar la ruta de atención de víctimas de trata de personas a través del COAT, pero esto fue imposible porque la Fiscalía consideró que el delito como inducción a la prostitución.

A razón de la condición migratoria, con apoyo de la Cruz Roja la familia tuvo un retorno asistido a su hogar. Lamentablemente, en este punto los victimarios conocían la locación de la vivienda de la víctima y recibió amenazas contra la integridad de su familia si no retornaba a la locación en Colombia a ejercer la prostitución. Es en este contexto que se ve obligada a regresar a Colombia y que tras un segundo intento exige el apoyo de la Fiscalía para considerar su caso como víctima de trata de personas, para que el país le conceda asilo y pueda proteger a su familia, sin embargo, debido a las constantes negativas, acciona mediante tutela.

Dentro de este proceso, la Corte Constitucional Colombiana establece que, si bien no puede deliberadamente dictaminar que se efectuó una indebida tipificación del delito, la accionante tiene derecho a ser amparada y se debe efectuar una revisión efectiva de su proceso, por lo cual ordena activar la ruta de protección y asistencia para ella y su familia, así como un análisis a la carpeta del CAIVAS donde se halla proceso judicial de la víctima.

En el camino para establecer el alcance de las facultades de esta acción de tutela, así como la responsabilidad del Estado ante las víctimas de trata de personas, la Corte Constitucional de Colombia analizó diferentes argumentos, los cuales soportó con una lista de apartados específicos dentro de jurisprudencias de la Corte Interamericana de Derechos humanos, en su mayoría, párrafos específicos, como se refiere a continuación:

Tabla 2. Recopilación de Jurisprudencia de la Corte IDH referida en la sentencia T-236/21

PROCESO REFERIDO
Corte IDH. Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 236
Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 174
Corte IDH. Caso Anzualdo Castro vs. Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009 párr. 62
Corte IDH. Caso Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, párr. 323
Corte IDH. Caso Fernández Ortega. Vs. México. EPFRC. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Párr. 19
Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. EPFRC. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Párr. 178
Corte IDH. Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. EPFRC. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Párr. 140
Corte IDH. Caso V.R.P., V.P.C.* y otros Vs. Nicaragua.

Fuente: creación propia.

A diferencia de la CSJN de Argentina, este proceso refiere solo jurisprudencia convencional. Sin embargo, la Corte Constitucional de Colombia en otros casos relacionados con migrantes si ha analizado jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este es el caso de la sentencia T-006/2020, donde se estudia el derecho a la nacionalidad de los niños y niñas hijos de extranjeros que se encuentran en riesgo de apatridia en Colombia y se refieren una considerable lista de casos por parte de la Corte y los intervinientes, los cuales se refieren a continuación:

Tabla 3. Recopilación de Jurisprudencia internacional referida en la sentencia T-006/20

INSTANCIA	PROCESO REFERIDO
Corte Interamericana De Derechos Humanos	Caso Yean y Bosico vs. República Dominicana
	Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana
	Caso Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala
	Caso Gelman vs. Uruguay
	Castillo Petruzzi y otros vs. Perú
	Caso Niños de la calle vs. Guatemala
Tribunal Europeo De Derechos Humanos	Caso Bah v. Reino unido
	Caso Sejdic and finci v. Bosnia and Herzegovina
	Caso Kuric and others v. Eslovenia
Corte Africana De Derechos Humanos Y Del Pueblo	Caso Anudo v. Tanzania

Fuente: creación propia.

En este sentido, cabe aclarar que el único caso expresamente referido por la Corte Constitucional de Colombia en la *obiter dicta* es el primero de la lista, mientras que los otros forman parte del contexto argumentativo de los demás intervinientes que son tomados en consideración. La Misma Corte Constitucional de Colombia si ha referido sentencias de otros Tribunales Internacionales y/o Cortes Regionales Derechos Humanos, más no en materia migratoria.

Otros casos identificados durante el proceso de estudio de análisis de la Corte Constitucional de Colombia que presentan permeabilidad de jurisprudencia internacional y que se encuentran dentro de la materia de los derechos de los migrantes son la Sentencia C-416/14 Omisión legislativa-Inexistencia en Ley que crea sistema nacional de migraciones y la Sentencia T-250/ de 2017 del trámite de obtención de visa de trabajo iniciado por un extranjero-Caso de nacionales venezolanos que residen en Colombia y solicitan el reconocimiento de la condición de refugiado y la expedición de una visa humanitaria.

4.3. ESPAÑA

En caso del Tribunal Constitucional de España es un poco más Conservador. Al Encontrarse dentro del marco común de la Unión Europea, no es extraño que las sentencias refieran al menos un caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al cual se refieren como “asuntos”. Para ilustrar esta situación en el caso migratorio es posible mencionar las siguientes sentencias:

1. Sentencia A: Sala Primera. Sentencia 148/2004, de 13 de septiembre de 2004. Recurso de amparo 6657-2003. Promovido por don Kastriot Jaupi respecto a los Autos de la Audiencia Nacional que declararon procedente su extradición a Albania. Vulneración de los derechos a la tutela judicial y a un proceso con garantías en relación con la prueba: extradición pasiva para ser enjuiciado por asesinato sin indagar sobre las alegaciones de persecución política (STC 32/2003).
2. Sentencia B: Sala Segunda. Sentencia 151/2021, de 13 de septiembre de 2021. Recurso de amparo 5197-2019. Promovido por don Marin Sorocean respecto de las resoluciones dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en procedimiento de expulsión del territorio nacional. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: resoluciones judiciales que no ponderaron adecuadamente las circunstancias personales y familiares al ratificar la orden de expulsión de un extranjero del territorio nacional (STC 131/2016).
3. Sentencia C: Pleno. Sentencia 121/2021, de 2 de junio de 2021. Recurso de amparo 1406-2020. Promovido por don Jordi Sànchez i Picanyol respecto de la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que le condenó por un delito de sedición. Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, al juez imparcial y ordinario predeterminado por la ley, de defensa, a no padecer discriminación por razón de la lengua, a un proceso con todas las garantías, de presunción de inocencia y a la legalidad penal: sentencia dictada en causa especial en cuya tramitación se observaron las garantías procesales y en la que se impuso una pena que no puede considerarse desproporcionada o que desaliente el ejercicio de otros derechos fundamentales. Voto particular.

Sin ahondar en contexto particular de cada proceso, se enlista a continuación la extensa cantidad de casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que fueron tomados en consideración para la toma de decisiones en cada uno de estos fallos particulares, siendo notorio el incremento de la referencia de jurisprudencia internacional en años recientes.

Tabla 4. Recopilación de Jurisprudencia internacional referida en sentencias del Tribunal Constitucional de España

ELEMENTO	PROCESOS REFERIDOS
SENTENCIA A	Caso Peñafiel Salgado c. España
	Caso Soering c. Reino Unido
	Caso T. y V. c. Reino Unido
SENTENCIA B	Caso G.V.A. c. España
	Caso Udeh c. Suiza
	Caso Shala c. Suiza
	Caso Boultif c. Suiza
	Caso Ünner c. Países Bajos
	Caso Maslov c. Austria
	Caso Balogun c. Reino Unido
	Caso A.A. c. Reino Unido (20/09/2011)
	Caso Saber y Boughassal c. España
SENTENCIA C	Caso Aumatell i Arnau c. España
	Caso Otegi Mondragón c. España
	Caso Del Río Prada c. España
	Caso Vyerentsov c. Ucrania
	Caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania
	Caso Claes y otros c. Bélgica
	Caso Coème c. Bélgica
	Caso Fleischner c. Alemania
	Caso Lizaso Azconobieta c. España
	Caso Bulut c. Austria
	Caso Coème y otros c. Bélgica
	Caso DMD GROUP, A.S. c. Eslovaquia
	Caso Zand c. Austria
	Caso Lavents c. Letonia
	Caso Jorgic c. Alemania

Fuente: creación propia.

Para cerrar estos ejemplos, cabe hacer una mención especial del AUTO 10/2019 proferido por el pleno del Tribunal constitucional de España, de 14 de febrero (BOE núm. 67 de 19 de marzo de 2019), donde se inadmite a trámite el recurso de amparo 2320-2018, promovido por don Cheng Jiun Liu en proceso de extradición. A pesar de ser un recurso impuesto en España por un ciudadano de la República Popular china que sería extraditado, el cual es rechazado por el pleno, resalta el voto particular formulado por el Magistrado Don Juan Antonio Xiol Ríos, al considerar inexistente la causa de inadmisión, utilizando como fundamento dentro de algunos de sus argumentos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero a su vez mencionando instrumentos como el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre extradición de 25 de febrero de 1981; el artículo 18 de la Convención de extradición de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (ECOWAS) de 6 de agosto de 1994; o el artículo 1 del tratado relativo a las órdenes de detención de la Comunidad del Caribe (CARICOM) de 4 de julio de 2008.

4.4. MÉXICO

En el caso mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en este país si está tomando en consideración los referentes jurisprudenciales internacionales, prioritariamente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero también del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la emisión de jurisprudencia, tesis aisladas, amparos de revisión, amparos directos en revisión y contradicción de tesis, en materia de los derechos de los migrantes.

Como prueba de esta afirmación brevemente se pueden citar los siguientes referentes identificados mediante el estudio:

1. Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 94/2017 (10a.) de la Primera Sala registro (2015593). Derecho fundamental a la notificación, contacto y asistencia consular. Finalidad del artículo 36, párrafo primero, de la Convención de Viena sobre relaciones consulares en el derecho internacional. Refiere a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC-16/99) y a la Corte

Internacional de Justicia (Caso Avena y otros nacionales mexicanos - México vs. Estados Unidos de América)

2. Las tesis aisladas:

- a. 1a.CLXIX/2013 (10a.) De la Primera Sala. Registro (2003539) Derecho fundamental de los extranjeros a la notificación, contacto y asistencia consular. La finalidad del artículo 36, primer párrafo, de la Convención de Viena sobre relaciones consulares en el derecho internacional. Nota: referentes anteriores, esta es una tesis previa a la anterior que sirvió como referente para la jurisprudencia, pues data del 2013, mientras la primera es de 2017. Las refiero en este orden por cuestión jerárquica.
- b. II.1o.T.29 L (10a.) De los Tribunales Colegiados del Circuito. Registro (2009369). Acceso efectivo a la justicia y debido proceso legal. Se deben garantizar estos derechos aun cuando no se esté en presencia de un proceso contencioso, como es la ratificación de un convenio de terminación de la relación laboral en términos del artículo 33 de la ley federal del trabajo. Refiere a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá).
- c. I.1o.P.150 P (10a.) De los Tribunales Colegiados del Circuito. Registro (2019008). Demanda de amparo promovida por un tercero en favor de un extranjero que reclama ataques a su libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, cometidos por autoridades migratorias. Si fue deportado antes de que manifestara si la ratificaba o no, procede dictar diversas medidas para localizarlo, a fin de efectuar ese requerimiento (interpretación pro-persona del artículo 15 de la ley de la materia). Aunque no es jurisprudencia, es interesante como refiere un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Trabajadores Indocumentados

vs. Estados Unidos de América No. 50/16. Caso 12.834).

3. Amparo directo en Revisión 6268/2019 PONENTE: MINISTRA YASMÍN ESQUIVEL MOSSA Acuerdo de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Refiere al TEDH (Jabari v. Turquía y Gebremedhin vs. France) sin mencionar varios apartados donde se apoya de jurisprudencia de la Corte IDH.
-Este amparo también tiene un voto Concurrente por parte del Ministro LUIS MARÍA AGUILAR MORALES donde también se hacen referencias de la Corte IDH en cuanto al carácter declarativo de la condición de refugiado y el derecho a buscar asilo.
4. Contradicción de Tesis 85/2020 PONENTE: MINISTRO JOSÉ FERNANDO FRANCO GONZÁLEZ SALAS Entre las sustentadas por el décimo segundo tribunal colegiado en materia administrativa del primer circuito y el primer tribunal colegiado en materias civil y administrativa del noveno circuito. Refiere a la Corte IDH.
5. Solicitud de ejercicio de facultad de atracción 562/2019 PONENTE: MINISTRO JUAN LUIS GONZÁLEZ ALCÁNTARA CARRANCÁ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Solicitante: octavo tribunal colegiado en materia administrativa del primer circuito, con apoyo del cuarto tribunal colegiado de circuito del centro auxiliar de la primera región. Refiere a la Corte IDH.

La SCJN en México ha efectuado una labor importante en emitir criterios relacionados con los derechos de los trabajadores migrantes, el asilo político, el temor fundado, el amparo en favor de un extranjero desaparecido, el proceso de deportación, entre otros temas de gran trascendencia, y lo ha estado haciendo con fundamento en Tratados Internacionales, así como teniendo en cuenta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al ACNUR (que aunque no lo refiero en este apartado, en realidad, gratamente hay un buen catálogo de pronunciamientos de la SCJN con

base en el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados), y aunque de forma contenida, también al TEDH y la CIJ.

5. DISCUSIÓN

Los derechos migratorios se encuentran contemplados en un extenso catálogo de instrumentos internacionales. El derecho de libre tránsito entre países y el derecho de asilo se ven protegidos por los artículos 13 y 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, así como en artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por otro lado, la Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares expone la obligación que tienen los consulados de brindar apoyo a los nacionales en el extranjero.

Del mismo modo, en el entendido del reconocimiento de la condición de “migrante” como un grupo vulnerable, es importante entender que cualquier instrumento que refiera la no discriminación por condición de origen o raza hace connotación directa a la protección de los derechos de estos. Dentro de esta categoría podemos referir el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), la Convención en Contra de la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes y Convención de los derechos del niño.

En lo que respecta a la Convención de los Derechos del Niño, acá es importante mencionar tanto la protección especial reforzada de los menores migrantes como el principio de preservar la unidad familiar. En este sentido se establece que:

Artículo 9 Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (...)

Artículo 10 De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado

Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Parte garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

También es importante en este punto referir la Recomendación general No. 26 del comité de la CEDAW sobre las trabajadoras migratorias, el cual establece que:

3. Si bien los Estados tienen derecho a controlar sus fronteras y reglamentar la migración, deben hacerlo de manera plenamente conforme con sus obligaciones como partes en los tratados de derechos humanos que han ratificado o a los que se han adherido. Ello comprende la promoción de procedimientos de migración seguros y la obligación de respetar, proteger y facilitar el ejercicio de los derechos de la mujer en todas las etapas del ciclo migratorio. Estas obligaciones deben cumplirse en reconocimiento de los aportes sociales y económicos de las trabajadoras migratorias a sus países de origen y de destino, entre otras cosas, en las labores domésticas y la prestación de cuidados.¹³⁵

Específicamente en la materia, por otro lado, se encuentra la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Migrantes Trabajadores y Miembros de sus Familias, que, si bien ha sido ratificado en la gran mayoría de países latinoamericanos, con excepción de Brasil, lamentablemente no ha sido adherida por ningún país del continente europeo ni por Estados Unidos. El enfoque de dicho documento es establecer la ruta de atención y protección de los derechos de los trabajadores migrantes en territorio extranjero, incluyendo a los irregulares y sus familiares.

Este documento establece en su artículo 7 que “Los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional,

¹³⁵ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW), Recomendación general No. 26 sobre las trabajadoras migratorias, 5 Diciembre 2008, CEDAW/C/2009/WP.1/R, párrafo 3.

étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”¹³⁶

Así mismo, se protegen ciertos derechos específicos de los migrantes irregulares, esto es, por ejemplo, el derecho a las prestaciones sociales a través del artículo 25 numeral 3 en el cual se establece que las obligaciones patronales persistirán pese a la condición migratoria irregular; el derecho a la salud para el migrante irregular y sus familiares a través del artículo 28 para preservar la salud y evitar daños irreparables; y el derecho a la educación de los hijos de los trabajadores migrantes irregulares.

Dentro de la categoría del derecho de asilo y con la mayor cantidad de ratificaciones y adhesiones por parte de Estados parte de las Naciones Unidas, se puede referir la Convención sobre el Estatuto de Refugiados y de forma complementaria el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. La convención establece un marco jurídico para la protección internacional de las personas que no pueden contar con la protección del Estado de su nacionalidad por tener “temor justificado de ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un determinado grupo social.”¹³⁷

En el sistema interamericano de derechos humanos, es importante acotar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) contempla en el artículo 22 el derecho de circulación y residencia, que dispone lo siguiente:

¹³⁶ NACIONES UNIDAS (UN), Asamblea General, Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, artículo 7.

¹³⁷ NACIONES UNIDAS (UN), Asamblea General, Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados, Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43 Serie Tratados de Naciones Unidas, N.º 2545, Vol. 189, p. 137. Artículo 1, apartado A, Numeral 2).

ARTÍCULO 22. Derecho de Circulación y de Residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.
4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.
5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.
6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.
7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.
8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.
9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.¹³⁸

En este contexto, la CADH comprende los mismos estipulados internacionales respecto al libre tránsito entre países, así como el derecho de asilo y las causales por las cuales pueda ser invocado, así como el principio de no retorno de dicho mecanismo, encontrándose en armonía con los instrumentos referidos con anterioridad.

Acá se puede mencionar también en el contexto interamericano el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo

¹³⁸ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 Entrada en Vigor: 18 de julio de 1978, conforme al Artículo 74.2 de la Convención Depositario: Secretaría General OEA (Instrumento Original y Ratificaciones) Serie sobre Tratados OEA N° 36 – Registro ONU 27/08/1979 N° 17955, artículo 22.

de San Salvador), la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, el Acuerdo sobre residencia del MERCOSUR, Bolivia y Chile, la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR y el Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del MERCOSUR, aunque con excepción del primero, estos últimos refieran convenios y/o tratados en materia migratoria solo entre algunos de los países de América Latina.

Ahora bien, para enlistar claramente los derechos reconocidos internacionalmente a los migrantes, se procede a hacer uso de una herramienta doctrinal, esta es, la Carta de Derechos de los Migrantes Internacionales, elaborada por el *Human Rights Institute* del *Georgetown Law*. son producto de una colaboración continua de una red internacional de estudiantes y académicos. Los materiales se inspiran significativamente en el proyecto de la IMBR publicado por la Revista Jurídica de Inmigración de Georgetown en la primavera de 2010, y reflejan un trabajo en colaboración entre el Centro de Derecho de la Universidad de Georgetown, el Centro Minerva de Derechos Humanos de la Universidad Hebrea de Jerusalén y la Unidad de Estudios de Migración de la Escuela de Economía de Londres. De acuerdo con este documento, esta sería la lista de derechos de los migrantes:

Tabla 5. Tabla de lista de derechos elaborada con información recolectada de la Carta de Derecho de los Migrantes, del Georgetown Law.

Todo migrante tiene derecho a la dignidad, incluida la integridad física, mental y moral.
Todo migrante tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual protección de la ley de cualquier Estado en el que el migrante esté presente.
Los migrantes vulnerables, incluidos los niños, las mujeres y los migrantes con discapacidad, tienen derecho a la protección y asistencia requerida por su condición y estatus, y a un tratamiento que tenga en cuenta sus necesidades especiales.
Todo migrante tiene derecho inherente a la vida.
Todo migrante tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.
Todo migrante tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Todo migrante tiene derecho a un recurso efectivo.
Todo migrante tiene derecho al debido proceso legal.
Todo migrante víctima de un delito tiene derecho a asistencia y protección, incluyendo el acceso a la indemnización y restitución.

Todo migrante tiene derecho a la protección contra la expulsión o deportación arbitraria o discriminatoria, incluyendo la expulsión colectiva.
Todo migrante tiene derecho a buscar y a disfrutar en otros países asilo. Todo migrante tiene derecho a la no devolución (non-refoulement).
Todo migrante tiene derecho a una nacionalidad. Toda familia migrante tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
Todo migrante tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión o de creencias.
Todo migrante tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión.
Todo migrante tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica.
Todo migrante tiene derecho a participar en la vida civil y política de su comunidad y en la conducción de los asuntos públicos.
Todo migrante tiene derecho a ser no ser sometido a esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso u obligatorio.
Todo migrante tiene derecho al trabajo y a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.
Todo migrante tiene derecho al nivel más alto posible de salud física y mental. Todo migrante tiene derecho a un nivel de vida adecuado.
Todo migrante tiene derecho a la educación.
Todo migrante tiene derecho a disfrutar de su propia cultura y a utilizar su propio idioma, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

Fuente: creación propia.

En una primera instancia, algunos de estos derechos aplican a la categoría básica de derechos de todo ser humano, por lo que se podría dejar de lado para este análisis. Sin embargo, si hay ciertos derechos que ya se han venido mencionando en este análisis y que recopilan acá, como la asistencia y protección consular, el libre tránsito, el derecho de asilo y no devolución, la unidad familiar y la preservación cultural.

Una vez culminada la etapa de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, se celebró la Cumbre del Milenio, tras la cual surgió el Proyecto de resolución remitido a la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015 por la Asamblea General en su sexagésimo noveno período de sesiones denominado “*Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*” el cual establece en sus párrafos 23 y 29 lo siguiente:

23. Es necesario empoderar a las personas vulnerables. Por ello, esta Agenda refleja las necesidades de todos los niños, los jóvenes, las personas con discapacidad (más del 80% de las cuales viven en la pobreza), las personas que viven con el VIH/SIDA, las personas de edad, los pueblos indígenas, los refugiados y los desplazados internos y los migrantes, entre otros. Estamos resueltos a emprender más acciones y medidas eficaces, de conformidad con el derecho internacional, para eliminar obstáculos y restricciones, fortalecer el apoyo a las personas que viven en zonas afectadas por emergencias humanitarias complejas y en zonas afectadas por el terrorismo y atender sus necesidades especiales. (...)

29. Reconocemos la positiva contribución de los migrantes al crecimiento inclusivo y al desarrollo sostenible. Reconocemos también que la migración internacional es una realidad pluridimensional de gran pertinencia para el desarrollo de los países de origen, tránsito y destino que exige respuestas coherentes e integrales. Cooperaremos en el plano internacional para garantizar la seguridad, el orden y la regularidad de las migraciones, respetando plenamente los derechos humanos y dispensando un trato humanitario a los migrantes, sea cual sea su estatus migratorio, y a los refugiados y los desplazados. Esa cooperación también deberá fortalecer la resiliencia de las comunidades que acogen a los refugiados, particularmente en los países en desarrollo. Subrayamos que los migrantes tienen derecho a regresar a su país de nacionalidad y recordamos que los Estados deben velar por que se reciba adecuadamente a los nacionales que regresen a su país.¹³⁹

La referida agenda 2030 estableció entonces una lista de 17 objetivos, conocidos como los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), si bien no son de carácter vinculante, lideran los esfuerzos de cada Estado para establecer sus prioridades y determinar qué requiere una mayor intervención. Si bien este documento no establece un objetivo específico para los migrantes y refugiados, en la lista de cada uno de éstos se derivan una subdivisión de objetivos específicos donde sí se hacen referencia a los mismos como población vulnerable y de especial protección, en cumplimiento de los párrafos anteriormente citados. En este entendido, un estudio que analice los criterios internacionales, especialmente aquellos que homogenicen las posturas de las Cortes Regionales de Derechos Humanos en relación al catálogo de derechos de los refugiados, es de especial interés. Así mismo, analizar la concordancia de los postulados que se deriven de este estudio con el punto en el que se

¹³⁹ Naciones Unidas (UN), Asamblea General, A/70/L.1, "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible", Distr. Limitada, Español (Original: inglés) 18 de septiembre de 2015.

encuentren los Estados Unidos Mexicanos permitiría establecer un criterio orientador respecto a las posibles mejores en la materia.

Desde la doctrina se le otorgan determinadas características a los Derechos Humanos (DDHH), a saber: universalidad, historicidad, progresividad, aspecto protector, indivisibilidad y eficacia directa. En este contexto, en enfoque es el principio de Universalidad, y cómo su condicionante en la práctica de la protección de los DDHH por parte de las Cortes Regionales se orienta a un derecho globalizado.

En relación con este principio, el Dr. Jorge Carpizo expuso como los DDHH no son un asunto de cada Estado, sino de la comunidad internacional, expresando como de acuerdo con ciertos criterios los derechos humanos deben ineludiblemente ser universales o no poder ser considerados como tales, reconociendo que de acuerdo a la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, la comunidad internacional es garante del trato globalizado, justo y equitativo en materia de derechos humanos, entendiendo que ningún Estado puede negar a un ser humano el disfrute de estos, con base precisamente en el principio de universalidad, objetividad y no selectividad . Aunado a lo anterior, el autor a su vez reconoce que este principio no implica uniformidad a raíz de factores influyentes en el contexto social, como la evolución política, la cultura, el idioma, la costumbre, entre otros, por cuanto es posible mencionar que existe un margen de apreciación nacional en el principio de Universalidad de los Derechos Humanos, y es precisamente esto lo que da origen a las Cortes Regionales de Derechos Humanos.

La cláusula manifiesta previamente, sin embargo, no debe violar aquellos criterios expuestos que suponen la universalidad de los DDHH, por lo que, aún en reconocimiento de estas condicionantes particulares, se promulga la Declaración Conjunta de los Presidentes de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Declaración de San José) proferida el 18 de Julio de 2018, en ocasión del 40 Aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la creación de la Corte Interamericana

de Derechos Humanos, esta con el propósito “de fortalecer el diálogo, la cooperación y los vínculos institucionales entre los tres tribunales de derechos humanos del mundo”

Previa a la expedición de esta Declaración, la Corte IDH ya mencionaba jurisprudencia de las otras Cortes en su análisis y viceversa, no obstante, el objetivo de esta era crear un Foro Permanente de Diálogo Institucional entre Cortes, el cual tendría como propósito sesionar con miras a el fortalecimiento de los lazos de cooperación institucional, en el marco de sus progresos normativos y jurisprudenciales, producto de esto se ha originado el *The Joint Law Reports*, un cuadernillo conjunto entre las Cortes Regionales donde se compila jurisprudencia de interés transatlántico en diversas materias.

En este contexto donde se prioriza la homogeneidad de los derechos humanos, y donde los refugiados poseen una tutela especial reforzada, es indispensable efectuar un estudio compilatorio de la jurisprudencia internacional, establecer el diálogo entre Cortes Regionales de Derechos humanos que pueda haber en la materia, y comparar los avances que ha realizado México hasta el momento en este tópico para determinar si es necesario efectuar alguna medida adicional. Cabe referir el artículo primero constitucional que otorga rango constitucional a los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, pero, así como este, varias constituciones de la región se reformaron para adaptarse de conformidad con los requerimientos de adaptabilidad de la CADH. Otros artículos constitucionales en México a considerar en el país son el 76, 89 y 133 en materia de Tratados Internacionales.

6. CONCLUSIONES

Dentro de la casuística del derecho migratorio en las Cortes y Tribunales Constitucionales Hispanoparlantes, se localizaron entonces, jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia Argentina (Recurso de Hecho por habeas corpus impuesto por Horacio Verbitsky; Recurso directo impuesto por Zoyla Cristina Barrios Rojas exp. 2091169/06; Caso Anónimo RMA contra FMB por reintegro de la tutela de un menor, 004198/2015) la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C-

416/14 Omisión legislativa-Inexistencia en Ley que crea sistema nacional de migraciones; Sentencia T-250/ de 2017 tramite de obtención de visa de trabajo iniciado por un extranjero-Caso de nacionales venezolanos que residen en Colombia y solicitan el reconocimiento de la condición de refugiado y la expedición de una visa humanitaria; Sentencia T-236/21 Por clasificación errónea del tipo penal de “inducción a la prostitución” en lugar de “trata de personas” en la presentación de una denuncia). Y en el Tribunal Constitucional de España (Primera sala SENTENCIA 148/2004, de 13 de septiembre (BOE núm. 248 de 14 de octubre de 2004); Pleno. SENTENCIA 184/1990, de 15 de noviembre (BOE núm. 289 de 03 de diciembre de 1990); Sentencia 151/2021, Recurso de amparo 5197-20196.

Como es evidente, en el caso analizado a fondo de la CSJN, Argentina tiene una sólida posición respecto a la preponderancia de los tratados internacionales de derechos humanos y su interpretación por encima inclusión de la ley interna, lo cual lo pone en un rango supraconstitucional.

Con relación al otro país sudamericano, en la Corte Constitucional de Colombia es interesante el ejercicio efectuado por instituciones públicas y privadas al participar en el ejercicio de las acciones como intervinientes refiriendo esta jurisprudencia internacional para poner sobre la mesa otros criterios que de otra forma podrían no ser tomados en consideración, ampliando así el espectro de análisis del ejercicio jurídico en este país.

Por otra Parte, en España, existe un claro límite en mantener un enfoque dentro de lo establecido por los regímenes judiciales, y difícilmente parecen apartarse del margen de interpretación del derecho de la unión europea, si bien cabe mencionar que este es bastante basto y el análisis jurisprudencia de la TEDH que realizan, al menos en las últimas sentencias en materia migratoria, es bastante nutrido, por lo cual no podría decirse que carece de permeabilidad de jurisprudencia, si bien esta es estrictamente regional.

Del contexto Mexicano, es grato ver avances en la SCJN que antes no se veían, si bien cabe referir que solo uno de los antecedentes

mencionados es tesis de jurisprudencia (vinculante) y los demás son otras figuras jurídicas no vinculantes que sólo aportan un criterio considerativo para los jueces.

7. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

Un especial agradecimiento a la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Baja California, en especial a la Dra. María Angélica Burga Coronel y la Directora Ana Edith Canales Murillo por su apoyo en esta investigación mediante la red de investigación existente en la “escuelita de migrantes” de la facultad.

Felicidades y un enorme agradecimiento a los organizadores del evento académico Nodos del Conocimiento, al ser ésta nuestra segunda participación no podemos más que estar en gratitud con el espacio que es brindado para la participación de los diferentes alumnos y personal docente e investigador.

8. REFERENCIAS

- Álvarez U., *Metodología de la investigación jurídica: hacia una nueva perspectiva*, en, Clavijo, Darwin, et. at., *Método, metodología y técnicas de la investigación, aplicada al derecho*, Universidad de Pamplona, Editorial Ibañez, Colombia.
- Clavijo, D., et. at. (2014). *Método, metodología y técnicas de la investigación, aplicada al derecho*, Universidad de Pamplona, Editorial Ibañez, Colombia.
- Hernández Sampieri, R. et. al.,(2014). *Metodología de la investigación*, 6ta. Ed., Mc Graw Hill, Mexico.
- Comité Para La Eliminación De La Discriminación Contra La Mujer (CEDAW), *Recomendación general No. 26 sobre las trabajadoras migratorias*, 5 Diciembre 2008, CEDAW/C/2009/WP.1/R, párrafo 3.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “*Verbitsky, Horacio C/S/ habeas corpus*”, *sentencia del 03 de Mayo del 2005*, Fallos: 328:1146, p. 15, Argentina. disponible en: <https://bit.ly/3F1fl69>

- Naciones Unidas (UN), Asamblea General, *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, artículo 7.
- Naciones Unidas (UN), Asamblea General, *Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados*, Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43 Serie Tratados de Naciones Unidas, N.º 2545, Vol. 189, p. 137. Artículo 1, apartado A, Numeral 2).
- Naciones Unidas (UN), *Refugiados y migrantes*, Definiciones, en línea, disponible en: <https://refugeesmigrants.un.org/es/definitions>
- Organización De Los Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*, Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 Entrada en Vigor: 18 de julio de 1978, conforme al Artículo 74.2 de la Convención Depositario: Secretaría General OEA (Instrumento Original y Ratificaciones) Serie sobre Tratados OEA N° 36 – Registro ONU 27/08/1979 N° 17955, artículo 22.
- Naciones Unidas (UN), Asamblea General, A/70/L.1, “*Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*”, Distr. Limitada, Español (Original: inglés) 18 de septiembre de 2015.

MIGRANTES EN TRÁNSITO: UNA APROXIMACIÓN DESDE MEXICALI, BAJA CALIFORNIA, MÉXICO

MARÍA SALOMÉ MAGAÑA MARTÍNEZ

Universidad Autónoma de Baja California

YOLANDA SOSA Y SILVA GARCÍA

Universidad Autónoma de Baja California

JESÚS RODRÍGUEZ CEBREROS

Universidad Autónoma de Baja California

1. INTRODUCCIÓN

Desde los primeros tiempos, las personas migraron en busca de mejores oportunidades de vida, buscando la seguridad jurídica y social, la estabilidad económica o laboral incluso el reencuentro familiar. Se migra de forma individual, en grupo familiar o de forma colectiva con el fin de alcanzar un nivel de vida seguro y digno, o lo que en la frontera norte de México se conoce como el “sueño americano”.

Esa es la realidad cotidiana que se vive en Mexicali, Baja California; aquí, los sueños de muchos migrantes en tránsito se unen con la esperanza de cruzar del otro lado de la frontera, hacia los EEUU. En los últimos años, esta ciudad fronteriza se transformó en el principio y fin del peregrinar de migrantes que buscan concretar su ingreso regular o irregular hacia EEUU y alcanzar la meta que se propusieron al salir de sus países de origen.

Existen múltiples estudios sobre la migración en México y el contexto que caracteriza a muchas de las ciudades fronterizas del norte y sur del país. En ellos se abordan los diferentes fenómenos que se presentan como país de origen, tránsito, destino y retorno de migrantes. No obstante, esta investigación se centra en presentar una aproximación de la situación de los migrantes en tránsito en la frontera noroeste, delimitada

a la ciudad de Mexicali, Baja California, con la finalidad de aportar solo un fragmento en la comprensión de este complejo escenario que afecta a miles de personas que se encuentran en esta situación.

Para lo cual, se plantea como pregunta de investigación la siguiente: ¿Cuál es la situación de los migrantes en tránsito en la ciudad de Mexicali, Baja California? En concordancia, el objetivo de la investigación es caracterizar las particularidades de esta ciudad y cómo influyen en el fenómeno que pueden beneficiar o limitar la estancia de los migrantes en esta región del país. En cuanto al enfoque metodológico, se propone realizar un análisis cualitativo en el que a través del método descriptivo se contextualice la delimitación geográfica propuesta, así como el análisis documental de diferentes fuentes bibliográficas y hemerográficas publicadas en los últimos años que analizan desde diversos ángulos las migraciones en el mundo y en esta región del país, las cuales exponen información reciente y actualizada. Además, se apoya con un análisis cuantitativo a partir de diversos datos estadísticos que robustecen la investigación.

Los mayores corredores migratorios de América del Norte corresponden a la migración ya sea de Asia o de América Latina y el Caribe hacia los EEUU, siendo éste el principal país de destino de la población migrante internacional, como ejemplo, en 2020 recibió el 18.0% del total global de población migrante, y en términos de población migrante acumulada, el principal corredor migratorio en 2020 fue el de México a EEUU con 3.9% de la migración mundial, el segundo corredor es el de Siria a Turquía con 1.4% y en tercer lugar, con 1.2%, se halla el de la India a Emiratos Árabes Unidos.¹⁴⁰ Así las cosas, es “la geografía ahora como antes, una de las dimensiones fundamentales de la migración...la geografía es uno de los principales factores que moldean los patrones de migración y desplazamiento. Muchas personas que migran a otros países lo hacen dentro de su región inmediata, a países cercanos, a los

¹⁴⁰ GOBIERNO (2021a) pp. 21 y 22.

que es más fácil viajar, que pueden serles más familiares y de los que es también más fácil regresar”.¹⁴¹

Por ello, para quienes residimos en la zona fronteriza entre México y EEUU, la interacción económica, laboral, social y cultural se convierte en parte de nuestra vida cotidiana, ello nos permite observar los cambios migratorios que se presentan en los últimos años con la llegada de las llamadas “caravanas migrantes” a través de las cuales miles de personas (hombres, mujeres, niños, niñas y adolescentes solos o acompañados) arriban a esta ciudad para tratar de continuar con su paso hacia EEUU. Sin embargo, en los últimos tres años diversos factores influyeron en la decisión de muchos migrantes de permanecer en esta ciudad: la inseguridad que viven en sus lugares de origen, las políticas anti migrantes impuestas en la administración del Presidente Donald Trump, y en los últimos meses, las condiciones y políticas para contener la pandemia por Covid-19. Estas son las razones que impulsan la presente investigación, y dan oportunidad de comprender el estudio de la situación migratoria que se presente en esta ciudad.

Al respecto, se advierte que

“debido a su longitud y características geográficas, las fronteras pueden tener diferentes contextos y condiciones de cambio; pueden mantenerse estáticas durante largos periodos, con aspectos o dinámicas disímiles ocasionales, o bien transformarse debido a políticas e infraestructuras más rígidas, cuyo objetivo es tener una mayor administración y control de la movilidad de personas y mercancías...”,¹⁴²

de ahí que la migración en la frontera noroeste que se propone como estudio, es diferente a la migración que se presenta en otras ciudades de la frontera norte de México, en razón de la situación geográfica en la que se encuentran (enmarcada en fronteras naturales como desiertos, montañas o ríos o cuando son artificiales como muros o cercos) o bien, el flujo de personas que transitan por los puertos fronterizos, o la situación de violencia que se presenta en cada una de ellas, y otros fenómenos sociales que imprimen esas diferencias que distinguen a cada una

¹⁴¹ OIM (2020) p. 57.

¹⁴² HERNANDEZ (2020), s/n.

de las ciudades fronterizas mexicanas y que ameritan su estudio en lo particular.

Por último, esta investigación se enmarca en uno de los temas prioritarios que se diseñaron dentro de las Agenda de Estado (2019-2024), para el fomento, realización o apoyo de la investigación científica, el desarrollo tecnológico y la innovación, con el propósito de atender asuntos de interés público, entre ellos, la movilidad humana y política migratoria. Dentro de esta política, se desarrolla el proyecto de investigación (78906) denominado “Protección social participativa para migrantes en México” dentro de la convocatoria Ciencia de Frontera 2019”.

2. LA MIGRACIÓN EN MÉXICO: TIPOLOGÍA Y SITUACIÓN MIGRATORIA ACTUAL

Son muchos los tipos y orígenes de la movilidad humana en la actualidad,

“el cruce de distintas dinámicas en relación con la diversidad de las movilidades territoriales humanas devela y diferencia los vínculos entre el desplazamiento forzado, la migración internacional, el refugio, el asilo, el retorno voluntario o forzado, la deportación y repatriación masiva, todas ellas con causas, tiempos, volúmenes, velocidades y estructuras que desde el ámbito de la atención de los organismos internacionales y de los Estados Nacionales —a veces desde una región— convergen en la necesidad de contar con diagnósticos cuantitativos y cualitativos y en la adopción de principios y recomendaciones fundados en el respeto, garantía y protección de los derechos humanos”.¹⁴³

De acuerdo con la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), “la migración internacional se entiende como el movimiento de personas fuera de su lugar de residencia habitual y a través de una frontera internacional hacia un país del cual no son nacionales. En la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible, las Naciones Unidas reconocen la contribución de la migración al desarrollo sostenible. En la última década la migración internacional tiene un escenario complejo, no

¹⁴³ SECRETARÍA (2021) p. 1.

obstante, en el 2020 la población migrante en todo el mundo llegó a cerca de 281 millones”.¹⁴⁴

El contexto actual de la migración en México lo sitúa como un país de origen importante, con miles de migrantes que cada año se dirigen principalmente a EEUU. También es un país de tránsito de los migrantes que viajan hacia el norte, hasta la frontera meridional de ese país. Sin embargo, ante el control más estricto de la inmigración, México está pasando a ser cada vez más un país de destino de migrantes internacionales, algunos de los cuales se quedan en este país al no poder entrar en los EEUU, como tenían previsto.¹⁴⁵

De esta manera, en el país convergen muchas realidades migratorias. Al respecto, se observa que “la migración internacional en México tiene múltiples componentes: población nacida en el extranjero que ha decidido establecerse en el país, movimientos circulares en un mismo quinquenio, así como poblaciones en tránsito y en condición de refugio. México es de interés para residir de personas de distintas latitudes, sobre todo de aquellas nacidas en Centro y Sudamérica. Mientras que hay una presencia en el país de población infantil y joven nacida en Estados Unidos, principalmente con ascendencia mexicana. Por su parte, la migración circular entre México y la Unión Americana expresa el vínculo migratorio entre ambos países. El tránsito de personas migrantes por territorio mexicano, como vía usual de su itinerario para llegar al vecino país del norte, es desde hace algunos años un fenómeno de suma importancia, tanto por situaciones que vulneran los derechos de las personas, como porque al no llegar al destino ideal o por una inmovilidad forzada, el destino cambia a México. Finalmente, no obstante, de que la condición de refugio no es una migración, sí se funda en causas objetivas, mostrando un incremento inusual de solicitudes en los últimos años”.¹⁴⁶

En ese sentido, se distinguen diversos tipos de migrantes que caracterizan la migración en México: el migrante internacional, es la persona

¹⁴⁴ GOBIERNO (2021a), p. 17.

¹⁴⁵ OIM (2020), p. 110

¹⁴⁶ GOBIERNO (2021a), p. 53.

que durante el quinquenio previo al levantamiento censal o de la encuesta, dejó su lugar de residencia habitual en México con la intención de vivir o trabajar en otro país; el migrante de retorno es aquella persona que nació y reside actualmente en México, y que cinco años previos a la fecha censal residía en otro país (dentro de este grupo solo se considera a la población a partir de los cinco años de edad y el retorno puede ser voluntario o no voluntario); el migrante circular, se identifica como aquel que durante los cinco años previos al levantamiento censal o de la encuesta dejó su lugar de residencia habitual en México y, antes de la aplicación de cuestionario, regresó al país (éstos a diferencia de los de retorno, porque emigró e inmigró en menos de cinco años); los nacidos en otro país, estas son las personas que nacieron fuera de México y que, en algún momento, establecieron su lugar de residencia en este país; los migrantes transfronterizos, son aquellas personas que residen en algún municipio de la frontera norte de México y cruzan a EEUU para ir a trabajar o estudiar; las personas extranjeras, aquellas que nacieron en otro país y que no tienen nacionalidad mexicana (pueden permanecer en territorio nacional como visitantes, residentes temporales o residentes permanentes), y por último, el migrante en tránsito, se refiere a la persona que dejó su país de residencia habitual con el propósito de dirigirse a otro, ya sea por motivos laborales o residenciales, pero requiere pasar por un tercer país o varios, sin la intención de establecerse en él o en ellos (la condición migratoria de las personas en tránsito puede ser regular o irregular).¹⁴⁷

Por mucho tiempo, los mexicanos representaron la gran mayoría de los migrantes irregulares detenidos al intentar cruzar la frontera entre México y EEUU. Sin embargo, en los últimos años las detenciones de centroamericanos procedentes de la región del “Triángulo del Norte” — Guatemala, Honduras y El Salvador— han superado las de los mexicanos en las fronteras de este país. Huyendo de la violencia, la persecución y la pobreza, miles de migrantes de Centroamérica caminan miles de kilómetros para llegar a la frontera de México con EEUU. La primera de las denominadas “caravanas migrantes” comenzó en Honduras

¹⁴⁷ CENTRO (2016), pp. 12, 26, 41, 52, 100

en octubre de 2018. A medida que los migrantes hondureños avanzaban hacia la frontera otros miles de migrantes de países como El Salvador y Guatemala se unieron al grupo.¹⁴⁸

Al final de 2018, la caravana se componía de miles de migrantes, muchos de los cuales eran niños. Sus integrantes se habían sumado a la caravana por diversos motivos: para huir de la violencia o para dejar atrás la extrema pobreza y acceder a mejores oportunidades económicas. La caravana de migrantes suscitó virulentos debates políticos en EEUU he indujo a ese Gobierno a desplegar a más de 7.000 militares en servicio activo en la frontera con México. A principios de 2019, habían sido detenidos algunos millares de migrantes que habían logrado llegar a la frontera con ese país. Algunos recibieron visados humanitarios mexicanos, y otros fueron deportados u optaron por regresar a sus países de origen. En febrero de 2019, una caravana de cubanos y haitianos, incluidos algunos africanos y asiáticos, entró en Panamá desde Colombia y posteriormente llegó a México. No obstante, modificando su política más abierta anunciada al comienzo de 2019, en abril de ese año México comenzó a detener a los migrantes procedentes de Centroamérica,¹⁴⁹ situación que continua hasta la fecha.

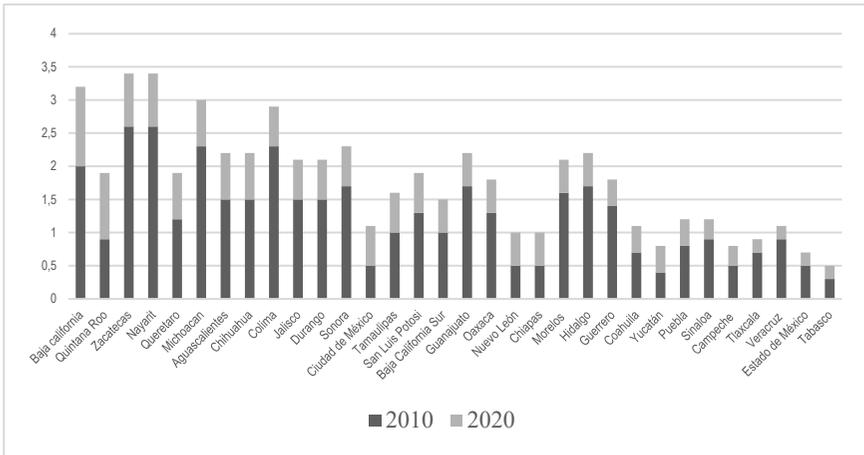
No obstante, miles de migrantes permanecen en esta región. Al respecto, el Anuario de Migración y Remesas 2021, destaca que para 2020, la población migrante internacional se concentró principalmente en Baja California, con un total de 42 769 personas que representan el 1.2% de su población.¹⁵⁰

¹⁴⁸ OIM (2020), p. 110.

¹⁴⁹ OIM (2020), p. 111

¹⁵⁰ GOBIERNO (2021a), p. 57.

Gráfica No. 1 Población migrante internacional por entidad federativa 2020



Fuente: Anuario de migración y remesas 2021, p. 57

Ahora bien, en cuanto a los eventos de extranjeros presentados ante la autoridad migratoria durante el 2020, es decir, migrantes que ingresaron a las estaciones migratorias del Instituto Mexicano de Migración (INM) por no acreditar su estancia migratoria, se aprecia que en Baja California se turnaron a 1 925 personas, de las cuales 19 estaban en el municipio de Ensenada, 418 en Mexicali, 49 en Playas de Rosarito, 15 en Tecate y 1 424 en Tijuana.¹⁵¹ Se advierte que la ciudad de Mexicali, es la segunda en el Estado con mayor número de migrantes en tránsito.

Cuadro No. 1 Migrantes presentados ante la autoridad migratoria en Baja California

Baja California	Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Sep	Oct	Nov	Dic	Total
Baja California	151	209	116	103	131	117	184	139	156	194	186	239	1 925
Ensenada	2	1	2	2	1	3	1	-	4	1	-	2	19
Mexicali	25	35	38	26	36	24	46	18	32	26	51	61	418
Playas de Rosarito	-	7	-	-	1	6	4	1	8	7	4	5	48
Tecate	5	1	-	5	-	-	-	1	1	1	1	5	115
Tijuana	119	165	76	70	93	84	133	119	111	159	130	166	1 425

Fuente: Boletín mensual de estadísticas migratorias 2020, p. 132.

¹⁵¹ GOBIERNO (2020b), p. 132

Estos 1 925 migrantes, provienen prácticamente de todos los continentes: América del Norte (524 de EEUU); América Central (2 de Belice, 2 de Costa Rica, 237 de El Salvador, 423 de Guatemala, 511 de Honduras, 17 de Nicaragua, 1 de Panamá); Islas del Caribe (53 de Cuba, 1 de República Dominicana, 58 de Haití, 1 de Jamaica; América del Sur (2 de Argentina, 2 de Brasil, 4 de Chile, 30 de Colombia, 7 de Ecuador, 5 de Perú, 11 de Venezuela); Europa (1 de Alemania, 1 de España, 1 de Reino Unido, 4 de Rusia; Asia (4 de Bangladesh, 2 de China, 1 de Corea del Sur, 6 de India, 1 de Israel, 1 de Mongolia, 2 de Nepal, 2 de Pakistán, 1 de Tailandia); África (1 de Burkina Faso, 3 de Ghana, 1 de Marruecos, 1 de Nigeria, y 1 de Uganda).¹⁵²

Cuadro No. 2 Migrantes presentados ante la autoridad migratoria según continente de origen 2020

América del Norte	América Central	Islas del Caribe	América del Sur	Europa	Asia	Oceanía	África
EEUU 524	Belice 2	Cuba 53	Argentina 2	Alemania 1	Bangladesh 4	-	Burkina Faso 1
	Costa Rica 2	Dominicana, Rep. 1	Brasil 2	España 1	China 2		Ghana 3
	El Salvador 237	Haití 58	Chile 4	Reino Unido 1	Corea, Rep. (Sur) 1		Marruecos 1
	Guatemala 423	Jamaica 1	Colombia 30	Rusia 4	India 6		Nigeria 1
	Honduras 511		Ecuador 7		Israel 1		Uganda 1
	Nicaragua 17		Perú 5		Mongolia 1		
	Panamá 1		Venezuela 11		Nepal 2		
					Pakistán 2		
					Tailandia 1		

Fuente: Boletín mensual de estadísticas migratorias 2020, p. 135

¹⁵² GOBIERNO (2020b) p. 135.

Como se observa, los migrantes que llegan a México provienen de muchas regiones del mundo, pero desde el año 2020 se incrementó considerablemente la llegada de haitianos y centroamericanos a la frontera norte. De ahí que cobra relevancia, particularizar el fenómeno migratorio a Baja California, ubicado en la frontera noroeste del país, más aún, a la ciudad de Mexicali, capital del Estado.

No obstante, la diversidad de sus formas, las movilidades territoriales que realizan las personas obligan a reflexionar sobre sus derechos humanos sea

“para obtener un registro de su estadía por los países de tránsito o permanencia, en relación con la identidad cultural en el destino y en el origen, así como respecto a las condiciones irregulares que prevalecen en el proceso migratorio y que acrecientan o hacen vulnerables a las poblaciones migrantes, en relación con la garantía y ejercicio de sus derechos humanos, sociales y económicos independientemente de su situación migratoria”.¹⁵³

Particularmente, las personas migrantes en tránsito por México representan una población en constante movilidad, con muchas necesidades, pero también con derechos, con dignidad que debe respetarse, con independencia de su estatus en el país, pues son personas que por diversas causas deciden dejar su país, y afrontar peligros y grandes trayectos en busca de nuevas oportunidades de vida.¹⁵⁴

3. LA FRONTERA DE MEXICALI Y SU ENTORNO GEOPOLÍTICO

En cuanto a las características geográficas de las fronteras de México, éstas se comparten con tres países: al norte con EEUU mientras que en el sur se encuentra Guatemala y Belice. Además, “la frontera norte de México está dividida en casi la mitad de su extensión por el Río Bravo (región noreste), que desemboca en el océano Atlántico en el golfo de México. La otra mitad es una zona de desierto y de semi desierto (región noroeste), que se extiende hasta Tijuana en el océano Pacífico. En

¹⁵³ SECRETARÍA (2021) p. 2

¹⁵⁴ CNDH (2016), p. 21.

términos territoriales, se extiende poco menos de 3.200 kilómetros de frontera, que incluyen 48 condados de EEUU esparcidos en los estados de Texas, Nuevo México, Arizona y California; del lado mexicano son 94 municipios fronterizos en los estados de Baja California, Sonora, Chihuahua, Coahuila, Nuevo León y Tamaulipas. En algunos casos, la ciudad mexicana es más grande; en otros, la estadounidense. En total, son 15 pares de ciudades gemelas. Las ciudades mexicanas de mayor tamaño poblacional en la frontera son Ciudad Juárez y Tijuana, seguidas por Mexicali, Nogales, Piedras Negras, Nuevo Laredo, Reynosa y Matamoros. En cuanto a las personas que viven en este extenso territorio, en 2016 había una población aproximada de 13 millones de habitantes distribuida en diez áreas metropolitanas transfronterizas”.¹⁵⁵

Por lo que hace a los cruces terrestres entre México y EEUU, “se advierten 53 puentes y garitas de entrada al territorio estadounidense. Los hay específicamente para actividades de carga y para el transporte de mercancías, y una gran parte de la exportación de México se traslada a través de esos puentes. Algunos puentes internacionales son de tráfico ligero, y otros son de usos mixtos: tráfico ligero, tráfico de carga y de vehículos. También hay puentes de uso exclusivo para el cruce peatonal. Hay puentes de ferrocarril que son parte de la historia, ya que la primera forma en que México se comunicó con EEUU fue a través del ferrocarril, a finales del siglo XIX, 72% del comercio que cruza por la frontera entre México y EEUU involucra principalmente cuatro ciudades: Tijuana, Ciudad Juárez, Nuevo Laredo y Reynosa, las cuales cuentan con una mayor interacción en términos de flujos comerciales. Adicionalmente, se estima que en 2019 poco más de diez millones de camiones de carga y contenedores ferroviarios han transportado mercancía hacia EEUU a través de la frontera con México...”¹⁵⁶

En este contexto fronterizo, se ubica el Estado de Baja California el cual tiene una extensión territorial de 71,450.0 km² lo que representa 3.6 % de la superficie del país. Su población es de 3,769,020 habitantes, lo que representa el 3.0 % del total del país. La distribución población

¹⁵⁵ HERNÁNDEZ (2020), s/n.

¹⁵⁶ HERNÁNDEZ (2020), s/n.

se compone de 94% de población urbana y 6% de población rural.¹⁵⁷ Además, se compone de siete municipios: Ensenada, Mexicali (capital del Estado), Tecate, Tijuana, Playas de Rosarito, San Quintín y San Felipe (estos dos últimos quedarán constitucionalmente conformados en el proceso electoral estatal de 2024), pero solo tres de ellos (Mexicali, Tijuana y Tecate) tienen frontera con EEUU. Se destaca también la existencia de un muro-valla que divide territorialmente ambos países.

En estos tres municipios se concentran los siete puertos de ingreso terrestres hacia los EEUU con características similares y particulares respecto del resto de la franja fronteriza, “existe una modalidad general, que rige para cualquier persona con documentación, independientemente del documento de ingreso que presente, pero también existe la opción de cruzar por los puertos peatonales. Por otra parte, también existe un cruce exprés de servicios médicos, dentales y/o tratamientos optométricos para ciudadanos y/o residentes estadounidenses, quienes tienen la opción de pagar 10 dólares por esta opción, que les da derecho a utilizar un carril especial a su regreso a EEUU y de este modo no hacer una larga fila. Otra modalidad integra un sistema de análisis biométrico que hace más rápido el cruce, ya que a medida que la persona se va acercando al punto de revisión, los documentos migratorios envían una señal a través de un chip a un receptor y esta información llega al oficial de migración que supervisará el ingreso, lo que agiliza la entrevista para poder entrar en territorio estadounidense”.¹⁵⁸

Con este preámbulo, ahora se explica el origen de la ciudad de Mexicali, Baja California, para comprender las características que la distinguen de otras ciudades fronterizas. El desarrollo de Mexicali, inicia en su valle agrícola (1898 y 1900) con la instalación de empresas dedicadas a la irrigación que deseaban aprovechar el agua del Río Colorado. A principios 1900, Mexicali era una zona prácticamente despoblada con excepción de alguno que otro asentamiento humano como el de Los Algodones y la comunidad indígena Cucupah quienes tenían cientos o

¹⁵⁷ INEGI (2020) s/n.

¹⁵⁸ HERNÁNDEZ (2020), s/n.

quizás miles de años habitando esta inhóspita región.¹⁵⁹ La palabra Mexicali está conformada por los vocablos México y California, este nombre se dice fue impuesto en 1902 por el Coronel Agustín Sanginéz entonces jefe político del distrito norte. La fundación oficial de Mexicali se considera que tuvo lugar el 14 de marzo de 1903. A partir de 1953 se inicia otra etapa cuando Baja California se transforma en entidad federativa y se organizan los municipios libres.¹⁶⁰

Esta ciudad representa el 18% de la superficie del Estado, y colinda al norte con EEUU; al este con EEUU, el Estado de Sonora y el Golfo de California; al sur con el Golfo de California y el municipio de Ensenada; al oeste con los municipios de Ensenada y Tecate y con EEUU. La característica orográfica más importante en el municipio es la de encontrarse ocupado por sierras al 30% de su territorio, resaltando, principalmente las sierras de Juárez y San Pedro Mártir. Se tienen además otras sierras, tales como: el Cerro del Centinela con una elevación de 750 metros, y una superficie de 10 kilómetros cuadrados, localizada en la parte noroeste del municipio; la sierra Cucapah, situada en la parte norte y al oeste del valle de Mexicali, cuenta con una superficie de 364 kilómetros cuadrados y una altura máxima de mil metros.¹⁶¹ Este municipio presenta cuatro climas diferentes dentro del grupo de secos-áridos, con escasa precipitación. El clima cálido seco predomina en la ciudad de Mexicali y su valle. El clima semicálido seco abarca el 37% del territorio y se manifiesta en la parte central del municipio. Por su parte, el clima templado seco solo cubre una pequeña parte del oeste del municipio y representa el 6% del área municipal. El 10% es de clima templado semiseco y se localiza en la zona central oeste, comprendiendo parte de las sierras de Juárez y San Pedro Mártir. Por otro lado, los flujos de vientos provienen de noroeste a suroeste la mayor parte del año y su precipitación pluvial anual promedio es de 132 milímetros. Si bien, el clima en los meses de octubre a mayo se mantiene con una temperatura promedio de 23°C, lo cierto es que entre los meses de junio

¹⁵⁹ ENCICLOPEDIA (2021) s/n.

¹⁶⁰ ENCICLOPEDIA (2021) s/n

¹⁶¹ ENCICLOPEDIA (2021) s/n.

y septiembre se alcanzan las mayores temperaturas del país, hasta con un promedio histórico de 52°C.¹⁶²

4. FACTORES QUE CARACTERIZAN Y DISTINGUEN LA MIGRACIÓN EN TRÁNSITO EN MEXICALI, BAJA CALIFORNIA

Uno de los factores por lo que las personas migrantes llegan hasta esta ciudad, es la inseguridad que viven en sus lugares de origen y que provoca su movilización, no obstante, no logran alcanzar su lugar de destino y deciden quedarse en la ciudad. Al respecto, se destaca que

“las personas migrantes centroamericanas que han salido de su país por motivos de inseguridad o violencia prefieren venir a México en lugar de correr riesgos al intentar cruzar la frontera con Estados Unidos y que los regresen hasta sus países. Esta es la percepción de las personas que asisten a personas migrantes... Entre las razones por las cuales las personas migrantes deciden quedarse destacan; los riesgos del trayecto para llegar a Estados Unidos, condiciones de violencia que han vivido y opciones de trabajo que encuentran en el país.”¹⁶³

Se estima que México se convirtió para muchas personas migrantes en un país de destino esto debido a los riesgos que implica llegar a la frontera norte, otros muchos porque están solicitando refugio o visa humanitaria debido a las situaciones de violencia a las que se han enfrentado, y algunos más por las opciones de trabajo que en el país encuentran.¹⁶⁴

Al respecto, las estadísticas indican que en el 2020 se tramitaron 35 229 tarjetas de residente temporal, de las cuales 1 438 se tramitaron en Baja California,¹⁶⁵ para el periodo de enero a julio de 2021, la expedición de tarjetas de residente temporal se situaba en 26 653, de éstas se habían expedido 1 056 para Baja California,¹⁶⁶ es decir, para el periodo

¹⁶² Históricamente, la temperatura más alta registrada en Mexicali es de 52°C el 28 de julio de 1995. Los registros del Organismo de Cuenca Península de Baja California, tienen que en el 2015 y el 2019 se alcanzaron temperaturas de 49°C en el mes de agosto.

¹⁶³ CNDH (2016) p. 35

¹⁶⁴ CNDH (2016) p. 38

¹⁶⁵ GOBIERNO (2020b), pp. 85-86.

¹⁶⁶ GOBIERNO (2021c), pp. 61-62.

reportado casi iguala las expedidas del año anterior, de ahí que se infiera que esta cifra aumentará hacia el final del 2021, por lo que será mayor a la reportada en el 2020. Es decir, un mayor número de migrantes en tránsito deciden asentarse en la ciudad de forma regular y desisten de su intento por llegar a EEUU.

Otro factor se identifica con las políticas antiinmigrantes impuestas desde el 2019 por parte del gobierno norteamericano. Al respecto, se advierte que, por más de un cuarto de siglo, el gobierno estadounidense instrumento una política migratoria restrictiva, de control y selectividad a modo de filtro. Con el arribo a la presidencia de Donald Trump, el discurso y las acciones tomaron un renovado cariz anti-migratorio, xenófobo y en una perspectiva que simulaba rechazo a todo lo extranjero a modo de una xenelasia que después de milenios trató de encontrar su lugar en la Unión Americana. El Presidente Donald Trump (2017-2021) emitió varias órdenes ejecutivas perjudiciales contra las personas migrantes durante su mandato.¹⁶⁷ Entre las cuales se encontraban:

- La exclusión de los migrantes indocumentados de ser contabilizados en el censo.
- La eliminación de la protección temporal para inmigrantes cuya procedencia es de países que se encuentran en problemas, por lo cual no se garantizaba un retorno seguro de las personas que migraron hacia Estados Unidos.
- Prohibición de entrada a EEUU de ciudadanos provenientes de Irán, Libia, Siria, Somalia, Yemen, Venezuela, Corea del Norte, Bielorrusia, Eritrea, Kirguistán, Nigeria, Sudán y Tanzania,
- Medidas de deportación más severas hacia personas migrantes no autorizadas, incluso para aquellas que llegaron en la infancia.

¹⁶⁷ SECRETARÍA (2021), p. 4

- La anulación del Programa de la Acción Diferida para los Migrantes Llegados en su Infancia (DACA, por sus siglas en inglés). Con esta orden el gobierno de Trump se proponía que no iba a haber más solicitudes para este programa y las renovaciones serían más complicadas.
- La continuación de la construcción del muro fronterizo.¹⁶⁸

Conforme a este marco de políticas públicas implementadas en la administración del Presidente Trump, se destaca el Protocolo de Protección al Migrante (MPP) también conocido como “Quédate en México”, el cual se anunció el 24 de enero de 2019. Este protocolo tiene por objeto que ciertos ciudadanos de otros países que ingresen ilegalmente o busquen admisión sin la documentación adecuada a los EEUU desde México, sean devueltos a este país y esperen fuera de los durante el tiempo que dure su trámite migratorio. Solo se les permite ingresar temporalmente a los EEUU para asistir a sus audiencias judiciales.¹⁶⁹

Según el Anuario de Migración y Remesas 2021, “para enero de 2021 se contabilizaban 71 009 casos iniciados. Honduras, Guatemala, Cuba y El Salvador concentraron 82.3% de los casos, 78.5% de las audiencias se realizaron en El Paso, Brownsville, y Laredo, y pocos casos llegan a un otorgamiento de protección (1.1%) u otro cierre (6.6%)”.¹⁷⁰

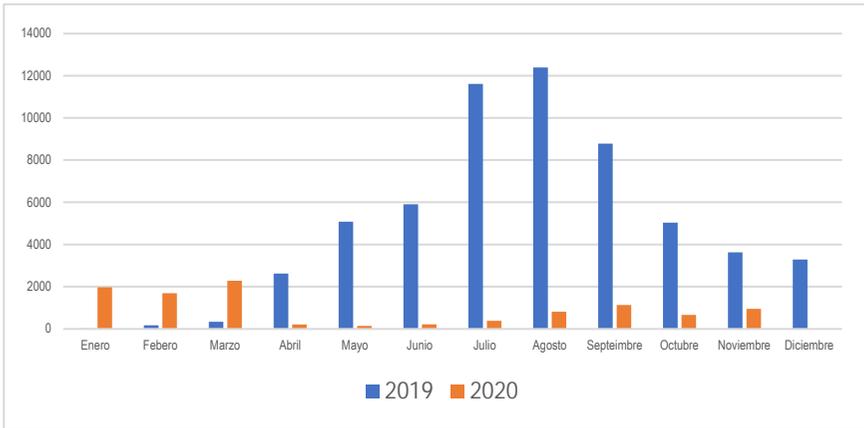
¹⁶⁸ SECRETARÍA (2021), p. 6

¹⁶⁹ SECRETARÍA (2021), p. 8

¹⁷⁰ GOBIERNO (2021a), p. 65.

Gráfica No. 2 Casos de deportación bajo el protocolo MPP

“Quédate en México” 2019-2021



Fuente: Anuario de migración y remesas. México. 2021, p. 65

De la gráfica se aprecia, que mientras en el mes de agosto de 2019 se registró el mayor número de solicitudes dentro del programa MPP, para el mismo periodo pero en el 2020, hay una disminución drástica de los mismos, esta situación se aprecia desde el mes de marzo de ese año fecha en la que inicia la pandemia por COVID-19 y EEUU decide cerrar sus fronteras terrestres con México, y solo permitió el tránsito en casos de actividades esenciales con base al Título 42, una excepción en la ley de salud de ese país, que permite restringir la entrada de extranjeros por vía terrestre por motivos sanitarios (incluso para quienes tienen visa).

Cabe advertir que estas políticas de inmigración más restrictivas se han impuesto con ayuda de una amplia retórica contra la inmigración, que ha intentado caracterizar a los migrantes como un peligro y una sangría para la sociedad estadounidense; las teorías de las conspiraciones relativas a la inmigración ampliamente difundidas también han creado una atmósfera de desconfianza y miedo. Un sondeo realizado en 2018 indicó que más de la mitad de los ciudadanos estadounidenses creían que su Gobierno les ocultaba información sobre el costo real de la inmigración para la sociedad y los contribuyentes. Datos recientes revelan también que en 2017 aumentaron los delitos de odio en los Estados Unidos de América, muchos de ellos motivados por la raza o la pertenencia

étnica de las víctimas.¹⁷¹ En este contexto, se especula que por no poder llegar a su destino final o por una inmovilidad forzada, cientos de migrantes en tránsito se encuentren en esta ciudad en espera de ser llamados a sus audiencias judiciales.

No pasa desapercibido que las políticas antiinmigrantes también comienzan aplicarse en territorio mexicano, con mayor presencia en la frontera sur; México pasó a ser un país de expulsión y retorno de migrantes, pues en el 2020, la estadística muestra que 60 315 extranjeros fueron devueltos (expulsados), la gran mayoría de ellos (23 789) por la frontera sur (Chipas), pero Baja California también reporta la devolución de 948 personas extranjeras.¹⁷² Ahora, para el mismo periodo se reportan 48 236 migrantes centroamericanos retornados, de los cuales solo 354 corresponden a Baja California, pero 17 910 eventos corresponden a la frontera sur (Chiapas).¹⁷³ Esta cifra casi es superada en lo que va del 2021 (del mes de enero al mes de julio) pues ya se reportan 54 231 extranjeros devueltos,¹⁷⁴ de los cuales 53 237 pertenecen a Centroamérica (30 de Belice, 6 de Costa Rica, 1 810 de El Salvador, 21 115 de Guatemala, 29 923 de Honduras, 351 de Nicaragua, y 2 de Panamá).¹⁷⁵ Finalmente, los migrantes centroamericanos retornados alcanzan la cifra de 49 115, de los que se aprecia un número mayor significativo de retornos por la frontera sur (14 403 casos).¹⁷⁶

Un último factor para analizar lo es la epidemia mundial provocada por el virus SARS-CoV-2, hoy mejor conocido como COVID-19. Es un hecho que la salud en un derecho humano reconocido para todas las personas independientemente de su situación migratoria. También lo es que:

¹⁷¹ OIM (2020) p. 120

¹⁷² GOBIERNO (2020b) p. 145.

¹⁷³ GOBIERNO (2020b) p. 148.

¹⁷⁴ GOBIERNO (2021c) p. 118

¹⁷⁵ GOBIERNO (2021c) p. 119.

¹⁷⁶ GOBIERNO (2021c) p. 124.

“los contagios, el temor a contraer el virus, los cambios en los estilos de trabajo, la incertidumbre y las cargas adicionales de trabajo, así como el impacto del trabajo en la vida personal y familiar son temas que han afectado la migración en el mundo, ya que han ido acompañados de falta de equipo e infraestructura adecuadas”.¹⁷⁷

Como ya se indicó, el fenómeno migratorio en México tiene diversas aristas. Aunque también se presentan flujos de migración regular, se tiende a visibilizar más la migración irregular, ya que la segunda está asociada frecuentemente con trágicos incidentes que involucran a la población migrante, incluyendo la pérdida de vidas en el trayecto, o bien formas nuevas de desplazarse en grupos, como son las llamadas “caravanas de migrantes”. Con la llegada de la COVID-19, diversos organismos a nivel internacional han documentado que el cierre de fronteras y demás restricciones a la movilidad no restringe a los migrantes en tránsito.

No obstante, la OIM reconoce que “la pandemia ha cambiado los procesos de movilidad en América Central y México. Desde inicios del año 2020 se dio una disminución de la movilidad en los países de la región coincidiendo con la declaratoria de la pandemia. Las restricciones que han tomado los estados para contrarrestar el avance de la COVID-19 han tenido gran impacto entre las personas que migran por la región, llegando al punto en que muchas han reconsiderado sus planes migratorios. Un sondeo realizado por OIM entre más de 1.600 personas migrantes en la región, reveló que un 47% había decidido posponer su migración debido a la pandemia, mientras que un 10% adicional había decidido cancelarla por completo. El 20% de las personas migrantes que respondieron al sondeo, expresó el deseo de regresar a su lugar de origen”.¹⁷⁸

Al respecto, la OIM reconoce que “entre los impactos más inmediatos y visibles de la pandemia sobre la migración, se ha identificado que, tanto en países de tránsito como de destino, las personas migrantes se han visto afectadas por el cierre de negocios, los despidos masivos de

¹⁷⁷ OIM (2021) p. 5.

¹⁷⁸ OIM (2021) p. 9.

empleados y pérdida de ingresos, a pesar de la ayuda de otras personas migrantes, amigos, conocidos o familiares... Adicionalmente, un número importante de personas migrantes han permanecido varadas en las comunidades de tránsito en las que se encontraban en el momento en que las autoridades comenzaron a aplicar restricciones de movilidad... Existen también personas migrantes en tránsito, personas inmigrantes o solicitantes de protección internacional o complementaria, que se encuentran en un impase legal debido a que la pandemia ha suspendido la ejecución de trámites administrativos y legales concernientes a procesos migratorios”.¹⁷⁹

Como se indicó antes, el MPP tiene inmovilizados en esta ciudad a cientos de migrantes en tránsito que no pudieron concluir su trámite de internación hacia EEUU. Señala este organismo internacional que “es posible que, aunque muchas personas continúan en el lado mexicano de la frontera esperando su reapertura, otras hayan optado por contratar los servicios de traficantes para ingresar de manera irregular a los Estados Unidos de América, o bien regresaron a sus comunidades de origen, o solicitaron asilo en México. La Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR), que en los últimos años se ha visto rebasada por el aumento en el número de solicitudes, reportó una drástica disminución en las solicitudes recibidas durante la pandemia”.¹⁸⁰

Además, sostiene que:

“las personas migrantes no solo han tenido que enfrentar la imposibilidad temporal de continuar con sus procesos migratorios, también las limitadas infraestructuras en el área de protección, y su condición como extranjeros en lugares desconocidos y remotos, intensifican las formas de vulnerabilidad que experimentan. Algunos albergues para migrantes a lo largo de América Central y México suspendieron la admisión de nuevos migrantes con el fin de reducir contagios, causando que un número indeterminado de personas migrantes carezcan de un lugar de residencia o refugio digno, poniendo su seguridad personal en riesgo”.¹⁸¹

A esta lamentable situación se añaden

¹⁷⁹ OIM (2021) pp. 9-10

¹⁸⁰ OIM (2021) p. 10

¹⁸¹ OIM (2021) p. 10

“los requisitos sanitarios impuestos por los estados en el contexto de la COVID-19, que con frecuencia requieren evidencia de que la persona esté libre del virus o que se haya sometido a pruebas que así lo confirmen. Estos servicios, sin embargo, no se encuentran disponibles al público en general y son inasequibles para muchas personas. Además, el cierre de fronteras implica que las pruebas no se puedan administrar en puntos fronterizos. Existen datos que indican que los nuevos requisitos sanitarios impuestos por los gobiernos para permitir el ingreso a sus territorios pueden inducir a un aumento de la migración irregular como alternativa... En suma, las respuestas a la COVID-19 han incrementado la precariedad que encuentran las personas migrantes que viajan de forma irregular”.¹⁸²

Lo cierto es que, en México, no existen datos específicos que relacionen el fenómeno de la migración irregular con el COVID-19, si la pandemia aumentó o disminuyó la intención de los migrantes de llegar hasta la zona fronteriza del país. Lo cierto es que los números expresados en esta investigación no denotan una disminución de la migración, por el contrario, se aprecia un número mayor de migrantes en el país en relación con el 2020, año en el que explotó la pandemia en nuestro país.

6. CONCLUSIONES

Como se observa, la migración es un fenómeno que no se detendrá por el solo hecho de impedir que las personas extranjeras ingresen a otro país del que no sean originarios; la movilidad humana va más allá de tener un documento que permita su ingreso legal a otra nación. La migración internacional surge ante la necesidad de salvaguardar la integridad personal o familiar de los entornos violentos, de inseguridad, desastres naturales y enfermedades que impiden alcanzar un nivel de vida adecuado en sus países de origen. Es una respuesta humana de sobrevivencia y esperanza de contar con una mejora en su forma de vida habitual. Por ello, los migrantes (cualquiera que sea su situación), deben contar con garantías migratorias mínimas conforme al marco constitucional y legal mexicano, que protejan sus derechos humanos los cuales no abandonan ni dejan atrás por el solo hecho de tomar la decisión de migrar y transitar por esta región en su intento por llegar a los EEUU.

¹⁸² OIM (2021) pp. 10, 26.

En ese contexto, la frontera noroeste de México, particularmente la ciudad de Mexicali, Baja California, ofrecer a los migrantes que logran llegar hasta aquí después de una larga travesía por el territorio nacional, la posibilidad de resguardarse de forma segura en espera de ingresar de forma legal a EEUU, y brinda mecanismos legales accesibles que les permiten regularizar su estancia temporal o permanente en la ciudad. Cabe mencionar la implementación de albergues temporales en diversos puntos de la ciudad, así como las campañas de vacunación anti COVID-19 y de empleo temporal que promueve la administración municipal actual.

Se reconoce que no es una tarea fácil, pues para lograr lo anterior debieron conjugar los esfuerzos de las autoridades estatales y municipales en coordinación con las autoridades federales competentes en el tema migratorio, pero además la sociedad civil debe tener un papel más activo en la ayuda humanitaria que se les pueda brindar a los migrantes en tránsito, sin que éstos sean criminalizados o estereotipados por su condición migrante. Finalmente, somos una ciudad joven, en progreso, con muchas oportunidades de vida digna, y abiertos a la posibilidad de recibir a todas las personas que contribuyan al desarrollo sostenible, sin importa su origen o nacionalidad.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Centro de Estudios Migratorios. Unidad de Política Migratoria. Subsecretaría de Población, Migración y Asuntos Religiosos. Secretaría de Gobernación. (2016). “Prontuario sobre movilidad y migración internacional. Dimensiones del fenómeno en México”. Disponible en: <http://omi.gob.mx/es/OMI/Prontuario_sobre_movilidad_y_migracion_internacional_Dimensiones_del_fenomeno_en_Mexico> [Fecha de consulta: 9 de septiembre de 2021].
- Comisión Nacional de Derecho Humanos. CNDH. (2020). “Los desafíos de la migración y los albergues como oasis”. Disponible en: <<https://www.cndh.org.mx/documento/los-desafios-de-la-migracion-y-los-albergues-como-oasis-encuesta-nacional-de-personas>> [Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2021].
- Consejo de Salubridad General. (2020). Revista, numero de diciembre. Disponible en: <http://www.csg.gob.mx/descargas/pdf/comunicacion/revista/Revista_A_CUERDOS_N-1_Dic_2020.pdf> [Fecha de consulta: 16 de septiembre de 2021].

- Enciclopedia de los Municipios y Delegaciones de México. (2021). Disponible en: <http://www.inafed.gob.mx/work/enciclopedia/EMM02bajacalifornia/municipios/02002a.html> [Fecha de consulta: 16 de septiembre de 2021].
- Gobierno de México. Fundación BBVA (2021a). “Anuario de migración y remesas”. Disponible en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/653479/Anuario_Migracion_y_Remesas_2021.pdf. [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2021].
- Gobierno de México. Secretaria de Gobernación (2020b). “Boletín mensual de estadísticas migratorias”. Disponible en: http://www.politicamigratoria.gob.mx/work/models/PoliticaMigratoria/CEM/Estadisticas/Boletines_Estadisticos/2020/Boletin_2020.pdf [Fecha de consulta: 16 de septiembre de 2021].
- Gobierno de México. Secretaria de Gobernación (2021c). “Boletín mensual de estadísticas migratorias”. Disponible en: http://portales.segob.gob.mx/work/models/PoliticaMigratoria/CEM/Estadisticas/Boletines_Estadisticos/2021/Boletin_2021.pdf. [Fecha de consulta: 16 de septiembre de 2021].
- Hernández, Alberto (2020). “La frontera México-Estados Unidos: asimetrías y trasgresiones”. En Revista Nueva Sociedad. Fronteras latinoamericanas. Más allá de los límites, Nuso No. 289, septiembre-octubre 2020, s/p. Disponible en <https://nuso.org/articulo/la-frontera-mexico-estados-unidos-asimetrias-y-transgresiones/>. [Fecha de consulta: 13 de septiembre de 2021].
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía. INEGI. (2021). Disponible en <http://cuentame.inegi.org.mx/default.aspx#>. [Fecha de consulta: 13 de septiembre de 2020].
- Organización Internacional para las Migraciones. OIM. (2020). “Informe sobre las migraciones en el mundo”. Disponible en: <https://publications.iom.int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2020> [Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2021].
- Organización Internacional para las Migraciones. OIM. (2021): “El tráfico ilícito de migrantes en América Central y México en el Contexto de la Covid-19”. Disponible en: https://kmhub.iom.int/sites/default/files/publicaciones/informe_tim_abr.pdf, [Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2021].
- Organización Mundial de la Salud. OMS. (2021). Disponible en: <https://www.who.int/es/news/item/27-04-2020-who-timeline---covid-19> [Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2021].
- Secretaría de Gobernación. (2021). “Migraboletín”, Año 3, número 6, marzo-agosto de 2021. Disponible en: http://omi.gob.mx/es/OMI/La_politica_migratoria_en_Estados_Unidos_contrastes. [Fecha de consulta: 13 de septiembre de 2021].

DERECHO HUMANO A LA EDUCACIÓN: MIGRANTES IRREGULARES PROFESIONISTAS EN MEXICALI, BAJA CALIFORNIA, MÉXICO

IVETH RAMOS SAMANIEGO

Universidad Autónoma de Baja California

YOLANDA SOSA Y SILVA GARCÍA

Universidad Autónoma de Baja California

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, los movimientos migratorios de personas hacia países distintos a los de su origen han incrementado por diversas causas y necesidades, por citar algunos, para escapar a conflictos armados, persecución, mejorar su situación socioeconómica, por catástrofes naturales y, algunos otros casos, para continuar o ejercer sus estudios de nivel superior, ya que los países de origen no pueden cubrir esas necesidades. El contexto actual de la globalización ha traído como consecuencia que las migraciones afecten diferentes derechos humanos, generando nuevos desafíos a la sociedad en la que se incorporan.

Uno de los derechos humanos vulnerados es el de acceso a la educación, consagrado en el artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como en otros instrumentos internacionales de los que el Estado mexicano es vinculante. En la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos se consagra en el artículo 3ro, además, el artículo 1° estipula que en nuestra carta Magna todo individuo gozará de las garantías que otorga esta la Constitución.

En consecuencia, surgen las siguientes preguntas de investigación: ¿Pueden los migrantes irregulares profesionistas acceder a la revalidación y/o acreditación para los grados académicos de nivel superior ante la Secretaría de Educación Pública? en consecuencia ¿Cuáles son los

requisitos y documentos exigidos para lograr la revalidación y/o acreditación?

Esta problemática se delimita espacialmente en la ciudad de Mexicali, Baja California, México, al ser ciudad fronteriza con Estados Unidos de América y su delimitación temporal comprende el año 2021.

1.1. JUSTIFICACIÓN Y ANTECEDENTES

La migración es un fenómeno que es inherente constitucionalmente al hombre desde los orígenes de su existencia, sin embargo, en la actualidad los movimientos de personas hacia países distintos a los de su origen se han incrementado por diversas causas y necesidades, por citar algunos, para escapar a conflictos armados, persecución, mejorar su situación socioeconómica, por catástrofes naturales y, algunos otros casos, para continuar o ejercer sus estudios de nivel superior, ya que los países de origen no pueden cubrir.

Asimismo, “en 2019, el número de migrantes alcanzó la cifra de 272 millones, 51 millones más que en 2010. Los migrantes internacionales comprenden un 3,5% de la población mundial, cifra que continúa en tendencia ascendente comparándola con el 2,8% de 2000 y el 2,3% de 1980” (Moreno Mena, 2019, pág. 70). El contexto actual de la globalización ha traído como consecuencia que las migraciones afecten diferentes derechos humanos, generando nuevos desafíos a la sociedad en la que se incorporan.

Uno de los derechos humanos vulnerados es el de acceso a la educación, consagrado en el artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como en otros instrumentos internacionales de los que el Estado mexicano es vinculante. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se consagra en el artículo 3ro, además, el artículo 1º estipula que en la Carta Magna todo individuo gozará de las garantías que otorga esta la Constitución.

Para la elección del tema se tomó como referente a los Programas Nacionales Estratégicos (PRONACES) de Conacyt con incidencia en la resolución de problemas del país, donde trata el tema de Seguridad Humana, que establece:

Constituye un esfuerzo del Conacyt por impulsar un nuevo modelo de aproximación a las problemáticas nacionales de violencia estructural y movilidad humana que, dada su relevancia, exigen una atención directa, integral y profunda. El Programa, focalizado en proyectos de investigación e incidencia, se orienta hacia la búsqueda de soluciones efectivas a tales problemáticas, para lo cual atiende dos convocatorias: Movilidad y Derechos Humanos y Violencias Estructurales. (Conacyt, 2021)

Asimismo, nos dice que la problemática enfocada en movilidad y derechos humanos responde al hecho de que:

México es un escenario extenso e intrincado donde tienen lugar los más diversos, activos y profusos procesos de movilidad marcados por flujos migratorios, tanto internos como aquellos que fluyen desde y hacia el extranjero. Procurar una adecuada gestión pública a través del reconocimiento y respeto de los derechos de las personas en situación de movilidad es la condición necesaria para lograr una adecuada gobernabilidad, apegada a los ideales democráticos del Estado de derecho.

La intención de realizar este trabajo investigativo enfocado en el derecho humano a la educación para migrantes irregulares, es para aportar nuevos conocimientos para el acceso a éste derecho humano, también analizar y verificar la tramitología para revalidar estudios en Mexicali, así como identificar quienes pueden exigir su cumplimiento y el análisis a los mecanismos actuales con que cuenta México para su protección, con el interés de demostrar si estos medios de defensa, garantiza la salvaguarda al propio derecho humano.

2. OBJETIVOS

- Exponer y verificar los trámites de revalidación y/o acreditación de estudios de nivel superior que tienen que realizar, ante la Secretaría de Educación Pública, los migrantes irregulares que se encuentran en Mexicali, Baja California; para verificar y exponer los desafíos que se enfrenta nuestro grupo de estudio que cuenta con una carrera profesional en su país de origen.
- Analizar la importancia y trascendencia de la protección y acceso al derecho humano a la educación para la revalidación

y/o acreditación de estudios de nivel superior para migrantes irregulares.

- Examinar el marco normativo nacional, que establezca la protección y los medios para garantizar el acceso al derecho humano a la educación para la revalidación y/o acreditación de estudios de nivel superior para migrantes irregulares.
- Plantear propuestas de solución y orientaciones para el mejoramiento de la protección y el acceso al derecho humano a la educación para la revalidación y/o acreditación de estudios de nivel superior para migrantes irregulares.

3. HIPÓTESIS GENERAL Y ESPECÍFICAS

- Los programas y políticas públicas existentes en el país para el apoyo en el trámite de revalidación de estudios de nivel superior para migrantes irregulares, no es asequible para el grupo objeto de estudio.
- Los requisitos de acceso a este derecho humano, establecidos en la legislación mexicana, hacen imposible garantizar la salvaguarda del derecho humano al acceso a la educación para la revalidación de estudios de nivel superior para migrantes irregulares.
- Es necesario fortalecer, reorientar y ampliar los programas de educación para que los migrantes irregulares inicien, continúen, concluyan y certifiquen sus estudios de nivel superior.
- La Secretaría de Educación, así como las políticas públicas, han fracasado en facilitar el trámite de obtención de la revalidación y/o acreditación de estudios de nivel superior para los migrantes irregulares, ya que no están incorporándose con esa categoría al mercado laboral local.

4. METODOLOGÍA

La elaboración de la presente investigación pretende exponer, analizar y verificar a través de una metodología mixta, con aplicación, entre

otros, del método deductivo y descriptivo de los desafíos a los que se enfrentan los migrantes irregulares con estudios de nivel superior en el trámite para acceder a la revalidación y/o acreditación de estudios Superiores en territorio nacional, específicamente en Mexicali, Baja California, México. Además del estudio del marco normativo internacional, nacional y local mediante el uso del método exegético para la interpretación de las normas aplicables, evidenciando las lagunas legales que dejan sin la protección de los derechos humanos, como el de la educación a los migrantes irregulares en México.

Respecto al análisis cuantitativo, se emplearán técnicas tanto de doctrina como de campo; el uso de la técnica documental, para la recolección de datos en la interpretación y análisis de información que surge a partir de las fuentes bibliográficas, hemerográficas, informáticas y normativas. En la investigación de campo se realizarán entrevistas, cuestionarios y encuestas directas a los migrantes objetos de estudio respecto a esta problemática migratoria en Mexicali, Baja California, México.

5. DISCUSIÓN

La evolución del mundo y de las relaciones sociales son el resultado de los movimientos humanos, por tanto, la migración es un fenómeno tan antiguo como la existencia del hombre que forma parte de nuestra cotidianidad. El artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, mandata que toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado y, tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) como organismo que busca mejorar la gobernabilidad de la migración y afrontar los desafíos asociados con la misma, así como para reforzar la contribución de los migrantes al desarrollo sostenible. Bajo esta línea, el más reciente compromiso internacional que realizó enfocado en la migración fue el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular o Pacto Mundial sobre Migración firmado por 164 países el 10 de diciembre de 2018, que México es parte, el cual se considera un compromiso políticamente vinculante, aunque los Estados crean sus normas y leyes en materia migratoria, funge como directrices en el tema.

Además, es importante que Baja California, México, como estado fronterizo, se sume a los objetivos planteados por la Agenda 2030 de la ONU, donde declara que:

La Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible reconoce por primera vez la contribución de la migración al desarrollo sostenible; 11 de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) contienen metas e indicadores que son pertinentes para la migración o el desplazamiento. El principio básico de la Agenda es "no dejar a nadie atrás" y esto incluye a los migrantes.

La principal referencia a la migración en los ODS se establece en la meta 10.7: Facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas. Otros objetivos tratan también distintos aspectos de la migración tales como la trata de personas, las remesas y la movilidad internacional de estudiantes, entre otros. (ONU, 2021)

La problemática de este fenómeno ha sido foco de atención nacional e internacional con el aumento de las migraciones que viajan miles de kilómetros y diferentes territorios, los cuales se encuentran estado de incertidumbre respecto al estatus migratorio, la protección y acceso a los derechos humanos básicos, el caso particular de la educación.

En México existen programas y políticas públicas para el apoyo en el trámite de revalidación de estudios de nivel superior para migrantes irregulares. En específico, existe el programa Educación sin Fronteras derivado del Instituto Nacional para la Educación de los Adultos (INEA), coordinado por la Secretaría de Gobernación (SEGOB); tienen como objetivo brindar atención educativa a personas migrantes connacionales retornados o repatriados, solicitantes de la condición de refugiado, refugiados, beneficiarios de protección complementaria o extranjeros viviendo en México, para que aprendan a leer y escribir o que inicien, continúen, concluyan y certifiquen la educación primaria y secundaria, actualmente cuenta con tres módulos instalados en los puntos de repatriación ubicados en Tijuana y Mexicali, Baja California; y en la Ciudad de México.

Por tanto, si en el tiempo que éstos migrantes irregulares se encuentren de estadía pretendan revalidar sus estudios profesionales de nivel superior con el objetivo de encontrar un trabajo decente para sobrevivir, el

Estado a través de los programas en conjunto con las políticas públicas, debe brindar facilidades a los migrantes irregulares que cuentan con una carrera profesional en los tramites respectivos, para que así, en dado caso puedan incorporarse laboralmente y no sólo en el sector primario sino en el secundario o incluso terciario, generando un beneficio para las partes involucradas.

Derivado del fenómeno de la globalización, México se ha convertido por su natural ubicación fronteriza en un lugar de tránsito de personas migrantes. Pero no es una problemática nueva, ya que existen diversos estudios de corte académico y por parte de la sociedad civil, que han sentado bases del fenómeno migratorio en la frontera norte de México, específicamente en Mexicali, Baja California, quedando en evidencia que es un problema de años, siendo los actores principales los migrantes.

Si bien es cierto que existen diversas teorías sobre la migración internacional, algunas se presentan con enfoques muy limitados y ambiguos, donde no se logra explicar totalmente los motivos y causas de la migración internacional, ya que estas motivaciones por parte de los migrantes se van modificando con el tiempo y dependiendo de las realidades sociales que vayan surgiendo. En el mismo sentido, José Ascensión Mena, investigador del Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Autónoma de Baja California, nos dice que:

Actualmente hay consenso en la mayoría de los investigadores de la movilidad humana, que no existe ninguna teoría general de las migraciones que dé cuenta de las realidades que se vienen presentando, ni tampoco una teoría que por sí sola puede dar una explicación global de sus causas y consecuencias. Algunas se quedan cortas mientras que otras prácticamente ya no dan respuestas a las interrogantes de siempre. Los nuevos flujos migratorios que estamos observando en el mundo, los desplazamientos forzados, las crisis humanitarias que se están haciendo evidentes en los países europeos, los éxodos de Centroamérica y Haití, ponen a prueba las distintas teorías que intentan explicar las casualidades de la migración. (pág. 70)

Por lo anterior, la presente investigación sostiene una postura con enfoque de derechos humanos, siguiendo las directrices trazadas por los organismos internacionales como la ONU, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), así como los ODS descritas en el Pacto

Mundial para la Migración, específicamente en el ODS 4: educación de calidad:

Meta 4.3: De aquí a 2030, asegurar el acceso igualitario de todos los hombres y las mujeres a una formación técnica, profesional y superior de calidad, incluida la enseñanza universitaria

Meta 4.4: De aquí a 2030, aumentar considerablemente el número de jóvenes y adultos que tienen las competencias necesarias, en particular técnicas y profesionales, para acceder al empleo, el trabajo decente y el emprendimiento. (Portal de datos mundiales sobre migración, 2020)

Asimismo, la investigación seguirá lo establecido en la normativa mexicana, de acuerdo a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 3ro constitucional, que mandata privilegiar la atención educativa en el país sin importar la condición migratoria de la persona, las leyes de migración tal como cita el artículo 8vo de la Ley de Migración (Ley de Migración, 2021, pág. 7), y las reglamentaciones específicas sobre la condición de nacionalidad.

Por lo anterior, podemos arribar a una primera conclusión, es urgente construir el saber jurídico en materia de protección y acceso al derecho humano a la educación para la revalidación y/o acreditación de estudios de nivel superior para migrantes irregulares, que permita dar contenido a los derechos humanos y fundamente la actuación de los gobiernos, los organismos internacionales, de la sociedad civil y de todos los actores involucrados en la formulación e incorporación de nuevos mecanismos con enfoque de máxima protección de derechos humanos, como el derecho que se pretender analizar en la problemática planteada.

5.1. NORMATIVA MEXICANA PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO HUMANO A LA MOVILIDAD HUMANA

Los migrantes en tránsito al decidir quedarse en las ciudades fronterizas, el gobierno debe emprender acciones a través de sus instituciones migratorias, de los planes para generar protección, respeto y oportunidades de desarrollo en la localidad. Por tanto, procederemos a señalar cómo se determina la condición de extranjero en México, además, exponer la legislación nacional e internacional en la que México es parte.

En la legislación mexicana, el artículo 1º. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), estipula en su párrafo primero que “...todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.” (Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos, pág. 1)

En su párrafo segundo establece que “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Carta Magna y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia” (pág. 1). Asimismo, en el párrafo tercero se funda que, “queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional...o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.” (Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos, 2021)

Ahora, la condición jurídica de los extranjeros en México se encuentra establecido en el artículo 33 constitucional, el cual señala que “son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución.” (pág. 45). Por lo que:

...cualquier persona que se encuentre en el territorio nacional goza de todos los derechos humanos contenidos en la CPEUM y en los tratados internacionales de los cuales México es parte. Estos derechos incluyen, entre otros, derecho a la vida y a la integridad personal, libertad de expresión, conciencia y religión, acceso a la justicia y debido proceso, y prohibición de discriminación, detención arbitraria, tortura, esclavitud y trata de personas. (CNDH, 2018, pág. 4)

Pero también existen prohibiciones para los extranjeros en México, el mismo artículo 33 constitucional, en el último párrafo hace referencia a que, “los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país” (Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos, pág. 45). También el artículo 27 constitucional fracción I, marca que “en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.” (pág. 32)

Es a partir del 25 de mayo de 2011 que “la Ley de Migración ha reemplazado a la Ley General de Población como el principal instrumento de regulación migratoria, en la que el Instituto Nacional de Migración (INAMI) tiene un papel central. Así, sólo el personal del INAMI puede revisar el estatus migratorio de los extranjeros y retener sus documentos de identidad si sospecha, que son falsos. Cualquier otra autoridad que lo haga es sujeta a una sanción.” (CNDH, pág. 7)

Este instrumento legal, estipula en su artículo 52 el tipo de estancia de extranjeros en México, en el caso particular de los haitianos, la estancia legal con la cual ingresaron al país se establece en:

...V. Visitante por razones humanitarias. Se autorizará esta condición de estancia a los extranjeros que se encuentren en cualquiera de los siguientes supuestos:

c) Ser solicitante de asilo político, de reconocimiento de la condición de refugiado o de protección complementaria del Estado Mexicano, hasta en tanto no se resuelva su situación migratoria. Si la solicitud es positiva se les otorgará la condición de estancia de residente permanente, en términos del artículo 54 de esta Ley. (Ley de Migración, pág. 18)

Para una mayor ilustración se elaboraron tres tablas, las dos primeras hacen referencia a los instrumentos nacionales de México, así como la legislación del Estado de Baja California, en materia de la protección y acceso al derecho humano de la educación. Estos instrumentos jurídicos, obligan al país y estado a proteger los derechos humanos básicos de todos los individuos dentro de su territorio.

Tabla 1. Instrumentos jurídicos nacionales que obligan al estado de mexicano, a cumplir con el acceso y protección al derecho humano a la educación para migrantes

Instrumento jurídico nacional	Contenido en materia de acceso a la educación para migrantes	
Ley de migración	<p>Artículo 8. Los migrantes podrán acceder a los servicios educativos provistos por los sectores público y privado, independientemente de su situación migratoria y conforme a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables. Los migrantes tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica, provista por los sectores público y privado, independientemente de su situación migratoria, conforme a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables. Los migrantes independientemente de su situación migratoria, tendrán derecho a recibir de manera gratuita y sin restricción alguna, cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida. En la prestación de servicios educativos y médicos, ningún acto administrativo establecerá restricciones al extranjero, mayores a las establecidas de manera general para los mexicanos.</p>	<p>Artículo 57. La Secretaría, podrá establecer mediante disposiciones administrativas de carácter general que se publicarán en el Diario Oficial de la Federación, un sistema de puntos para que los extranjeros puedan adquirir la residencia permanente sin cumplir con los cuatro años de residencia previa. Los extranjeros que ingresen a territorio nacional por la vía del sistema de puntos contarán con permiso de trabajo y tendrán derecho a la preservación de la unidad familiar por lo que podrán ingresar con o solicitar posteriormente el ingreso de las personas señaladas en el artículo 55 de esta Ley. [...] II. Las capacidades del solicitante tomando en cuenta entre otros aspectos el nivel educativo; la experiencia laboral; las aptitudes en áreas relacionadas con el desarrollo de la ciencia y la tecnología; los reconocimientos internacionales, así como las aptitudes para desarrollar actividades que requiera el país, y [...] (Ley de Migración, págs. 7,24)</p>
Reglamento de la ley de migración	<p>Capítulo segundo del sistema de puntos</p> <p>Artículo 124. El sistema de puntos para que las personas extranjeras puedan adquirir la residencia permanente, establecerá criterios de selección para atraer personas extranjeras inversionistas o con alta competencia en áreas como la ciencia, la tecnología, el deporte, las humanidades y las artes o aquellos que fortalezcan y fomenten el desarrollo y competitividad en el territorio nacional.</p>	<p>Artículo 125. Los criterios de selección podrán incorporar, entre otras, las siguientes categorías: I. Nivel educativo [...] (Reglamento de la ley de migración, 2014, pág. 40)</p>

<p>Ley General de Educación (Ley General de Educación, 2019, págs. 2,4,10)</p>	<p>Artículo 2. El Estado priorizará el interés superior de niñas, niños, adolescentes y jóvenes en el ejercicio de su derecho a la educación. Para tal efecto, garantizará el desarrollo de programas y políticas públicas que hagan efectivo ese principio constitucional.</p>	<p>Artículo 8. El Estado está obligado a prestar servicios educativos con equidad y excelencia. Las medidas que adopte para tal efecto estarán dirigidas, de manera prioritaria, a quienes pertenezcan a grupos y regiones con mayor rezago educativo, dispersos o que enfrentan situaciones de vulnerabilidad por circunstancias específicas de carácter socioeconómico, físico, mental, de identidad cultural, origen étnico o nacional, situación migratoria o bien, relacionadas con aspectos de género, preferencia sexual o prácticas culturales.</p>	<p>Artículo 9. Las autoridades educativas, en el ámbito de sus respectivas competencias y con la finalidad de establecer condiciones que permitan el ejercicio pleno del derecho a la educación de cada persona, con equidad y excelencia, realizarán entre otras, las siguientes acciones: [...] X. Adoptar las medidas para que, con independencia de su nacionalidad o condición migratoria, las niñas, niños, adolescentes o jóvenes que utilicen los servicios educativos públicos, ejerzan los derechos y gocen de los beneficios con los que cuentan los educandos nacionales, instrumentando estrategias para facilitar su incorporación y permanencia en el Sistema Educativo Nacional; XI. Promover medidas para facilitar y garantizar la incorporación y permanencia a los servicios educativos públicos a las niñas, niños, adolescentes y jóvenes que hayan sido repatriados a nuestro país, regresen voluntariamente o enfrenten situaciones de desplazamiento o migración interna [...]</p>
<p>Ley General de Educación Superior (Ley General de Educación Superior, 2021, págs. 12-13)</p>	<p>Artículo 17. La Secretaría determinará las normas y criterios generales, aplicables en toda la República, a las que se ajustarán la revalidación y la declaración de estudios equivalentes. Las autoridades educativas e instituciones de educación</p>	<p>Artículo 19. La Secretaría, tomando en cuenta la opinión del Consejo Nacional para la Coordinación de la Educación Superior, elaborará un marco nacional de calificaciones y un sistema nacional de asignación, acumulación y transferencia de</p>	<p>Artículo 21. La Secretaría, en coordinación con las autoridades educativas de las entidades federativas y de las instituciones de educación superior, promoverá la interrelación entre este tipo educativo, el de básica y de media superior; mediante la formulación de estrategias comunes que ofrezcan una formación integral al estudiante para que</p>

	<p>superior facultadas para otorgar revalidaciones o equivalencias de estudios promoverán la simplificación de dichos procedimientos, atendiendo a los principios de celeridad, imparcialidad, flexibilidad y asequibilidad. Además, promoverán la utilización de medios electrónicos de verificación de autenticidad de documentos académicos, a fin de facilitar y garantizar la incorporación y permanencia al tipo de educación superior a todas las personas, incluidas las que hayan sido repatriadas a nuestro país, regresen voluntariamente o enfrenten situaciones de desplazamiento o migración interna, conforme a las disposiciones de la materia.</p> <p>Las instituciones públicas de educación superior con autonomía constitucional y legal se regirán por sus propias normas y en materia de revalidación y movilidad estarán a lo que decidan sus autoridades escolares.</p>	<p>créditos académicos, que faciliten el tránsito de estudiantes por el Sistema Educativo Nacional. Los instrumentos señalados en el párrafo anterior tendrán como objeto facilitar la movilidad dentro del Sistema Nacional de Educación Superior, de modo que, a partir de la valoración de los trayectos formativos se posibilite el cambio de carreras y programas, la continuidad de estudios entre la educación superior universitaria, tecnológica y de educación normal. Las instituciones públicas de educación superior con autonomía constitucional y legal se regirán por sus propias normas y en materia de revalidación y movilidad estarán a lo que decidan sus autoridades escolares.</p>	<p>cuenta con una preparación académica que le permita continuidad en su trayecto escolar y un egreso oportuno en educación superior. Las autoridades educativas y las instituciones de educación superior, en el ámbito de sus respectivas competencias y en ejercicio de las atribuciones que le confieren los ordenamientos jurídicos aplicables, coadyuvarán al cumplimiento de la programación estratégica que determine el Sistema Educativo Nacional; además sus acciones responderán a la diversidad lingüística, regional y sociocultural del país, las desigualdades de género, así como de la población rural dispersa y grupos migratorios, además de las características y necesidades específicas de sectores de la población donde se imparta la educación superior.</p>
Acuerdo 286	<p>ACUERDO número 286 por el que se establecen los lineamientos que determinan las normas y criterios generales, a que se ajustarán la revalidación de estudios realizados en el extranjero y la equivalencia de estudios, así como los procedimientos por medio de los cuales se acreditarán conocimientos correspondientes a niveles educativos o grados escolares adquiridos en forma autodidacta, a través de la experiencia laboral o con base en el régimen de certificación referido a la formación para el trabajo. (2017)</p>		

Fuente: Elaboración propia, en el análisis del corpus iuris nacional del Estado mexicano

Tabla 2. Instrumentos jurídicos estatales que obligan al estado de Baja California a cumplir con el acceso y protección al derecho humano a la educación para migrantes

Instrumento jurídico estatal	Contenido en materia de acceso a la educación para migrantes	
<p>Constitución Política del Estado Libre y Soberano De Baja California (2020, págs. 7, 14)</p>	<p>Artículo 7.- [...] Toda persona tiene el derecho a la práctica del deporte, a la cultura física, a gozar de un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar, asimismo, a la salud, el derecho a la igualdad y a la no discriminación; la libertad de convicciones éticas, conciencia y de religión; a recibir educación pública, obligatoria y gratuita que imparta el Estado, en los niveles inicial, preescolar, primaria, secundaria y media superior para desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentar en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los Derechos Humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia. Las autoridades públicas del Estado, harán lo conducente a fin de que se asegure el disfrute de estos derechos.</p>	<p>ARTÍCULO 8.- Son derechos de los habitantes del Estado: [...] III.- Si son extranjeros, gozarán de los derechos humanos y las garantías establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, la presente y en las disposiciones legales que de ellas emanen. En ningún caso los extranjeros gozarán de derechos políticos; y</p>

<p>Ley para la atención, protección de los derechos y apoyo a las personas migrantes del estado de Baja California, México</p>	<p>Esta ley, establecer los principios que garanticen, a través de las políticas públicas que diseñe e implemente la administración pública estatal y municipal, el marco de respeto, la protección y salvaguarda de los derechos humanos de las personas migrantes y sus familias, con especial atención a los grupos vulnerables como lo son niñas, niños y adolescentes, discapacitados, mujeres, indígenas y personas adultas mayores, así como las víctimas del delito, sin detrimento de las disposiciones previstas en la Ley de Víctimas para el Estado... (Ley para la atención, protección de los derechos y apoyo a las personas migrantes del estado de Baja California, 2021)</p>		
<p>Ley de educación del estado de Baja California (2020, págs. 2,7,13)</p>	<p>Artículo 6. La autoridad educativa estatal y municipal, prestarán servicios educativos con inclusión, equidad y excelencia a través de los lineamientos de la nueva escuela mexicana. Las medidas que adopten para tal efecto estarán dirigidas, de manera prioritaria, a quienes pertenezcan a grupos y regiones con mayor rezago educativo, dispersos o que enfrentan situaciones de vulnerabilidad por circunstancias específicas de carácter socioeconómico, físico, mental, de identidad cultural, origen étnico o nacional, situación migratoria o bien, relacionadas con aspectos de género, preferencia sexual o prácticas culturales.</p>	<p>Artículo 11. La educación en sus distintos tipos, niveles, modalidades y opciones educativas responderá a la diversidad lingüística, regional, sociocultural y biocultural del Estado, así como de la población rural dispersa y grupos migratorios, además de las características y necesidades de los distintos sectores de la población del Estado.</p>	<p>Artículo 31. En el Estado se garantizará el ejercicio de los derechos educativos, culturales y lingüísticos a todas las personas, pueblos y comunidades indígenas o afromexicanas, migrantes y jornaleros agrícolas. Las acciones educativas de las autoridades respectivas contribuirán al conocimiento, aprendizaje, reconocimiento, valoración, preservación y desarrollo tanto de la tradición oral y escrita indígena, como de las lenguas indígenas del Estado como medio de comunicación, de enseñanza, objeto y fuente de conocimiento.</p>

Fuente: Elaboración propia, en el análisis del corpus iuris estatal de Baja California, México

En esta tercera tabla se hace referencia al marco normativo internacional en materia de educación, donde se enlistan los “instrumentos internacionales, que obligan al Estado a proteger un conjunto de derechos humanos básicos para todos los individuos dentro de su territorio y sujetos a su jurisdicción.” (Naciones Unidas, 2014).

Tabla 3. Instrumentos Internacionales jurídico más relevantes, con relación al derecho humano a la educación

Instrumento Internacional	Contenido en materia de acceso a la educación para migrantes
Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948)	El artículo 13 (Declaración Universal de Derechos Humanos), mandata que toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado y, tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1996)	<p>Artículo 13:</p> <p>1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. 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.</p> <p>2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:</p> <p>a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;</p> <p>b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;</p> <p>c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;</p> <p>d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;</p> <p>e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.</p> <p>3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.</p> <p>4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.</p>
Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969	Reconoce que los derechos del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional (Organización de los Estados Americanos (OEA), 1969), de naturaleza convencional o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.

<p>Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988)</p>	<p>Artículo 13, inciso 2, establece lo siguiente en referencia al acceso a la educación: [...] Los Estados Partes en el presente Protocolo convienen que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.</p>
<p>Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular o Pacto Mundial (2019)</p>	<p>Establece en su Objetivo 11: Gestionar las fronteras de manera integrada, segura y coordinada 27. [...] Nos comprometemos a gestionar nuestras fronteras nacionales de manera coordinada, promoviendo la cooperación bilateral y regional, garantizando la seguridad de los Estados, las comunidades y los migrantes, y facilitando la circulación transfronteriza de personas de manera segura y regular, evitando al mismo tiempo la migración irregular. Nos comprometemos además a aplicar políticas de gestión de las fronteras que respeten la soberanía nacional, el estado de derecho, las obligaciones en virtud del derecho internacional y los derechos humanos de todos los migrantes, independientemente de su estatus migratorio, que no sean discriminatorias y que tengan en cuenta la perspectiva de género e infantil. [...]</p>
<p>Convención sobre el estatuto de los refugiados (1951)</p>	<p>Establece en su artículo 22: Educación pública. 1. Los Estados Contratantes concederán a los refugiados el mismo trato que a los nacionales en lo que respecta a la enseñanza elemental. 2. Los Estados Contratantes concederán a los refugiados el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido en las mismas circunstancias a los extranjeros en general respecto de la enseñanza distinta de la elemental y, en particular, respecto a acceso a los estudios, reconocimiento de certificados de estudios en el extranjero, exención de derechos y cargas y concesión de becas.</p>
<p>Convención Internacional para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y los Miembros de sus Familias (1990)</p>	<p>Respecto a la movilidad humana, esta Convención categoriza las etapas de la migración, esto es, "la preparación para la migración, la partida, el tránsito y el período de estancia para trabajar en otro Estado, y así como el retorno al Estado de origen", lo que permite a los Estados brindar las adecuadas garantías para los migrantes, así como las de los ciudadanos.</p>

Fuente: Elaboración propia, en el análisis del corpus iuris internacional

6. CONCLUSIONES

En la actualidad, los procesos sociales, culturales y económicos se han desarrollado de manera más rápida por la relación multicultural derivado de la globalización. Es así, que han surgido nuevas problemáticas que urgen al derecho su constante transformación para la prevención y

protección de estas nuevas figuras, para así poder implementar las sanciones correspondientes.

Al migrar, las personas se enfrentan a muchos obstáculos, algunos de los problemas son derivados por los insuficientes mecanismos de protección y asistencia desde un enfoque de derechos humanos, esto es así cuando el mismo ejercicio de migrar no está reconocido como un derecho humano. Sumado a lo anterior, las políticas migratorias restrictivas intensifican los problemas. Por una parte, cuando la temática migratoria es vinculada a cuestiones de seguridad nacional, promueven el control migratorio sin tener en cuenta las garantías básicas del debido proceso.

En este sentido, es importante que exista una amplia visión para la solución de problemas jurídicos con enfoque de derechos humanos y no sólo centrarse en la parte operante del derecho, sino que se debe ir más allá y ubicarse en el contexto jurídico nacional e internacional, es decir, expandir el campo de conocimiento y auxiliarse de otras ciencias que permitan comprender los nuevos fenómenos sociales, de una manera integral.

Como se hizo referencia en el presente trabajo, sí existen programas y políticas públicas para el apoyo en el trámite de revalidación de estudios de nivel superior para migrantes irregulares, así como la revalidación de estudios en caso de ser necesario, sea asequible para el grupo objeto de estudio. Si bien, existe el programa Educación sin Fronteras derivado de INEA, coordinado por la SEGOB, éste fue creado para brindar atención educativa a personas migrantes connacionales retornados o repatriados, solicitantes de la condición de refugiado, refugiados, beneficiarios de protección complementaria o extranjeros viviendo en México, para que aprendan a leer y escribir o que inicien, continúen, concluyan y certifiquen sólo la educación primaria y secundaria. Por lo es necesario que se extienda para atender todos los niveles educativos, así como contar con más módulos de atención en el país, ya que actualmente solo existen tres módulos instalados en los puntos de repatriación ubicados en Tijuana y Mexicali, Baja California; y en la Ciudad de México.

La obtención de la revalidación y/o acreditación de estudios de nivel superior genera que éstos migrantes puedan incorporarse y reforzar el mercado laboral para contribuir en el desarrollo económico local y comunitario, donde no solo se integrarían en el sector primario, sino también, al secundario o incluso terciario. Situación que genera beneficios para el Estado receptor y las personas migrantes, fomentando la participación activa de los diferentes sectores de la sociedad construyendo un país más justo, equitativo y solidario, cumpliendo con los objetivos internacionales en materia migratoria y de derechos humanos.

7. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

Nos honra haber sido aceptadas a participar en esta segunda edición del Congreso Internacional Nodos del Conocimiento 2021, por lo que agradecemos a los Coordinadores por su labor en la organización de este evento virtual multidisciplinar para toda la comunidad universitaria, docente, científica e investigadora, creando un espacio donde se nos permite exponer las investigaciones y proyectos académicas.

Asimismo, a nuestra institución académica la Universidad Autónoma de Baja California, en específico a la Facultad de Derecho campus Mexicali, por el apoyo brindado para lograr una satisfactoria participación en este importante Congreso internacional, así como para la realización de esta ponencia; institución que siempre está impulsando a docentes y alumnos en la difusión científica del derecho.

8. REFERENCIAS

Asamblea General de la ONU. (28 de Julio de 1951). Convención sobre el estatuto de los refugiados. Recuperado el 15 de noviembre de 2021, de <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>

Asamblea General de la ONU. (18 de diciembre de 1990). Convención Internacional para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y los Miembros de sus Familias. Recuperado el 15 de noviembre de 2021, de https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cmw_SP.pdf

- Asamblea General de la ONU. (16 de diciembre de 1996). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado el 3 de diciembre de 2021, de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>
- Asamblea General de la ONU. (11 de Enero de 2019). Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular o Pacto Mundial de 2019. Obtenido de <https://undocs.org/es/A/RES/73/195>
- CNDH. (julio de 2018). Derechos de las personas migrantes: una guía para los servidores públicos. Recuperado el 28 de noviembre de 2021, de <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/16-DH-guia-personas.pdf>
- Conacyt. (2021). Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt). Recuperado el 06 de enero de 2022, de <https://conacyt.mx/pronaces/pronaces-seguridad-humana/>
- Congreso de la Unión. (4 de mayo de 2014). Reglamento de la ley de migración. Recuperado el 11 de diciembre de 2021, de https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LMigra.pdf
- Congreso de la Unión. (18 de abril de 2017). Acuerdo Número 286, lineamientos de revalidación y equivalencia de estudios. Recuperado el 15 de diciembre de 2021, de https://www.sep.gob.mx/work/models/sep1/Resource/12234/14/images/Nuevo_acuerdo286.pdf
- Congreso de la Unión. (19 de septiembre de 2019). Ley General de Educación. Recuperado el 11 de diciembre de 2021, de <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGE.pdf>
- Congreso de la Unión. (28 de mayo de 2021). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Recuperado el diciembre de 2021, de <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Congreso de la Unión. (28 de mayo de 2021). Ley de Migración. Recuperado el enero de 2022, de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lmigra.htm>
- Congreso de la Unión. (20 de abril de 2021). Ley General de Educación Superior. Recuperado el 15 de diciembre de 2021, de https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGES_200421.pdf
- Congreso del Estado de Baja California. (28 de octubre de 2020). Ley de educación del estado de Baja California. Recuperado el 15 de noviembre de 2021, de https://www.congresobc.gob.mx/Documentos/ProcesoParlamentario/Leyes/TOMO_VI/20210806_LEYEDUCACION.PDF

- Congreso del Estado de Baja California, México. (14 de febrero de 2020). Constitución Política del Estado Libre y Soberano De Baja California, México. Obtenido de https://www.congresobc.gob.mx/Documentos/ProcesoParlamentario/Leyes/TOMO_I/20200214_CONSTBC.PDF
- Congreso del Estado de Baja California, México. (19 de febrero de 2021). Ley para la atención, protección de los derechos y apoyo a las personas migrantes del estado de Baja California. Recuperado el 15 de octubre de 2021, de https://www.congresobc.gob.mx/Documentos/ProcesoParlamentario/Leyes/TOMO_VII/20210219_LEYMIGRANTES.PDF
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (10 de diciembre de 1948). Recuperado el 3 de diciembre de 2021, de http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=26053&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
- Moreno Mena, J. A. (2019). Migración haitiana hacia la frontera norte de México. Espacio abierto: cuaderno venezolano de sociología, 67-86.
- Naciones Unidas. (2014). Naciones Unidas, Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. (N. Unidas, Ed.) Nueva York y Ginebra . Recuperado el 18 de noviembre de 2021, de https://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoreInternationalHumanRightsTreaties_sp.pdf
- ONU. (2021). Organización de las Naciones Unidas. Obtenido de <https://www.un.org/es/global-issues/migration>
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (22 de noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica". Recuperado el 5 de enero de 2022, de <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (17 de noviembre de 1988). Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Obtenido de <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html>
- Portal de datos mundiales sobre migración. (10 de diciembre de 2020). Objetivos de desarrollo sostenible. Recuperado el enero de 2022, de <https://www.migrationdataportal.org/es/sdgs?node=4>

LA *ADOPTIO* DE UN MENOR SIN CONSENTIMIENTO DE SU MADRE BIOLÓGICA: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

ELISA MUÑOZ CATALÁN

Universidad Internacional de La Rioja

1. INTRODUCCIÓN

Con la realización del presente trabajo, que parte de la *adoptio*, como figura jurídica tradicional regulada desde el propio Derecho Romano pero que hoy ha evolucionado considerablemente, pretendemos ofrecer un análisis jurisprudencial sobre la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH. Sección 3ª. TEDH\2020\60) de fecha 23 junio 2020, en el *Caso Omorefe contra España*.

Mediante dicha sentencia se solicitó al ordenamiento jurídico español que adoptase las medidas adecuadas en aras a garantizar que una mujer *-de nacionalidad nigeriana y madre biológica de un menor, residente en Pamplona y en situación irregular en España-* pudiera restablecer el contacto con su hijo dado en adopción a una familia de acogida y sin su consentimiento, al entender el TEDH que se había vulnerado su derecho fundamental al respeto a la vida privada y familiar.

Y, todo ello, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 46 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (DDHH)¹⁸³ sobre la fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias del TEDH, precepto en el que expresamente se indica que las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que

¹⁸³ Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (Publicado en BOE núm. 243 de 10 de Octubre de 1979. Vigencia desde 01 de Noviembre de 1998. Revisión vigente desde 01 de Junio de 2010) [En línea]: https://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/dudh.html

sean partes, y la sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución.

En este sentido, como vamos a tener ocasión de exponer, el TEDH insta expresamente a los Tribunales españoles¹⁸⁴ a que, a la mayor brevedad, vuelvan a reparar en la situación de la demandante y su hijo, estableciendo dichos mecanismos jurídicos que posibiliten el contacto de la madre biológica y el menor, teniendo en cuenta la situación actual del mismo y su interés superior.

2. OBJETIVOS

2.1. OBJETIVOS PRINCIPALES

- Analizar en materia de adopción, la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH. Sección 3ª. TEDH\2020\60) en el *Caso Omorefe contra España*.
- Examinar el alcance jurídico de lo que ocurre cuando se solicita al ordenamiento jurídico español adoptar las medidas adecuadas en aras a garantizar que una madre biológica de un menor pueda restablecer el contacto con su hijo dado en adopción a una familia de acogida y sin su consentimiento.

2.1. OBJETIVOS SECUNDARIOS

- Reparar en aquellos casos en los que el TEDH entiende que se vulnera el derecho fundamental al respeto a la vida privada y familiar de la madre biológica, respecto a su hijo menor dado en adopción.

¹⁸⁴ Recordemos, en este punto, que nuestro ordenamiento jurídico español protege y garantiza como derecho fundamental la vida privada y familiar en la Constitución Española (CE) de 1978. En cuanto al marco jurídico aplicable a nivel interno, vid. los siguientes artículos a los que nos remitimos para no extendernos: 10, 18, 170, 177 y 178 CE (Constitución Española (BOE, nº 311, de 29/12/1978) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>).

- Conocer a fondo lo dispuesto en el artículo 46 del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre la fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias del TEDH.

3. METODOLOGÍA

En cuanto a la metodología empleada, cabe señalar que haremos uso de una metodología descriptiva que parte de lo dispuesto en los antes mencionados artículos 10, 18, 170, 177 y 178 CE sobre garantías de los derechos fundamentales a la vida privada y familiar, así como en la regulación jurídica contenida en nuestro CC¹⁸⁵ sobre adopción. A ello se suma, a su vez, el estudio de la doctrina jurisprudencial existente en esta materia, tomando como referencia la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha, 23 junio 2020, en el *Caso Omorefe contra España*, y el resto de los casos referenciados en la citada sentencia del TEDH.

4. ANÁLISIS JURÍDICO Y COMENTARIO A LA SENTENCIA DE 23 JUNIO 2020. TEDH\2020\603: *CASO OMOREFE CONTRA ESPAÑA*

PARTE DESCRIPTIVA:

4.1. HECHOS EN QUE CONSISTE EL CASO

La STEDH de 23/06/2020 parte de los siguientes HECHOS probados que figuran en sus antecedentes y en la sentencia de manera amplia y, de los cuales, extraemos los que entendemos más importantes para comprender el Fallo pronunciado, tomando un criterio cronológico y secuenciado que ordena mejor lo acontecido en dicho caso:

1º En primer lugar, cabe tener presente que el objeto de la sentencia versa sobre la necesidad restablecer el contacto de una madre, Sra. Pat Omorefe, con su hijo menor de edad y aún un bebé, dado en adopción

¹⁸⁵ Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (BOE-A-1889-4763) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

sin su consentimiento (Lasarte, 2019, p. 264-307 y 328-362). Como describimos con detalle en la Tabla I que aportamos al final de este epígrafe, a la cual nos remitimos, la madre y demandante -*Nigeriana, residente en Pamplona y en situación irregular en España y con dificultades personales y familiares*-, el 09/02/2009 solicitó que su bebé fuera atendido por las autoridades en un centro de acogida gestionado por el Gobierno de Navarra. El 04/02/2009, fue declarado en situación legal de desamparo y enviado a un centro de acogida.

2º La Comisión de evaluación del Gobierno de Navarra, el 25/03/2009 propuso la aplicación de una medida de acogimiento familiar preadoptivo del niño, debido a que la madre no acudía a todas las visitas programadas con su hijo, y que cuando lo hacía, demostraba desapego, que se había limitado a emprender acciones para regularizar su situación en España, que se encontraba en una situación personal muy inestable y no se preveía que cumpliera los objetivos mencionados anteriormente.

3º Por resolución de 08/05/2009 la DGFI del Gobierno de Navarra suspendió las visitas de la madre a su hijo:

- El 25/05/2009, la DGFI del Gobierno de Navarra solicitó al juez de Primera Instancia acordar provisionalmente la acogida familiar preadoptiva del niño y retirar la patria potestad a la demandante (Pous, 2014, p. 1376-1401).
- En una fecha no especificada en el expediente, mediante resolución judicial se acordó el acogimiento familiar efectivo del menor.
- Dado que la demandante se oponía a la adopción de su hijo, el servicio de protección de menores recomendó que se opusiera formalmente ante el juez a las medidas de suspensión de las visitas y de las sucesivas medidas.

4º El juzgado de Primera Instancia, mediante auto de 03/02/2014, anuló la medida de acogimiento familiar preadoptivo. La demandante solicitó a la administración permiso para visitar a su hijo. Frente al silencio

administrativo, presentó un recurso contencioso-administrativo contra el no reconocimiento de su derecho a visitar a su hijo¹⁸⁶.

5º Tras una serie de trámites descritos con detalle en la propia sentencia interesa finalmente destacar que el TEDH, mediante sentencia de 23/06/2020. Sección 3º (TEDH\2020\60), sostuvo de forma unánime que sí hubo violación del artículo 8 de la Convención Europea sobre el derecho al respeto por la vida privada y vida familiar. De modo que, mediante dicha reciente resolución, el TEDH declara la urgente necesidad de poner fin a la violación del derecho de la demandante al respeto de su vida familiar, que las autoridades internas revisasen, en el más breve tiempo, la situación de la demandante y de su hijo menor *-a la luz de la presente sentencia y de la decisión de la Audiencia Provincial de Pamplona-*, y que se tomen las medidas adecuadas en el interés superior del niño.

Igualmente, y como precisa textualmente (Burgués, 2020): “*La corte europea ha conde-nado a España cuatro veces desde □□□□ por casos similares, en las demandas Haddad, R.M.S., Saleck Bardi y K.A.B*”.

Con fines didácticos, para reparar mejor en las fechas y datos esenciales de la sentencia que estamos examinando y, dado el número de intervinientes y sucesos en este caso, hemos elaborado la presente tabla que aportamos seguidamente sobre los hechos que nosotros consideramos más importantes o presupuestos fácticos relativos a la relación entre

¹⁸⁶ Posteriormente, por añadir otros hechos interesantes, recordemos que mediante sentencia de 15 de junio de 2015, reconoció el derecho de la demandante de visitar a su hijo, una hora al mes, en encuentros supervisados en un punto de encuentro familiar gestionado por la administración. Mediante resoluciones de 26 de junio y 2 de julio de 2014, el juez de primera instancia desestimó las nuevas demandas por parte de la DGFI del Gobierno de Navarra tendentes al acogimiento preadoptivo del menor por su familia de acogida y a la adopción de este último, debido a que la madre no había prestado su asentimiento siendo éste necesario para aplicar las mencionada medidas, conforme a la sentencia dictada el 10 de febrero de 2012 por la Audiencia Provincial y confirmada por el Tribunal Supremo. Mediante un auto de 28 de octubre de 2015, la Audiencia Provincial revocó su anterior sentencia e, interpretando el artículo 177 del CC (ap. 26) autorizó la adopción del hijo de la demandante a pesar de la falta de asentimiento de la madre biológica y de la opinión contraria de la fiscalía. La demandante presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que fue declarado inadmisibile el 12 de septiembre de 2016, como carente de la relevancia constitucional requerida por el artículo 50.1b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Antes de dictar la STEDH se produjeron un conjunto de trámites, a los que nos remitimos.

ellos; pues entendemos que sirven de base para resolver el caso planteado y nos muestran su cronología en el tiempo que duró el proceso.

TABLA 1. *Presupuestos fácticos esenciales: Caso Omorefe contra España*

PRESUPUESTOS FÁCTICOS EN EL CASO OMOREFE CONTRA ESPAÑA	
Hijo	Menor de edad, bebé prematuro. Nació: 07/12/2008.
Madre biológica	Nigeriana, residente en Pamplona, Sra. Pat Omorefe. Demandante. En situación irregular en España y con dificultades personales y familiares El 09/02/2009 solicitó que su bebé fuera atendido por las autoridades en un centro de acogida gestionado por el Gobierno de Navarra.
Dirección General de la Familia y la Infancia (DGF) del Gobierno de Navarra	Tras la petición de la madre biológica a dicho Gobierno de que asumiera la tutela de su hijo en un centro de acogida, el 04/02/2009, fue declarado en situación legal de desamparo y fue a un centro de acogida. Motivo: La ausencia de recursos de los padres, que se encontraban en situación irregular en España y que carecían de empleo y alojamiento estable, la situación de crisis y conflicto en que se encontraba la pareja y el sentimiento ambivalente de la madre respecto a su bebé.
Comisión de evaluación del Gobierno de Navarra	El 25/03/2009 propuso la aplicación de una medida de acogimiento familiar preadoptivo del niño, debido a que la madre no acudía a todas las visitas programadas con su hijo, y que cuando lo hacía, demostraba desapego respecto al niño, que se había limitado a emprender acciones para regularizar su situación en España, que se encontraba en una situación personal muy inestable y no se preveía que cumpliera los objetivos mencionados anteriormente. Por resolución de 08/05/2009 la DGF del Gobierno de Navarra suspendió las visitas de la madre a su hijo. El 25/05/2009, la DGF del Gobierno de Navarra solicitó al juez de primera instancia acordar provisionalmente la acogida familiar preadoptiva del niño a contar desde el 18/05/ 2009 y de retirar la patria potestad a la demandante. En una fecha no especificada en el expediente, mediante resolución judicial se acordó el acogimiento familiar efectivo del menor. Dado que la demandante se

	<p>oponía a la adopción de su hijo, el servicio de protección de menores recomendó que se opusiera formalmente ante el juez a las medidas de suspensión de las visitas y de las sucesivas medidas.</p>
Juez de Primera Instancia de Pamplona	<p>Mediante sentencia de 28/01/2010 desestimó la oposición de la demandante estimando que existían motivos para privar a la interesada de la patria potestad y limitando en consecuencia su intervención en el procedimiento de adopción a su simple participación en el procedimiento. La demandante recurrió la sentencia.</p>
Audiencia Provincial de Navarra	<p>El 10/02/2012 admitió favorablemente el recurso de la demandante, concluyendo que la adopción no podía tener lugar sin el asentimiento de la madre al no haber sido privada esta última de su patria potestad y encontrándose en la imposibilidad de defenderse dadas las conclusiones del juez de primera instancia.</p> <p>Se remitió a la jurisprudencia del Tribunal sobre la necesidad de alcanzar un justo equilibrio entre el interés superior del menor y los derechos que el artículo 8 reconoce a la demandante.</p> <p>La DGFI del Gobierno de Navarra recurrió en casación ante la sala de lo civil del Tribunal Supremo. Mediante un auto de 4 de junio de 2013 dicho recurso se declaró inadmisibile.</p>
Juez de primera instancia	<p>Mediante un auto de 3 de febrero de 2014, el juez de primera instancia anuló la medida de acogimiento familiar preadoptivo.</p> <p>La demandante solicitó a la administración permiso para visitar a su hijo. Frente al silencio administrativo, presentó un recurso contencioso-administrativo contra el no reconocimiento de su derecho a visitar a su hijo.</p> <p>Mediante sentencia de 15 de junio de 2015, reconoció el derecho de la demandante de visitar a su hijo, una hora al mes, en encuentros supervisados en un punto de encuentro familiar gestionado por la administración.</p> <p>Mediante resoluciones de 26 de junio y 2 de julio de 2014, el juez de primera instancia desestimó las nuevas demandas por parte de la DGFI del Gobierno de Navarra tendentes al acogimiento preadoptivo del menor por su familia de acogida y a la adopción de este último, debido a que la madre no había prestado su asentimiento siendo éste necesario para aplicar las mencionada medidas, conforme a la sentencia dictada el 10 de febrero de 2012 por la Audiencia Provincial y confirmada por el Tribunal Supremo.</p> <p>La administración recurrió estas resoluciones</p>

Audiencia Provincial	Mediante un auto de 28 de octubre de 2015, revocó su anterior sentencia e, interpretando el artículo 177 del Código Civil (ap. 26) autorizó la adopción del hijo de la demandante a pesar de la falta de asentimiento de la madre biológica y de la opinión contraria de la fiscalía.
Recurso de amparo ante el TC	La demandante presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que fue declarado inadmisibile el 12 de septiembre de 2016, como carente de la relevancia constitucional requerida por el artículo 50.1b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Tras una serie de trámites (descritos ampliamente en la propia sentencia).
Sentencia TEDH de 23/06/2020. Sección 3ª (TEDH\2020\60)	<p>Considera que la forma más adecuada de compensación por la violación del artículo 8 del Convenio en un caso como éste, en el que el proceso de toma de decisiones llevado a cabo por la administración y las jurisdicciones internas condujo a la adopción del hijo de la demandante por su familia de acogida, es garantizar que la demandante se encuentre en la medida de lo posible, en la situación en que se hubiera encontrado si no se hubiera producido la violación del artículo 8 (Atutxa Mendiola y otros contra España, núm. 41427/14, ap. 51, 13 de junio de 2017, y Otegi Mondragón contra España, núm. 4184/15 y otros 4, apds. 74 y 75, 6 de noviembre de 2018).</p> <p>Señala que el derecho interno establece, en virtud de los artículos 510 y 511 de la Ley de Enjuiciamiento Civil “la posibilidad de revisar las decisiones firmes declaradas contrarias a los derechos reconocidos en el Convenio mediante una sentencia del Tribunal, siempre que no perjudique los derechos adquiridos por terceros de buena fe” (Haddad, precitada, ap.80).</p> <p>El TEDH declara la urgente necesidad de poner fin a la violación del derecho de la demandante al respeto de su vida familiar, que las autoridades internas revisen, en el más breve tiempo, la situación de la demandante y de su hijo menor a la luz de la presente sentencia y de la decisión de la Audiencia Provincial de Pamplona citada en el ap. 23, y que se tomen las medidas adecuadas en el interés superior del niño.</p>

Fuente: elaboración propia

4.2. PRETENSIONES DE LAS PARTES

De lo expuesto hasta ahora, siguiendo dicho itinerario procesal y los datos destacados previamente, podemos determinar cuáles son las PRETENSIONES de las partes, que resumimos seguidamente en aras a no reiterarnos con otros apartados de nuestro estudio:

1º La representación legal de la Sra. Pat Omorefe presentó demanda contra el reino de España ante el TEDH, por entender que la administración no tomó ninguna medida para favorecer la relación entre su hijo y ella, su madre biológica, desde la decisión de asumir la tutela del niño y a lo largo del procedimiento. Alega una violación de las obligaciones positivas del Estado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 del referido Convenio, cuando se mantiene expresamente que:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Ahondando en lo anterior, cabe precisar que la demandante consideró que, si bien la tutela de su hijo por parte de la administración pudo haber sido la mejor solución en respuesta a su situación angustiosa en el momento del nacimiento del menor, la administración de Navarra no hizo ningún esfuerzo posteriormente para ayudarle a recuperar a su hijo. Alega, además, que hasta el 2013 no fue entrevistada por la DGFI del Gobierno de Navarra.

La Audiencia había anulado la medida argumentando que se requería el asentimiento de la demandante para la adopción de su hijo. La demandante recuerda que había obtenido una tarjeta de residencia y un permiso de trabajo, lo que demostraría que ya no se encontraba en la situación de exclusión en la que se encontraba al principio del procedimiento, en el momento del nacimiento de su hijo; y, en su opinión, sin embargo, tampoco se tuvo en cuenta esta importante mejoría en su

situación personal. Por ello, la demandante solicitaba al Tribunal que declarase la violación del artículo 8 del Convenio.

2º El Gobierno español, por su parte, mantuvo que el proceso interno de toma de decisiones fue equitativo y encaminado a mantener el equilibrio adecuado entre el derecho a la vida familiar de la demandante y del menor¹⁸⁷.

Consideraba que las autoridades judiciales internas estaban en una mejor situación para evaluar en qué medida el interés superior del menor debía prevalecer sobre el de los padres biológicos, y que se había garantizado la adecuada ponderación entre estos intereses en juego al permitir que la demandante permaneciera en contacto con su hijo y concediendo al menor una situación de seguridad jurídica dentro de su familia de acogida, cuyo entorno habría sido favorable a sus necesidades y desarrollo. Por consiguiente, el Gobierno entendía que no se ha violado el artículo 8 del Convenio.

PARTE CRÍTICA:

4.3. CONTEXTO JURÍDICO DEL CASO, PROBLEMA PRINCIPAL Y RELEVANCIA DE LA SENTENCIA

En primer lugar, vamos a situar el caso en su CONTEXTO JURÍDICO. Para ello, del examen y estudio de la valoración del tribunal que contiene el propio texto de la sentencia, se deriva expresamente que el presente caso plantea, como cuestión de fondo, la importancia de que para un padre y su hijo el estar juntos es un elemento fundamental de la vida familiar¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Asimismo, reclamó el no agotamiento de los recursos internos alegando textualmente que la demandante no recurrió la resolución que declaró legalmente el desamparo de su hijo. A lo que suma, igualmente, que la interesada tampoco trató de recuperar la patria potestad demostrando ante el juez que cumplía las condiciones solicitadas. Si bien, el Tribunal desestima la excepción formulada por el Gobierno de no agotamiento de las vías de recursos internos.

¹⁸⁸ En la misma línea, vid. *Buscemi contra Italia*, núm. 29569/95, 53, TEDH 1999-VI, *Saleck Bardi contra España*, núm. 66167/09, apds. 49 y 50, 24 de mayo de 2011, y *R.M.S. contra España*, núm. 28775/12, ap. 68 18 de junio de 2013) y que las medidas internas que la impiden constituyen injerencias en la ley protegida por el artículo 8 del Convenio (K. y T. contra

Seguidamente, incidimos en el debate planteado y el PROBLEMA JURÍDICO principal y RELEVANCIA¹⁸⁹. Así, reparando en las siguientes valoraciones del tribunal se observa claramente que el objeto esencial del artículo 8 del Convenio es proteger a la persona de las injerencias arbitrarias de las autoridades; sin embargo, no se limita a ordenar al Estado que se abstenga de tales injerencias.

Al mismo tiempo, se señala que la búsqueda de la unidad familiar y la de la reunificación familiar en caso de separación, constituyen consideraciones inherentes al derecho al respeto de la vida familiar y, en consecuencia, toda autoridad que ordene una tutela que tenga como efecto limitar la vida familiar, tiene la obligación positiva de tomar las medidas oportunas para facilitar la reunificación familiar desde el momento en que sea posible. Corresponde a cada Estado contratante disponer de un arsenal jurídico adecuado y suficiente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones positivas que le incumben en virtud del artículo 8 del Convenio.

Las partes no niegan, y el Tribunal considera demostrado de manera inequívoca, que las decisiones litigiosas dictadas durante los procedimientos administrativos y judiciales que llevaron a la adopción del hijo de la demandante se interpretan como una injerencia en el ejercicio del derecho a la vida privada y familiar tanto de la demandante como de su hijo biológico, garantizado por el apartado 1 del artículo 8 del Convenio.

El Tribunal señala abiertamente que, en un asunto como éste, el juez se encuentra en presencia de intereses que a menudo son difíciles de conciliar, los del niño, los de sus padres biológicos y los de la familia de acogida preadoptiva. En la búsqueda de un *equilibrio entre estos*

Finlandia [GS], núm. 25702/94, ap.151, TEDH 2001-VII, y Barnea y Caldararu contra Itali, núm. 37931/15, ap. 63, 22 de junio de 2017.

¹⁸⁹ Como ponemos de manifiesto en la Bibliografía, a la cual nos remitimos, el presente caso ha tenido una gran repercusión jurídico-social, vid. Vv.aa. (2020).

intereses contrapuestos la consideración primordial es el interés superior del menor^[190].

Finalmente, el TEDH razona que las autoridades administrativas no consideraron otras medidas menos radicales previstas por la legislación española, como la acogida temporal o el acogimiento simple, no preadoptivo, que igualmente es más respetuoso con los padres adoptivos, ya que no les crea falsas expectativas. El papel de las autoridades de protección social es precisamente ayudar a las personas que se encuentran en dificultades: en el presente asunto, la madre del menor que se vio en la obligación de entregar la tutela de su hijo en vista de la gravedad de su situación personal y familiar.

4.4. DECISIÓN O FALLO DEL TRIBUNAL: ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

En último lugar, sobre el FALLO de la referida sentencia y no constando en este supuesto Votos Particulares, cabe decir que el Tribunal Europeo de DDHH decidió:

- De un lado, declarar la demanda presentada por la madre biológica, la Sra. Pat Omorefe, admisible.
- De otro, quiero confirmar que en este supuesto sí ha habido violación del artículo 8 del Convenio.
- Y, en atención a lo anteriormente expuesto y a la urgente necesidad de poner fin a la violación del derecho de la demandante al respeto de su vida familiar, que las autoridades internas españolas revisasen *-en el más breve tiempo-*, la situación de la demandante y de su hijo menor a la luz de la presente sentencia y de la decisión de la Audiencia Provincial de Pamplona, y que se tomasen las medidas adecuadas en el interés superior del niño.

¹⁹⁰ Vid., entre otros, Moretti y Benedetti contra Italia, núm. 16318/07, ap. 67, 27 de abril de 2010.

Lo que nos lleva, finalmente, a resumir cuál es el razonamiento seguido por el Tribunal en aras a la resolución del problema jurídico que plantea este caso, y que nosotros compartimos por entender que es una solución justa, atendiendo a los hechos descritos y a los fundamentos jurídicos antes reseñados. Y es que, como figura expresamente en la referida sentencia, el Tribunal considera los siguientes argumentos:

a) La forma más adecuada de compensación por la violación del artículo 8 del Convenio en un caso como éste, en el que el proceso de toma de decisiones llevado a cabo por la administración y las jurisdicciones internas condujo a la adopción del hijo por su familia de acogida, es garantizar que la demandante se encuentre en la medida de lo posible, en la situación en que se hubiera encontrado si no se hubiera producido tal violación¹⁹¹.

b) Asimismo, recuerda textualmente que el derecho interno establece, en virtud de los artículos 510 y 511 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁹²:

“La posibilidad de revisar las decisiones firmes declaradas contrarias a los derechos reconocidos en el Convenio mediante una sentencia del Tribunal, siempre que no perjudique los derechos adquiridos por terceros de buena fe.

c) Por ello el mismo TEDH y, en consonancia con la decisión de 28/10/2015 de la propia Audiencia Provincial, literalmente invitó a las autoridades internas a revisar, en un breve tiempo, la situación de la demandante y de su hijo menor a la luz de la presente sentencia y a que considerasen la posibilidad de establecer algún contacto entre ellos teniendo en cuenta la situación actual del niño y su interés superior, y

¹⁹¹ En este punto, vid. Atutxa Mendiola y otros contra España, núm. 41427/14, ap. 51, 13 de junio de 2017, y Otegi Mondragón contra España, núm. 4184/15 y otros 4, apds. 74 y 75, 6 de noviembre de 2018.

¹⁹² Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 08/01/2000) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

adoptar cualquier otra medida apropiada de conformidad con esta última¹⁹³.

5. RESULTADOS Y CONCLUSIONES

A modo de conclusión, nos gustaría finalizar nuestra investigación jurisprudencial resaltando la importancia y posibles repercusiones de la sentencia examinada. A tal efecto, ofrecemos los siguientes resultados y conclusiones a las que hemos llegado tras el examen de la misma:

I. Entendemos que, mediante esta reciente STEDH de 23/06/2020 *-que fue pronunciada hace tan solo unos meses-*, se pone de manifiesto la importancia del derecho humano a la vida privada y familiar, considerando el TEDH que en el presente *Caso Omorefe contra España* sí se había violado el artículo 8 del Convenio.

II. Cabe destacar que el TEDH no tomó en consideración las razones jurídicas aportadas por las autoridades españolas para ingresar al niño a una residencia para adopción, a pesar de la oposición de la madre y que, poco después, se le habían prohibido las visitas al menor.

III. Además, argumenta dicho Tribunal que no se adoptaron las medidas suficientes para mantener el contacto entre la madre biológica y su hijo menor, además de vulnerarse los derechos de los padres adoptivos que se vieron afectados por tal decisión.

IV. En suma acabamos admitiendo cómo, en virtud de lo dispuesto en el antes referenciado artículo 46 del Convenio, el TEDH instó a los tribunales de origen a que *-a la mayor brevedad posible y ante la urgente necesidad de poner fin a la violación del derecho de la demandante al respeto de su vida familia-* volviesen a examinar la situación de la demandante y su hijo en aras a restablecer contacto entre ellos, teniendo en cuenta la situación actual del menor y su interés superior.

¹⁹³ En esta materia, vid. Soares de Melo contra Portugal, núm. 72850/14, ap. 130, 16 de febrero de 2016, Ageyevy contra Rusia, núm. 7075/10, ap. 244, 18 de abril de 2013, y Haddad, precitado, ap. 79.

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y/O RECURSOS ELECTRÓNICOS CONSULTADOS (RECUPERADOS: OCTUBRE, 2021)

- Burgués, M. (2020). Tribunal europeo condena a España por no permitir a una madre ver a su hijo en acogida. EUROEFE.
<https://euractiv.es/section/justicia-e-interior/news/tribunal-europeo-condena-a-espana-por-no-permitir-a-una-madre-ver-a-su-hijo-en-acogida/>
- Lasarte Álvarez, C. (2019). Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia. Editorial Marcial Pons, Tomo VI, 18ª edición, Madrid-Barcelona.
- Lasarte Álvarez, C. (2019). Compendio de Derecho de Familia. Editorial Dykinson, S.L., 9ª edición, Madrid.
- Pous de la Flor, M^a. P. (2014). La controvertida eliminación de la facultad de corrección de los progenitores. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 743, 2014, pp. 1376-1401.
- Pous de la Flor, M^a. P. (2017). “La adopción”, en Lasarte, C. y otros (Coord.). Protección jurídica del menor. Editorial Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 83-110.
- Vv.aa. (2020). Tribunal Europeo de DDHH insta a España a restablecer el contacto de una madre con su hijo dado en adopción sin su consentimiento. Portal diarioconstitucional.cl.
<https://www.diarioconstitucional.cl/2020/06/26/tribunal-europeo-de-ddhh-insta-a-espana-a-restablecer-el-contacto-de-una-madre-con-su-hijo-dado-en-adopcion-sin-su-consentimiento/>

6.2. FUENTES LEGISLATIVAS (RECUPERADOS: OCTUBRE, 2021)

- Constitución Española (BOE nº 311, de 29/12/1978). Referencia: BOE-A-1978-31229 [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>
- Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (Publicado en BOE núm. 243 de 10 de Octubre de 1979. Vigencia desde 01 de Noviembre de 1998. Revisión vigente desde 01 de Junio de 2010) [En línea]: https://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/dudh.html

Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (BOE-A-1889-4763) [En línea]:
<https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 08/01/2000)
[En línea]: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

6.3. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH. Sección 3ª. TEDH\2020\60) de fecha 23 junio 2020 en el Caso Omorefe contra España.
- Resto de Casos referenciados en la citada sentencia del TEDH.

DESAMPARO E INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES INHERENTES A LA *PATRIA POTESTAS*

ELISA MUÑOZ CATALÁN

Universidad Internacional de La Rioja

1. INTRODUCCIÓN

Con la realización del presente análisis jurisprudencial pretendemos examinar, desde un punto de vista jurídico, la sentencia del Tribunal Supremo (TS) 5530/2016. Sala de lo Civil, de fecha 21/12/2016, la cual, estimó el recurso de casación interpuesto por el Letrado de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, contra la sentencia dictada el 23 de septiembre de 2015 por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Toledo (*en el recurso de apelación n.º []/[] dimanante del procedimiento de oposición a las medidas de protección de menores núm. []/[] seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º [] de Toledo*).

En este caso, veremos cómo la declaración de desamparo se produjo por la sospecha existente -antes de la tramitación de las diligencias penales-, de que concurría un abandono voluntario de una menor por parte de su madre biológica y que habría una posible entrega de la menor a terceros, mediante compensación económica.

Cabe precisar que el objeto del recurso se fundamenta en la protección de la menor, Soledad, y que tuvo por finalidad evitar las consecuencias que puede provocar una situación de falta de cumplimiento de los deberes impuestos a los titulares de la patria potestad; dado que, en el supuesto planteado y, tal y como se tuvo ocasión de probar, la niña poco tiempo después de nacer -a comienzos del año []-, ya se encontraba en régimen de acogimiento familiar provisional porque su madre biológica, Dña. Loreto, estaba atravesando una difícil situación y su hija

fue fruto de una relación con un hombre de origen peruano, el padre biológico de la menor, con quien no mantenía una relación estable. Motivo por el cual, desde el mismo 27/01/2010, se le privó del régimen de visitas mediante resolución de 22/02/2010.

A lo que se añade, como veremos posteriormente, que una persona con la que ella tenía contacto, D. Adolfo -quien se probó que no era el padre biológico y mediante prueba practicada en unas diligencias penales seguidas por un Juzgado de Instrucción de Toledo se excluyó su paternidad-, le había ofrecido ayuda durante el embarazo y una cuantía económica adicional si entregaba a la hija tras su nacimiento fuera de las vías legales. Constatándose que él había procedido a registrar a la niña; de ahí que, en su momento, se admitiera la solicitud de auxilio judicial para la entrada y recogida de la menor en el domicilio de D. Adolfo en el que se hallaba la niña.

En este punto se suele admitir que, en los casos de desprotección infantil, resulta esencial valorar su gravedad para determinar si constituye una situación de riesgo leve, moderado, o riesgo grave y desamparo; conformándose esta última, tal y como dispone nuestro Código Civil español (CC) en su artículo 172.1¹⁹⁴, como aquella:

“Que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de

¹⁹⁴ En cuanto a la situación de desamparo y su desarrollo, vid. artículo 172.1 CC, el cual, comienza afirmando que cuando la Entidad Pública (en este caso, la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha) esté encomendada para la protección de los menores constate que un menor se encuentra en situación de desamparo (Soledad, en el supuesto examinado): “Tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria” (Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (BOE-A-1889-4763) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>. Artículo 172 redactado y el 172 bis y ter introducidos por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia («B.O.E.» 29 julio)); artículo 239 CC; artículo 56 de la Ley 3/2005 de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia (BOE nº 271, de 14/11/2011) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es-pv/l/2005/02/18/3>; y artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE, nº 15, 17/01/1996) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>

la necesaria asistencia moral o material. La asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de éste. La Entidad Pública y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela”.

Por el contrario¹⁹⁵, las situaciones de riesgo leves o moderadas y menos graves, serán aquellas otras que perjudiquen el desarrollo personal o social del niño, niña o adolescente, pero que no quepa calificar de desamparo y que, por lo tanto, no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la ley¹⁹⁶. Y, todo ello, por además configurarse como un principio rector recogido desde la propia Constitución española de 1978 (CE¹⁹⁷) en aras a lograr un nivel de protección de los menores de edad, cuando en su artículo 39 se reconoce literalmente que los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia, así como se les obliga a la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. Imponiendo, a su vez, a los padres el deber de:

“Prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

En suma, a lo largo del presente comentario de la referida sentencia, nuestro objetivo principal es adentrarnos en el problema jurídico que

¹⁹⁵ Para un mayor estudio de dichas situaciones de riesgo, su alcance jurídico y trámites en distintas Comunidades Autónomas, vid. entre otras, Junta de Andalucía (2020). Desamparo: Cómo realizar el Trámite. Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación de la Junta de Andalucía. <https://www.juntadeandalucia.es/servicios/procedimientos/detalle/92/impresion.html>; Vv.aa. Diputación Foral de Bizkaia (2020). Desprotección infantil: Situaciones de desprotección infantil. Foru aldundia- Diputación Foral de Bizkaia. https://www.bizkaia.eus/home2/Temas/DetalleTema.asp?Tem_Codigo=7485&idioma=CA&dpto_biz=3&co-dpath_biz=3%7C7484%7C7485

¹⁹⁶ Sobre la regulación de dichas situaciones no tan graves, vid. artículo 17 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; y artículo 51 de la Ley 3/2005 de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia (BOE nº 271, de 14/11/2011) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es-pv/l/2005/02/18/3>

¹⁹⁷ Constitución española (BOE, nº 311, de 29/12/1978) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>

subyace en este caso en aras a comprender mejor la importancia del “interés de la menor”, Soledad; dado que el mismo se conforma como el bien jurídico protegido y determinante, tanto en la declaración de desamparo como en su mantenimiento mientras que perdure dicha situación (Lasarte, 2019, p. 230-235 y 274 ss.).

Motivo¹⁹⁸ por el cual, el Letrado de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha formuló recurso de casación por oposición de la sentencia a la doctrina sentada por la jurisprudencia de esta Sala de lo Civil del TS, contenida en la interesante sentencia 582/2014, de 27 de octubre, en la que se puso expresamente de manifiesto la importancia de distinguir entre aquellos casos en que la guarda de hecho se ejerce por personas ajenas al círculo familiar, de aquellos otros en que se ostenta por familiares del menor. Así, examinaremos cuáles son los argumentos aplicables, fuentes jurídicas y demás circunstancias que en ella se abordan. De este modo, consideramos que comprenderemos mejor el problema jurídico que subyace en la STS 5530/2016 y que motivó el fallo del Tribunal Supremo.

2. OBJETIVOS

2.1. OBJETIVOS PRINCIPALES

- Analizar en materia de desamparo de menores e interés de los hijos, la reciente STS 5530/2016. Sala de lo Civil, de fecha 21/12/2016.
- Conocer mejor cuál ha venido siendo la doctrina previa sentada ya por la jurisprudencia de la Sala de lo Civil contenida en la STS 582/2014 y, muy especialmente, para situaciones de desamparo de menores.

¹⁹⁸ Constitución española (BOE, nº 311, de 29/12/1978) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>

2.1. OBJETIVOS SECUNDARIOS

- Examinar el alcance jurídico y posibles repercusiones de la sentencia mencionada, pues entendemos que, mediante la misma, que fue pronunciada hace pocos años, se pone de manifiesto la trascendencia del “interés de la menor” en aras a determinar la declaración de desamparo.
- Conocer a fondo lo dispuesto en el CC y en la normativa aplicable en cuanto a protección de menores ante desamparo.

3. METODOLOGÍA

En cuanto a la metodología empleada, cabe señalar que haremos uso de una metodología descriptiva que parte de lo dispuesto en la legislación vigente sobre protección de menores y, en concreto, de la Constitución española de 1978, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y el CC.

A lo anterior se añade, así mismo, el estudio de la doctrina jurisprudencial existente en esta materia, tomando como referencia la anterior Sentencia del Tribunal Supremo 582/2014, de 27 de octubre de 2014, así como muy especialmente la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo (TS) 5530/2016. Sala de lo Civil, de fecha 21/12/2016 que tenemos ocasión aquí de detallar.

4. ANÁLISIS JURÍDICO Y COMENTARIO A LA SENTENCIA 5530/2016 SOBRE EL “INTERÉS DE UN MENOR”

PARTE DESCRIPTIVA:

4.1. HECHOS EN QUE CONSISTE EL CASO

La Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil (*Procedimiento: recursos de casación n^o □□□□/□□□□, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo que estimó el recurso de apelación y revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número Tres de Toledo por*

la que se desestimaba la demanda interpuesta por Adolfo y Loreto contra la decisión de la delegación Provincial en Toledo de la Consejería de Salud y Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha, sobre oposición a la resolución administrativa que acordó la declaración de la situación de desamparo de la menor Soledad y la asunción de su tutela por parte de la Administración autonómica), de fecha 21 de diciembre de 2016, parte de los siguientes hechos probados que figuran en sus ANTECEDENTES y en la sentencia de manera amplia y, de los cuales, extraemos los que entendemos más importantes para comprender el Fallo pronunciado, tomando un criterio cronológico y secuenciado que ordena mejor lo acontecido en dicho caso:

1º En primer lugar, cabe tener presente que el objeto del recurso trata sobre la declaración de desamparo de la menor, Soledad, nacida a comienzos del año 2010 y que por entonces se encontraba en régimen de acogimiento familiar provisional desde el 27 de enero de 2010, con privación del régimen de visitas a su madre biológica, Dña. Loreto, mediante resolución de 22 de febrero del mismo año; dada la difícil situación que estaba pasando y a que el padre biológico de la menor, de origen peruano, no era una pareja estable ni tenía contacto con él. En este punto, cabe recordar como nos advierten textualmente Vv.aa. (2020) que:

“La situación de desamparo es aquella en la que se encuentran los menores cuando se produce un incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para su salvaguarda (...). No debe confundirse la situación de riesgo con la de desamparo pues en la de riesgo existe igualmente un perjuicio para el menor sin alcanzar la gravedad suficiente que pudiera argumentar la pérdida de contacto con su familia”.

2º Cabe precisar que el 7 de abril de 2010 se formuló solicitud para obtener la constitución del acogimiento familiar simple¹⁹⁹, en base a lo anteriormente mencionado y a los hechos que rodearon su nacimiento.

¹⁹⁹ En cuanto al acogimiento familiar, nos remitimos a lo dispuesto en el artículo 173.1 CC donde expresamente se afirma que: “El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo (...)”.

Se constata que D. Adolfo, quien no era el padre biológico de la menor como se comprobó judicialmente pero sí tenía contacto con Dña. Loreto, le había ofrecido ayuda durante el embarazo y una cuantía económica adicional si entregaba a la hija tras su nacimiento fuera de las vías legales. Asimismo, registró a la niña.

3º La representación legal de D. Adolfo y Dña. Loreto, interpuso demanda sobre oposición a la resolución administrativa de desamparo y asunción de tutela de la menor Soledad, contra la Delegación Provincial de Salud y Bienestar Social de Toledo, suplicando al Juzgado que se dictara sentencia por la que se tuviera por formulada oposición a la resolución dictada por la que se declaraba a la niña en situación de desamparo, que su tutela fuese ejercida por la entidad pública, y que su guarda fuese mediante acogimiento familiar.

4º El Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha contestó a la demanda oponiéndose. Y el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Toledo, dictó sentencia el 7 de enero de 2015, desestimando la demanda interpuesta por D. Adolfo y Dña. Loreto.

5º Ante lo cual, los mismos interpusieron recurso de apelación, y el 23/09/2015 la Sección 1º de la Audiencia Provincial de Toledo dictó sentencia cuya parte dispositiva resumimos en los siguientes aspectos: a) estimó el recurso presentado por ambos; y b) revocó la referida sentencia de 07/01/2015. Por lo que estimó la demanda presentada por Dña. Loreto y D. Adolfo y dejó sin efecto la declaración de desamparo de la menor, Soledad.

6º Finalmente, la representación de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha interpuso el recurso de casación por entender expresamente que se había producido una: “Infracción de normas aplicables para resolver la cuestión objeto del proceso, según el artículo 477.1. de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)²⁰⁰, y ello frente a una sentencia recurrible por presentar interés casacional en el entendido del artículo 477.2.3 y 3 de la LEC, por cuanto se opone a la sentencia

²⁰⁰ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 08/01/2000) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

de esta Sala 582/2014, de 27 de octubre”. Motivo por el cual, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha once de mayo de 2016, acordó admitir el recurso interpuesto por dicho Letrado de la Junta y dictó la sentencia objeto del presente análisis jurídico.

Con una finalidad didáctica y en aras a comprender mejor las fechas y datos esenciales de la sentencia examinada sobre interés de los menores y posible desamparo, hemos elaborado la presente tabla que aportamos seguidamente sobre los presupuestos fácticos esenciales relativos a la relación entre ellos y que consideramos que sirven de base para resolver el caso jurídico planteado:

TABLA 1. *Presupuestos fácticos esenciales sobre la situación de desamparo de la menor*

PRESUPUESTOS FÁCTICOS Y SITUACIÓN DE DESAMPARO DE LA MENOR	
Soledad	Menor de edad. Nació: A comienzos del año 2010. Declaración de desamparo y acogimiento familiar provisional: Desde el 27 de enero de 2010.
Dña. Loreto	Madre biológica de la menor. Privación del régimen de visitas a su madre biológica. El 7 de abril de 2010 se formuló solicitud para obtener la constitución del acogimiento familiar simple, en base a la difícil situación que atravesaba su madre biológica y a los hechos que rodearon su nacimiento.
D. Adolfo	Se constata que la niña, Soledad, fue fruto de una relación con un chico de origen peruano, con quien Dña. Loreto no mantenía una relación estable, y D. Adolfo -con la que tenía contacto- le había ofrecido ayuda durante el embarazo y una cuantía económica adicional si entregaba a la hija tras su nacimiento fuera de las vías legales (“guardador”). D. Adolfo había procedido a registrar a la niña (falseando la filiación) y, mediante prueba practicada en unas diligencias penales seguidas por un Juzgado de Instrucción de Toledo, se excluyó su paternidad.
Solicitud de auxilio judicial	Fecha: 27/01/2010. La declaración de desamparo se produce ante la sospecha existente antes de la tramitación de las diligencias penales, de que concurría un abandono voluntario de la niña por parte de la madre y de que

	<p>habría una posible entrega de la menor a terceros, mediante compensación económica.</p> <p>Objetivo: Entrada y recogida de la menor en el domicilio de D. Adolfo en la que se hallaba la niña.</p>
<p>La representación legal de D. Adolfo y Dña. Loreto</p>	<p>Interpuso demanda sobre oposición a la resolución administrativa de desamparo y asunción de tutela de la menor.</p> <p>Contra la Delegación Provincial de Salud y Bienestar Social de Toledo.</p>
<p>El Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha</p>	<p>Contestó a la demanda oponiéndose.</p> <p>El Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Toledo, dictó sentencia el 7 de enero de 2015, desestimando la demanda interpuesta por D. Adolfo y Dña. Loreto.</p> <p>Ante lo cual, los mismos interpusieron recurso de apelación.</p>
<p>La Sección 1º de la Audiencia Provincial de Toledo dictó sentencia</p>	<p>Fecha: 23/09/2015.</p> <p>Revocó la sentencia antes referida y estimó la demanda presentada por Dña. Loreto y D. Adolfo y dejó sin efecto la declaración de desamparo de la menor, Soledad.</p> <p>Motivo por el cual, la representación de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha interpuso el recurso de casación.</p>
<p>Sentencia del Tribunal Supremo 5530/2016. Sala de lo Civil</p>	<p>Fecha: 21/12/2016.</p> <p>Fallo: Estimar el recurso de casación interpuesto por el Letrado de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, contra la sentencia dictada el 23 de septiembre de 2015 por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Toledo en el recurso de apelación nº 184/2015.</p> <p>Casar la sentencia recurrida (asumiendo, por ello, la Instancia) y, por ende, desestimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en Primera Instancia por D. Adolfo y Dña. Loreto, declarando su firmeza.</p> <p>Sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas.</p>

Fuente: elaboración propia

4.2. PRETENSIONES DE LAS PARTES

De lo expuesto hasta ahora, siguiendo dicho itinerario procesal y los datos destacados previamente, podemos determinar cuáles son las pretensiones de las partes, que resumimos seguidamente en aras a no reiterarnos con otros apartados de nuestro estudio:

1º La representación legal de D. Adolfo y Dña. Loreto, interpuso demanda sobre oposición a la resolución administrativa de desamparo y asunción de tutela de la menor Soledad, contra la Delegación Provincial de Salud y Bienestar Social de Toledo, suplicando al Juzgado que se dictara sentencia por la que se tuviera por formulada oposición a la resolución dictada por la que se declaraba a la niña en situación de desamparo, que su tutela fuese ejercida por la entidad pública, y que su guarda fuese mediante acogimiento familiar.

El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Toledo, dictó sentencia el 7 de enero de 2015, desestimando la demanda interpuesta por D. Adolfo y Dña. Loreto. Ante lo cual, los mismos interpusieron recurso de apelación, y el 23/09/2015 la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Toledo dictó sentencia cuya parte dispositiva resumimos en los siguientes aspectos: a) estimó el recurso presentado por ambos; y b) revocó la referida sentencia de 07/01/2015. Por lo que estimó la demanda presentada por Dña. Loreto y D. Adolfo y dejó sin efecto la declaración de desamparo de la menor, Soledad.

2º Se formula recurso de casación por parte de la representación legal de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo que estimó el recurso de apelación y revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Toledo *-por la que se desestimaba la demanda interpuesta por Adolfo y Loreto contra la decisión de la delegación Provincial en Toledo de la Consejería de Salud y Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha-*, sobre oposición a la resolución administrativa que acordó la declaración de la situación de desamparo de la menor, Soledad, y la asunción de su tutela por parte de la Administración autonómica²⁰¹. El Letrado de la Administración de la Junta de Comunidades

²⁰¹ Para profundizar aún más sobre los conceptos de protección de la infancia, riesgos, desamparo y guarda, nos remitimos a las siguientes obras, vid. Leiva Rodríguez, B. y García Garnica, M.C. (2017). Análisis de las instituciones del sistema de protección de menores y su reforma por la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 (y II). Revista de Humanidades y Ciencias Sociales, Nº 20, pp. 74-89.; Noriega Rodríguez, L. (2018). Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia. ADC, Tomo LXXI, fasc. I, pp. 111-152.

de Castilla-La Mancha formuló dicho recurso de casación²⁰², por oposición de la referida sentencia, a la doctrina sentada por la jurisprudencia de esta Sala de lo Civil del TS, contenida en la importante STS 582/2014, de 27 de octubre²⁰³, en la que seguidamente repararemos dado que, como se ha venido admitiendo, la misma fija la doctrina en casos de guarda de hecho y desamparo y la necesaria ponderación de las singularidades de cada caso, declarándose expresamente al aludir a los guardadores de hecho, que:

“Cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquél, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección (...) (FJ, nº 10)”.

PARTE CRÍTICA:

4.3. CONTEXTO JURÍDICO DEL CASO, PROBLEMA PRINCIPAL Y RELEVANCIA DE LA SENTENCIA

En primer término, vamos a situar el caso en su contexto jurídico. Para ello, del examen y estudio del FUNDAMENTO JURÍDICO 1º, se deriva que el presente caso plantea, como cuestión de fondo, el alcance del “interés de la menor”, Soledad, dado que el mismo se configura como el bien jurídico protegido y determinante, tanto en la declaración de desamparo como en su mantenimiento mientras que perdure dicha situación.

²⁰² Por ello, fueron remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de 11/05/2016 se acordó admitir el recurso interpuesto, y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días. La representación legal de D. Adolfo y Dña. Loreto no presentó escrito de impugnación al mismo, y se señaló para votación y fallo el día 30 de Noviembre de 2016, en que tuvo lugar.

²⁰³ Ahondando en dicha doctrina fijada por el TS en la referida STS 582/2014, vid. Vv.aa. (2020). Desamparo. Wolterskluwer. https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEEAMtMSbF1jTAAAUmJE0NjtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUtckhIQaptWmJOcSoAWN8Q2DUAAAA=WKE

Hay que tener presente que el Letrado de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha formuló dicho recurso de casación, por oposición de la sentencia a la doctrina sentada por la jurisprudencia de dicha Sala de lo Civil del TS, y que fue expuesta en la interesante STS 582/2014, de 27 de octubre, de la cual, podemos extraer literalmente que:

“La situación de desamparo es casuística y, de ahí que para legalizar la situación del menor sometido a guarda de hecho debe acudir a plurales soluciones jurídicas en atención a las circunstancias concurrentes, para que la respuesta sea la más adecuada al interés del menor. Será necesario un análisis objetivo de la situación en cada caso concreto, ya que todos los supuestos de guarda de hecho no merecen la misma interpretación e idéntica intervención administrativa. Corolario de tal reflexión es fijar como doctrina de la Sala que -cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección- (FJ, nº 10, in fine)”.

Bajo las premisas anteriores, se puede afirmar que en el supuesto contemplado en la sentencia 582/2014 el guardador de hecho era el abuelo de la menor, con quien no solo tenía lazos de sangre, sino vínculos afectivos anteriores a la guarda, lo que no ocurre en este caso en el que no solo no existen dichos vínculos sino que ignora por completo, antes y después del embarazo, cómo aparece en la vida de la menor este guardador, D. Adolfo, si no es aprehendiendo a la menor ante el abandono de su madre; falseando la filiación a partir de una inscripción registral de paternidad, luego desmentida por la prueba, y sin invocación alguna de tal posición, lo que ha impedido valorar y probar la bondad de una condición como la que describe la sentencia para impugnar el desamparo²⁰⁴.

²⁰⁴ En la misma línea, más recientemente, se han dictado otras interesantes sentencias sobre situaciones de desamparo de menores y guarda de hecho, entre las que destacamos las siguientes: Sentencia del Tribunal Supremo 492/2018, de 14 de septiembre de 2018; Sentencia del Tribunal Supremo 47/2015, de 13 de febrero de 2015; Sentencia Civil Nº 50/2019, Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2, Rec 614/2018, de 11 de febrero de 2019 en la que se trataba el caso de la necesaria protección de la menor de edad, Gloria, en situación de

Seguidamente, incidimos en el debate planteado y el problema jurídico principal y relevancia. Así, del estudio de los siguientes FUNDAMENTOS JURÍDICOS (2º a 3º) se deriva que la sentencia del Juzgado desestimó la demanda porque entendió que concurrían los dos criterios que fueron establecidos por la jurisprudencia para dirimir conflictos similares:

- Valoración de las actuaciones y circunstancias de los padres (y no solo las que concurrieron cuando se adoptaron las medidas administrativas impugnadas): La niña llevaba desde el año 2010 en régimen de acogimiento, es decir, poco después de su nacimiento, y su integración y evolución en la familia de acogida era plenamente satisfactoria, habiéndose desarrollado amplios vínculos afectivos entre la niña y sus padres de acogida, con lo que se encontraban plenamente satisfechas sus necesidades afectivas, sociales y educativas.
- Que se ha de primar el interés del menor sobre los derechos de los padres: Se admite que así fue porque no ha tenido ningún tipo de contacto con su familia biológica desde su nacimiento y existían riesgos relevantes para la menor en el supuesto de que la misma fuera reintegrada a su familia biológica, ante la nula relación que ha mantenido con ella.

El criterio de la Audiencia Provincial de Toledo, por el contrario y justificando su decisión en la ya mencionada sentencia de esta Sala 582/2014 de 27 de octubre, consideró expresamente que la resolución por la que se acordó la declaración de desamparo carecía de motivación, no se exponían los hechos, los medios por los que se han conseguido tales datos y cuál era la valoración, afirmando literalmente que: “Se contenta con hacer afirmaciones generales y apodícticas, lo que impide hacer un control adecuado del ajuste de la citada resolución a derecho”. Y ello lo argumenta en base a estos datos:

desamparo y había asumido su tutela la entidad pública (IASS); Sentencia Civil Nº 78/2019, Audiencia Provincial de León, Sección 2, Rec 507/2018, de 01 de marzo de 2019 donde la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de León había declarado en situación de desamparo y acordado la asunción de tutela de dos menores, Raimundo y Martín.

1º No se oculta que existe una sospecha de que esa guarda de hecho pudo haberse constituido de un modo ilícito, si no penalmente si al menos civilmente: pues no es admisible que se haga por precio, pero es de hacer ver, que el procedimiento penal seguido por tal motivo fue sobreseído, que la sentencia de instancia no lo da por acreditado, sino que lo maneja como un elemento que en su momento fue valorado por la Consejería para declarar el desamparo, tampoco en el expediente se afirma tal extremo sino que el reflejo tiene su causa en comentarios e indagaciones realizadas en la Pueblanueva, localidad en donde reside Adolfo y la menor.

2º Si traemos a colación la doctrina del Tribunal Supremo recogida en la sentencia parcialmente transcrita podemos concluir sin género de dudas que existió una situación de dejación en cuanto al cumplimiento de las obligaciones por parte de la madre: pero también que no concurría el segundo de los requisitos, que la niña estuviera desatendida material o moralmente por más que ello lo fuera por proporcionárselo el recurrente como guardador de hecho.

3º En consecuencia, no estaba justificado, con solo los hechos que la sentencia da por probados que la declaración de desamparo fuese la única solución aceptable para proteger el superior el interés de la menor por lo que procede la estimación del recurso y ello sin perjuicio de que por parte de la Consejería se mantenga el control y supervisión, e incluso si procede actúe en interés de la menor.

Acudiendo de nuevo a la STS 582/2014, se deriva que la guarda de hecho se contempla con cautela tanto por razones subjetivas de los concretos guardadores como por la debilidad del vínculo obligacional entre éstos y los menores. Pueden abarcarse tanto situaciones de encomiable altruismo (sería el caso de la STS 582/2014, en la que los abuelos asumen la crianza del nieto ante el abandono o imposibilidad de los progenitores), como otros sumamente peligrosos para el menor en los que se hacen cargo de estas personas que no tienen vínculos con ellos y que persiguen deseos reprobables, a veces incluso mediando retribución (encajaría, pues, en el supuesto planteado en la STS 5530/2016 con la figura de D. Adolfo). De ahí que deberá distinguirse entre aquellos

casos en que la guarda de hecho se ejerce por personas ajenas al círculo familiar, de aquellos otros en que se ostenta por familiares del menor.

4.4. DECISIÓN O FALLO DEL TRIBUNAL: ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA

En último lugar, sobre el Fallo de la referida sentencia y no constando en este supuesto Votos Particulares, cabe decir que el Tribunal Supremo *-sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de ninguna de ambas instancias ni de las causadas por este recurso de casación, de conformidad con el artículo 170, en relación con el 171 de la LEC,* decidió:

- De un lado, estimar el recurso de casación interpuesto por el Letrado de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, contra la sentencia dictada el 23 de septiembre de 2015 por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Toledo en el recurso de apelación nº. 184/2015 dimanante del procedimiento de oposición a las medidas de protección de menores núm. 255/10, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Toledo.
- De otro, casar la sentencia recurrida (asumiendo, por ello, la instancia) y, por ende, desestimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en Primera Instancia por D. Adolfo y Dña. Loreto, declarando su firmeza.

Lo que nos lleva, finalmente, a resumir cuál es el razonamiento seguido por el Tribunal en aras a la resolución del problema jurídico que plantea este caso, y que nosotros compartimos expresamente por entender que es una solución justa, atendiendo a los hechos descritos y a los fundamentos jurídicos antes reseñados²⁰⁵.

²⁰⁵ En el caso textualmente se acredita la desatención moral y material de la madre hacia su hija desde su nacimiento y la entrega de la niña a una persona que nunca estuvo en el seguimiento previo al parto de la madre por parte de los servicios de la Junta y que se hace cargo inicialmente de la niña ("de un modo ilícito, si no penalmente si al menos civilmente"), a espaldas de la Administración, garante por ministerio de la ley del interés superior del menor, a la que se hurta de la posibilidad de evaluar la idoneidad de la persona a cuyo cargo se pone,

Y, para ello, resulta esencial comprender que la protección de los menores de edad tiene como finalidad:

“Evitar las consecuencias que puede provocar una situación de falta de cumplimiento de los deberes impuestos a los titulares de la patria potestad. La administración encargada de la protección de los menores tiene entonces dos posibilidades: o bien declarar el desamparo y asumir la tutela del menor, con la adopción de medidas para permitir que el niño se reinserte en la familia, cuando no sea contrario a su interés (art. 172.4 CC), o bien mantener la obligación de guarda y custodia de los padres, con controles por parte de la administración. Así, las situaciones que exigen la protección del menor no se limitan a la declaración de desamparo y asunción de la tutela por parte de la Administración pública, sino que la protección del interés del menor autoriza la adopción de otras medidas menos radicales”.

5. RESULTADOS Y CONCLUSIONES

A modo de conclusión, nos gustaría finalizar resaltando la importancia y posibles repercusiones de la sentencia examinada, pues entendemos que mediante la misma, que fue pronunciada hace pocos años, se pone de manifiesto la trascendencia del “interés de la menor” en aras a determinar la declaración de desamparo:

I. Cabe destacar que el objeto del recurso se fundamentó en la protección de la menor, Soledad, y que tuvo por finalidad evitar las consecuencias que puede provocar una situación de falta de cumplimiento de los deberes impuestos a los titulares de la patria potestad; dado que, en el supuesto planteado, la niña poco tiempo después de nacer ya se encontraba en régimen de acogimiento familiar provisional porque su madre biológica, Dña. Loreto, estaba atravesando una difícil situación y su

según el artículo 22.2 de la Ley Orgánica 1/1996. Se conoce y se objetiva en definitiva el interés de Soledad en el momento en que se la declara en situación de desamparo en el marco de la función protectora que tiene en comendada en este caso la Junta de Comunidades, y no se acredita, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo interpuesta al amparo del ya mencionado artículo 172 CC, que este interés sea distinto en razón al cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración, antes al contrario: la cronicidad de la situación familiar, los antecedentes de la madre y la revocación de las medidas adoptadas, supondría un periodo de adaptación sumamente prolongado y negativo para la menor, como se argumentó en la Primera Instancia.

hija fue fruto de una relación con un hombre con quien no mantenía una relación estable.

II. Asimismo, se comprobó que D. Adolfo no era el padre biológico, pero le había ofrecido a Dña. Loreto ayuda durante el embarazo y una cuantía económica adicional si entregaba a la hija fuera de las vías legales. Motivo por el que, desde el 27/01/2010, se le privó del régimen de visitas.

III. Para acabar, nos interesa retomar el mencionado artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, puesto que el mismo recoge los supuestos en los que se entenderá que existe situación de desamparo y que son aplicables al presente caso contenido en la STS 5530/2016 que hemos analizado, dado que en dicho precepto se afirma expresamente que:

“En particular se entenderá que existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor: a) El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque éstas no quieran o no puedan ejercerla (...). c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor (...). e) El incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares, cuando den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental (...).”

IV. De modo que, los efectos inmediatos de la tutela por la entidad pública, serán la suspensión de la patria potestad, privándolos por tanto de la guarda y custodia que sobre dichos menores pudiera corresponder a sus padres naturales o biológicos.

V. Por lo que consideramos que, en el futuro, se va a seguir acudiendo a la doctrina sentada por la jurisprudencia de la Sala de lo Civil contenida en la sentencia 582/2014²⁰⁶ y, muy especialmente, para situaciones

²⁰⁶ Pues recordemos que en dicha sentencia se dispuso expresamente que, cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquél, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés

de desamparo de menores, como la que aquí hemos tenido ocasión de examinar en el caso de la menor, Soledad.

6. BIBLIOGRAFÍA

6.I. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y/O RECURSOS ELECTRÓNICOS CONSULTADOS (RECUPERADOS: OCTUBRE, 2021)

- Iberley (2020). Guardia de hecho y desamparo. Portal jurídico Iberley. <https://www.iberley.es/jurisprudencia/guarda-desamparo-ponderacion-singularidades-caso-fija-doctrina-sentencia-t-s-seccion-1-27-10-2014-num-582-2014-rec-num-2762-2013-14793041>
- Junta de Andalucía (2020). *Desamparo: Cómo realizar el Trámite*. Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación de la Junta de Andalucía. <https://www.juntadeandalucia.es/servicios/procedimientos/detalle/92/impresion.html>
- Lasarte Álvarez, C. (2019). *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Editorial Marcial Pons, Tomo VI, 18ª edición, Madrid-Barcelona.
- Lasarte Álvarez, C. (2019). *Compendio de Derecho de Familia*. Editorial Dykinson, S.L., 9ª edición, Madrid.
- Leiva Rodríguez, B. y García Garnica, M.C. (2017). Análisis de las instituciones del sistema de protección de menores y su reforma por la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 (y II). *Revista de Humanidades y Ciencias Sociales*, Nº 20, pp. 74-89.
- Noriega Rodríguez, L. (2018). Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia. *ADC*, Tomo LXXI, fasc. I, pp. 111-152.
- Sepín. (2020). *TS, Sala Primera, de lo Civil*, []/[], de [] de octubre. Editorial jurídica Sepín. <https://www.sepin.es/cronus4plus/documento/ver-Doc.asp?dist=10&referencia=SP%2FSENT%2F784429&cod=0010fA0GL08U2MU0X308g00A0Gf0810110%2FH0801T00Gi07k1Ab01408p18%3D29i0JP0yf1DE08q0Lj1iR>

del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección.

Vv.aa. (2020). *Desamparo*. Wolterskluwer. https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjE0NjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJO-cSoAWN8Q2DUAAAA=WKE

Vv.aa. Diputación Foral de Bizkaia (2020). *Desprotección infantil: Situaciones de desprotección infantil*. Foru aldundia- Diputación Foral de Bizkaia. https://www.bizkaia.eus/home2/Temas/DetalleTema.asp?Tem_Codigo=7485&idioma=CA&dpto_biz=3&co-dpath_biz=3%7C7484%7C7485

6.2. FUENTES LEGISLATIVAS (RECUPERADOS: OCTUBRE, 2021)

Constitución Española (BOE nº 311, de 29/12/1978). Referencia: BOE-A-1978-31229 [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>

Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (BOE-A-1889-4763) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE, nº 15, 17/01/1996) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 08/01/2000) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

Ley 3/2005 de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia (BOE nº 271, de 14/11/2011) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es-pv/l/2005/02/18/3>

6.3. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

- Sentencia del Tribunal Supremo 492/2018, de 14 de septiembre de 2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo 47/2015, de 13 de febrero de 2015
- Sentencia del Tribunal Supremo 5530/2016, de 21 de diciembre de 2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo 582/2014, de 27 de octubre de 2014.

Audiencias Provinciales. Civil

- Sentencia Civil Nº 50/2019, Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2, Rec 614/2018, de 11 de febrero de 2019.
- Sentencia Civil Nº 78/2019, Audiencia Provincial de León, Sección 2, Rec 507/2018, de 01 de marzo de 2019.

EL ACCESO AL AGUA PARA USO PERSONAL Y DOMÉSTICO COMO DERECHO HUMANO EN MÉXICO: RETOS Y REALIDADES

ANTONIO ROSALIO RODRIGUEZ BERRELLEZA
Universidad Autónoma de Baja California

FABIOLA CAROLINA LÓPEZ ÁLVAREZ
Universidad Autónoma de Baja California

1. INTRODUCCIÓN

Todos los derechos humanos son importantes y fundamentales para el desarrollo de las personas en sociedad, por lo que no se debe hacer distinción entre ellos al tratar de jerarquizarlos conforme al peso que representan y su nivel. El Estado tiene la obligación de asegurar la protección de todos los derechos fundamentales reconocidos en instrumentos internacionales y en sus Constituciones respectivas por igual.

No obstante, lo anterior, se considera que existe una excepción a la disposición planteada, pues existe un derecho humano que es necesario para la vida misma: el acceso al agua para uso personal y doméstico. Este recurso es un elemento crucial para sobrevivir y para la realización de otros derechos fundamentales. Esta distinción no pretende vulnerar el sentido que se le brinda a otro derecho, pero es necesario que se considere al acceso al agua potable como el más necesario.

Roaf (2012), dispuso que:

“todos los derechos humanos tienen idéntico estatus, son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí; todas las personas son titulares de todos los derechos humanos, ya sean civiles, culturales, económicos, políticos o sociales, y no hay jerarquía entre ellos.”²⁰⁷

De conformidad en lo que dispone el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece que los elementos para tener un nivel adecuado de vida son la salud, un medio ambiente sano, la alimentación, la educación, la vivienda, el bienestar, vestido, asistencia médica, y los servicios sociales necesarios (ONU, 1948).²⁰⁸ Lo anterior no pudiera ser posible sin el acceso al agua potable y con lo que se confirma la excepción a la regla planteada.

El Derecho de acceso al agua para uso personal y doméstico, ha tenido una trayectoria histórica muy extensa para que se reconociera como derecho humano. Se toma como referencia desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948, que es el documento internacional en donde se establecieron por primera vez todos los derechos que debían protegerse por todos los países; en donde si bien es cierto, no se contempla explícitamente el aquí señalado, pero si dio lugar para que se comenzara a definir al agua como derecho de primera necesidad.

Es así, que este derecho fue reconocido por primera vez como Derecho Humano mediante la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de la resolución número 64/292 de fecha 28 de julio de 2010, en donde se ratificó que el agua es esencial para el pleno disfrute de la vida y para la realización de otros derechos humanos con los que goza una persona. Asimismo, dentro de esta resolución se obligó a los países, para que con la asistencia y cooperación internacional de ese documento, procedieran a adecuar su normatividad para que se implementaran diversas estrategias y medidas, para proporcionar a toda la

²⁰⁷ Albuquerque, C., y Roaf V. (2012). Derechos hacia el final. Buenas prácticas en la realización de los derechos al agua y saneamiento. Lisboa editorial. <https://bit.ly/3JSI0E2>

²⁰⁸ Organización de las Naciones Unidas ONU. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. <https://bit.ly/3F6C0ry>

población un acceso al agua potable de forma suficiente que cubriera las necesidades básicas de cada particular. (ONU, 2010)²⁰⁹

A pesar de lo anterior, según la autora Silvia Berratto, en el 2011 aun existían personas alrededor del mundo que no tienen acceso a este derecho de acceso al agua potable al establecer que:

“de acuerdo a los datos proporcionados por los organismos de las Naciones Unidas, 768 millones de personas no tenían acceso a una fuente “mejorada” de agua potable (en inglés “*improved source for drinking-water*”) y 2,500 millones vivían sin contar con servicios higiénicos esenciales. Especialmente en los países en vía de desarrollo dicha situación, frecuentemente acompañada por una extrema indigencia y/o por una elevada densidad demográfica, era y sigue siendo la causa principal de la ocurrencia de enfermedades que determinan cada día la muerte de 14 a 30 miles de personas, en particular modo niños y ancianos.” (Bertazzo, 2015)²¹⁰

En primer término, se debe dimensionar la importancia que representa la vitalidad de este derecho humano de acceso al agua para uso personal y doméstico, ya que sin él la vida misma no pudiera existir. Con lo que se reitera la necesidad y la importancia de que cada gobierno acate las normas internacionales, y se asegure a todas las personas el acceso al agua potable ya que se considera que es un elemento crucial para la vida diaria.

Sintetizando lo expuesto, el acceso al agua potable para uso personal y doméstico es un derecho humano que cuenta con la tutela de garantía a través de un amplio catálogo de instrumentos internacionales, dentro de los cuales destaca en América Latina, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en otros continentes por mencionar algunos, la Carta Social Europea, y la Carta Árabe de derechos humanos, todos estos donde de una u otra forma se instaure la obligación de que los países protejan este derecho y lo aseguren frente a sus gobernados. Con estas pautas a nivel internacional, ha sido obligación de los diferentes

²⁰⁹ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. (2010). resolución 64/292 El Derecho al Agua y el Saneamiento. <https://bit.ly/3f9swMs>

²¹⁰ BERTAZZO, S. (2015). La tutela del acceso al agua potable en el derecho internacional. Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte, 22(2),55-92. <https://bit.ly/3f93VYm>

Países de adecuarse a los criterios establecidos respecto al derecho de acceso al agua potable y al saneamiento.

En relatadas condiciones, históricamente existen diversos instrumentos que protegen el derecho humano al acceso al agua para el uso personal y doméstico, y que asimismo describen sus características para su debida garantía y tutela protección de los Estados frente a sus gobernados, que en este mismo texto de revisión se van a exponer.

Esas disposiciones normativas internacionales, han obligado a México a concentrar su atención en desarrollar políticas para salvaguardar y propiciar la sustentabilidad de este recurso; a razón de esto, mediante la reforma constitucional de derechos humanos del año 2011, en donde se elevó a rango constitucional el derecho con el que cuentan todos los mexicanos para disponer de un medio ambiente sano, se ha impulsado a que se lleve a cabo una serie de actualizaciones en las disposiciones en materia de medio ambiente y con ello en materia de agua.

Como objetivo central de este trabajo y ante la importancia que representa el reconocimiento de este derecho internacionalmente, se enfocó en establecer los instrumentos internacionales en donde se encuentra reconocido el derecho humano de acceso al agua para uso personal y doméstico, que se encuentran encaminados a dictar las medidas que deben seguir obligatoriamente los Estados para crear las directrices que permitan asegurar el acceso del derecho humano al agua a sus gobernados.

Por consiguiente, el presente texto de revisión consta de dos apartados relevantes en donde de manera general, se mencionan algunos instrumentos a nivel internacional que protegen el acceso al agua potable para uso personal y doméstico como Derecho Humano. De primera mano, se pretende realizar una breve exposición conforme su contenido, estableciendo sus características.

En base a lo anterior, se pretenden exponer los retos y realidades que se han enfrentado en México por el reconocimiento internacional de ese derecho humano, que si bien es cierto se encuentra reconocido constitucionalmente, aún no se termina de concretizar y de perfeccionar por los Estados partes, pero que a la brevedad posible deben implementar la protección de ese derecho, en virtud de que existen Estados en los

que es casi imposible suministrar el recurso hídrico suficiente para todos los ciudadanos. Al respecto, también es importante revisar las disposiciones que ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México, para analizar si se encuentra disponible Jurisprudencia aplicable al tema.

Se considera muy importante llevar a cabo el análisis a los documentos planteados, para identificar sus deficiencias, poder avanzar en sus correcciones y establecer recomendaciones para situaciones futuras a cada país en específico.

2. OBJETIVOS

El objetivo principal de este trabajo está enfocado en exponer la importancia a nivel internacional con la que cuenta el derecho humano de acceso al agua para uso personal y doméstico; por lo que fue necesario revisar y analizar lo establecido dentro de los instrumentos internacionales más importantes en materia de agua y medio ambiente, que se encuentran encaminados a la protección de este como derecho humano.

Asimismo, fue necesario señalar las características mínimas básicas que requiere tener este derecho para que las personas tengan acceso a un nivel de vida adecuado.

Por otra parte, se realizó una comparación con la realidad jurídica que se vive en México, para definir los retos y realidades a los que se enfrenta este derecho humano en el país. Como se mencionó, fue a partir del impulso de la reforma constitucional del año 2011 que México comenzó a nacionalizar este derecho, dándole lugar a que se implementarían disposiciones en materia ambiental, y siendo que esta se encuentra estrechamente ligada al acceso al agua para uso personal y doméstico; sin embargo, desde la publicación de dicha reforma en el Diario Oficial de la Federación, aún no se han definido los alcances que el país debe seguir para asegurar ese derecho frente a sus gobernados.

En este entendido, es necesario iniciar desde una perspectiva neo-constitucionalista y sistemática del bloque constitucional, al tomar en cuenta diversas fuentes de información, tomando como punto de partida los

derechos humanos en materia ambiental, robusteciendo la información con diversas fuentes de doctrinas de nivel internacional.

3. DISCUSIÓN

El agua es un recurso natural limitado, que debe de ser protegido de la explotación desmedida y del mal uso que le dan los particulares y las autoridades gubernamentales. Se considera que este recurso es indispensable para el desarrollo de la vida, para la salud, el bienestar y asimismo para la realización de otros derechos humanos.

La Organización de las Naciones Unidas, establece que

“el agua es la esencia de la vida. El agua potable y el saneamiento son indispensables para la vida y la salud y fundamentales para la dignidad de toda persona”.²¹¹ (ONU, 2011)

En relatadas condiciones, fue hasta el año 2010 que se reconoció internacionalmente como un derecho humano que requería de protección inmediata, generándoles obligaciones a los Estados para que implementaran acciones urgentes que permitieran a sus ciudadanos el acceso a este recurso para alcanzar un nivel de vida adecuado. La Organización de las Naciones Unidas estableció que “todas las personas tienen derecho a disponer del agua para el uso personal y doméstico en forma suficiente, aceptable, accesible y asequible”. (ONU, s.f.)²¹²

Es así, que la obligación que tienen los gobiernos, además de asegurar el acceso al agua para uso personal y doméstico, también deben vigilar que ese recurso lo puedan disponer en forma suficiente, aceptable, accesible y asequible.

En ese sentido, los Gobiernos tuvieron que implementar medidas de manera inmediata para acatar los requerimientos internacionales; sin embargo, todavía queda un gran camino por delante, ya que, si bien muchos países se adaptaron para reconocer en sus Constituciones las obligaciones requeridas, aún no se establecen las bases ni los alcances

²¹¹ Organización de las Naciones Unidas. (2011). El derecho al Agua. <https://bit.ly/3GehYYt>

²¹² ONU. El derecho humano al agua y al saneamiento Hitos. Consultado el 3 de enero 2022. <https://bit.ly/3F7HcGG>

que tiene este derecho, dejando la labor a la interpretación de los documentos internacionales existentes.

Es en este punto donde algunos doctrinantes discuten si este conflicto de alguna manera ha mermado el derecho del agua, mientras otros expresan que esto es solo una de las más recientes maneras de evolución de garantías de derechos humanos propias de las transformaciones sociales actuales, que no afecta en lo más mínimo en este derecho. (Bernal, 2015)²¹³

El panorama histórico del reconocimiento internacional de este derecho humano inició a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948, documento mediante el cual, por primera vez se establecieron los derechos humanos a los que tienen derecho todas las personas, y en donde se impuso la obligación de que todos los estados debían implementar acciones y medidas para garantizar su protección. (ONU, 2011)²¹⁴

Si bien es cierto, dentro de ese documento no se contempla textualmente el acceso al agua como derecho humano, pero a partir de él, se dio lugar a diversos debates en cuanto a esta temática; un ejemplo de ello fue la Conferencia sobre el Medio Ambiente y Desarrollo en Río de Janeiro, donde el tema del agua ya empezaba a constituir una problemática seria por la falta a este recurso vital, y con lo cual dio pauta a exigir por medio de instrumentos internacionales su cumplimiento, difusión y protección.

Por otra parte, en el año 1977 en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, Mar de Plata, se estableció por primera vez la importancia del agua potable como un derecho humano, al establecer que “todos los pueblos, cualquiera que sea su nivel de desarrollo o condiciones económicas y sociales, tienen derecho al acceso a agua potable

²¹³ Bernal, C. (2015). La protección del derecho fundamental al agua en perspectiva internacional y comparada. “Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo”. P. 182.

²¹⁴ ONU. (2011). El derecho al Agua. <https://bit.ly/3GehYYtl> 3 de enero de 2022, carecen n:hos Humanos, ar este recurso debido a su escasez actual, asegurar el acceso a los que carecen

en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas”.²¹⁵ (ONU, s.f.).

En el mismo sentido, en el año 1992 en la Conferencia Internacional sobre Agua y Desarrollo Sostenible en Dublín, se reiteró que “es esencial reconocer ante todo el derecho fundamental de todo ser humano a tener acceso a un agua pura y al saneamiento por un precio asequible”.²¹⁶ (ONU, 1977).

Posteriormente, en septiembre del 2002 en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, en su declaración política centrada en la universalidad de la dignidad humana, se defiende que el suministro de agua y saneamiento se considere de orden internacional. (ONU, ²¹⁷

De igual forma, en el año 2002 ante la creación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es considerado como uno de los documentos internacionales sobre el agua más importantes que existen, se reconoció al derecho humano al agua de forma amplia, por medio de la Observación General número 15 donde refiere que este acceso es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para el disfrute de otros derechos humanos.

El derecho de acceso al agua fue reconocido oficialmente como Derecho Humano, en el año 2010 a través de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante su resolución A/RES/64/292, en la que se dispuso que “reconociendo la importancia de disponer de agua potable y saneamiento en condiciones equitativas como componente esencial

del disfrute de todos los derechos humano”²¹⁸. Esta resolución fue vinculante para todos los Estados. Dentro de la resolución referida, se estableció que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho

²¹⁵ ONU. El derecho humano al agua y al saneamiento Hitos. Consultado el 3 de enero 2022. <https://bit.ly/3F7HcGG>

²¹⁶ Ídem

²¹⁷ Ibidem p.3.

²¹⁸ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. (2010). Resolución 64/292 El Derecho al Agua y el Saneamiento. <https://bit.ly/3f9swMs>

humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos, exhortando a su vez a los estados y a las organizaciones internacionales a que proporcionen recursos financieros para ayudar a los países en vías de desarrollo.²¹⁹ Lo cual se puede traducir en que los Estados tienen la obligación de que se impulse el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y cooperación internacional en particular a los países en desarrollo a fin de intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico el agua potable y el saneamiento.

En el mismo orden de ideas, y tomando como referencia lo dispuesto por el folleto informativo número 35 emitido por las Naciones Unidas en conjunto con la Organización Mundial de la Salud, se destacan los elementos fundamentales con los que cuenta el derecho al agua. El primero de ellos dispone que implica libertades contra cortes arbitrarios del suministro de agua, la prohibición ilegal de los recursos hídricos, la no discriminación en el suministro de agua y en general la protección contra las amenazas de seguridad personal al acceder al agua o servicios de saneamiento dentro y fuera del hogar. En segundo término, dispone que el derecho al agua extraña pretensiones, es decir, que el derecho al agua comprende al acceso a una cantidad mínima de agua potable para mantener la vida y la salud, inclusive el derecho al acceso al agua y saneamiento en circunstancias de detención.

Como tercer elemento, en atención a la observancia general número 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el suministro de agua para cada persona debe ser continuado y suficiente para cubrir los usos personales y domésticos, parámetros que la Organización Mundial de la Salud ha definido para proporcionar mínimos suficientes para las necesidades básicas de higiene y consumo.

En definitiva, la comunidad internacional juega un papel muy importante en la protección de los derechos humanos, ya que es a través de sus disposiciones, que los países tienen un punto de referencia para dictar las medidas necesarias para proteger los derechos humanos de sus

²¹⁹ Carbonell, M. Fix-Fierro, H., González, Valadés D. (2015). Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y Vida Universitaria. Coordinación Editorial. <https://bit.ly/3HQ9ild>

ciudadanos. Sin embargo, se considera necesario que estas disposiciones se continúen actualizando y sobre todo, que se nivelen con la situación real con la que cuentan los países, para establecer metas posibles de cumplir, o en su defecto que se contemplen diversos apoyos para que todas las personas tengan acceso al agua potable.

Como resultado de la revisión a los documentos internacionales anteriormente referidos, se observa la necesidad de actualizar las disposiciones contenidas, conforme a las necesidades que se presentan en el mundo; promoviendo la participación ciudadana para concientizar respecto el uso adecuado, el cuidado y la conservación de este derecho.

3.1. RETOS Y REALIDADES EN MÉXICO

En el apartado anterior se analizó el derecho humano al agua para uso personal y doméstico, desde un punto de vista internacional y meramente histórico, con el objetivo de establecer el origen de las obligaciones que los países deben seguir para proteger los derechos humanos de sus ciudadanos.

De manera análoga, resulta conveniente exponer la situación jurídica que se presenta en la actualidad en México en torno al derecho de acceso al agua, ya que su reconocimiento internacional como derecho humano en el año 2010, obligó al país a concentrar su atención en desarrollar políticas para salvaguardar y propiciar la sustentabilidad de este recurso.

El primer paso que tomó el gobierno mexicano para cumplir con su obligación internacional fue reformar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde además de otras cuestiones relevantes, por primera vez se reconoció al medio ambiente sano y al acceso al agua potable para uso personal y doméstico como derechos humanos; estos se encuentran contemplados en el artículo 4to de la Constitución, párrafos quinto y sexto de la Constitución, que a la letra disponen:

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como *la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.*²²⁰

3.2. REFORMA QUE SE PUBLICÓ EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 8 DE FEBRERO DE 2012.

De esta manera, la Constitución protege a los residentes del Estado, garantizando el continuo acceso al agua potable para uso doméstico aún en condiciones donde les sea imposible efectuar el pago de este servicio. Dicha salvedad dispuesta en la normatividad refuerza el carácter de derecho humano, y fundamental, de este estipulado, más allá de cualquier peyorativa.

En complemento a lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, a partir de la Reforma Constitucional del año 2011 referidas líneas arriba, estableció los siguientes criterios:

En esta tesis jurisprudencial se definen las características que debe tener un vivienda digna y decorosa, tiene las siguientes características: (a) debe garantizarse a todas las personas; (b) no debe interpretarse en un sentido restrictivo; (c) **para que una vivienda se considere "adecuada"** requiere contar con los elementos que garanticen un nivel mínimo de bienestar a quien la habite, esencialmente, una infraestructura básica adecuada, que proteja de la humedad, la lluvia, el viento, así como riesgos estructurales, con instalaciones sanitarias y de aseo, un espacio especial para preparar e ingerir los alimentos, espacio adecuado para el descanso, iluminación y ventilación adecuadas, **acceso al agua potable**, electricidad, y drenaje; y, (d) los Estados deben adoptar una estrategia nacional de vivienda para alcanzar el objetivo establecido en el pacto internacional de referencia, así como tomar e implementar las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias y judiciales

²²⁰ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Secretaría General Secretaría de Servicios Parlamentarios, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, Última reforma publicada DOF 28-05-2021 art. 4, párrafo 6. Párrafo adicionado DOF 08-02-2012.

adecuadas para la realización plena de dicho derecho, dentro de las cuales está asegurar a la población recursos jurídicos y mecanismos judiciales para que los gobernados puedan reclamar su incumplimiento, cuando las condiciones de las viviendas no sean adecuadas o sean insalubres.²²¹

El siguiente paso, fue desarrollar políticas públicas para salvaguardar y propiciar la sustentabilidad del agua potable. Para esto, diseñó el Plan Nacional de Desarrollo del año 2013-2018 del Gobierno de la República, mismo que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 2013, en donde, en lo que nos ocupa, se estableció dentro de sus objetivos, las siguientes estrategias:

ESTRATEGIA

3.3. IMPLEMENTAR UN MANEJO SUSTENTABLE DEL AGUA, HACIENDO POSIBLE QUE TODOS LOS MEXICANOS TENGAN ACCESO A ESE RECURSO.

Líneas de acción:

- Asegurar agua suficiente y de calidad adecuada para garantizar el consumo humano y la seguridad alimentaria.
- Ordenar el uso y aprovechamiento del agua en cuencas y acuíferos afectados por déficit y sobreexplotación, propiciando la sustentabilidad sin limitar el desarrollo.
- Incrementar la cobertura y mejorar la calidad de los servicios de agua potable, alcantarillado y saneamiento.
- Sanear las aguas residuales con un enfoque integral de cuenca que incorpore a los ecosistemas costeros y marinos.
- Fortalecer el desarrollo y la capacidad técnica y financiera de los organismos operadores para la prestación de mejores servicios.

²²¹ Tesis CXLVIII/2014. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Decima época. T.I. Abril 2014. p. 801. www.sjf.scjn.gob.mx

- *Fortalecer el marco jurídico para el sector de agua potable, alcantarillado y saneamiento.*
- Reducir los riesgos de fenómenos meteorológicos e hidrometeorológicos por inundaciones y atender sus efectos.
- Rehabilitar y ampliar la infraestructura hidroagrícola.²²²

De tal manera que México, cumplió con su obligación internacional de reconocer al derecho de acceso al agua para uso personal y doméstico como derecho humano y asimismo incluyó “políticas” en el Plan Nacional de Desarrollo descrito anteriormente, para que los ciudadanos tuvieran acceso a ese recurso.

La realidad de estas disposiciones es que se encuentra lejos de culminar con la integración de la normatividad que requiere para fortalecer las bases de la reforma. Se expresa lo anterior, en virtud de que en el Artículo Tercero Transitorio del Decreto por el que se declara reformado el párrafo quinto y se adiciona un párrafo sexto recorriéndose en su orden los subsecuentes, al artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se dispone textualmente lo siguiente:

Tercero.- El Congreso de la Unión, contará con un plazo de 360 días para emitir una Ley General de Aguas.

Lo que se traduce a que, para cumplir con las disposiciones contenidas dentro de la reforma constitucional ya referida, el Congreso de la Unión debió emitir la Ley General de Aguas trescientos sesenta días posteriores a la publicación de ese Decreto en el Diario Oficial de la Federación.

La Ley General de Aguas, tiene como objetivo garantizar la sustentabilidad en el aprovechamiento del agua, otorgar un acceso equitativo, prever temas de transparencia y rendición de cuentas en la gestión del agua, de tal manera que se incentive a que los diferentes sectores de la

²²² Gobierno de la Republica de México. (2013). Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018. <https://bit.ly/3t6HKdp>

sociedad participen activamente en su elaboración y con ello involucrarlos en el manejo y cuidado responsable de este recurso.²²³

Es así, que ha transcurrido el tiempo en demasía para que el Congreso de la Unión en México emita esa Ley, sin que a la fecha exista justificación por la tardanza en su emisión; con ello, se deja una laguna en cuanto a la vulneración de los derechos de los ciudadanos, ya que no se están cumpliendo con las disposiciones constitucionales de cuenta.

En resumidas cuentas, el derecho humano de acceso al agua para uso personal y doméstico en México sigue teniendo una expectativa de protección que aun no se concretiza, ya que hace falta que se establezcan las directrices para asegurar que todos los ciudadanos accedan a ese derecho conforme las características que se requieren.

Durante el transcurso de los años el derecho humano de acceso al agua para uso personal y doméstico ha continuado evolucionado en el panorama jurídico y seguirá siendo así hasta en tanto se dicten las medidas apropiadas para que cada autoridad pueda asegurar el cumplimiento de ese derecho humano. Para lo anterior, se toma como referencia el siguiente criterio Jurisprudencial:

3.5. AGUA POTABLE. COMO DERECHO HUMANO, LA PREFERENCIA DE SU USO DOMÉSTICO Y PÚBLICO URBANO ES UNA CUESTIÓN DE SEGURIDAD NACIONAL.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Salud, la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo **11**), reconocen:

el derecho al agua, así como que los Estados participantes quedaron vinculados a garantizar que los habitantes de su jurisdicción tengan acceso al agua potable, de modo que esté a disposición de todos, sin discriminación y económicamente accesible; en tanto que del artículo **40. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos** se advierte que el derecho al agua potable es fundamental e indispensable para la realización, goce y disfrute de los demás derechos humanos,

²²³ Fondo para la Comunicación y Educación Ambiental A.C.(2019). La Nueva Ley General de Aguas. <https://bit.ly/3GakmzC>

cuya preservación en cantidad, calidad y sustentabilidad es tarea fundamental tanto del Estado como de la sociedad, por cuanto a que tal derecho está basado en las premisas de un acceso al bienestar de toda la población, sustentado por los principios de igualdad y no discriminación, independientemente de las circunstancias sociales, de género, políticas, económicas o culturales propias de la comunidad en la que se opera. En este sentido, conforme a los principios que sustentan la política hídrica nacional y con base en las **fracciones I y XXII del artículo 14 Bis 5 de la Ley de Aguas Nacionales**, el Estado garantizará que el derecho al agua sea seguro, aceptable, accesible y asequible tanto para uso personal como doméstico, erigiéndose como un beneficio colectivo que debe basarse en criterios de solidaridad, cooperación mutua, equidad y en condiciones dignas, por lo que se ha proclamado de prioridad y de seguridad nacional la preferencia del uso doméstico y público urbano en relación con cualesquier otro uso, razones que excluyen la posibilidad de que pueda ser concebido atendiendo a intereses particulares o de grupos minoritarios, pues de ser así, imperaría un régimen de aprovechamiento del agua sin visión humana y social, con lo cual se atentaría contra la dignidad humana.²²⁴

Por otra parte, y atendiendo otro de los retos más importantes a los que se enfrenta México, es que existen Estados en donde carecen de mecanismos que aseguren que los ciudadanos puedan acceder al agua para uso personal y doméstico, de manera suficiente, salubre, aceptable y asequible, ya que no se puede establecer que este cumpla con las características establecidas a nivel constitucional e internacional.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos en México, establece que:

“El estado mexicano tiene compromiso de proteger, respetar y facilitar su goce, más aún cuando éste amenazado por circunstancias tales como el aumento de la temperatura global.”^{□□}

Además de lo ya relatado, no se debe perder de vista que en México existen regiones que no cuentan con acceso al agua potable; y esto ocasiona la vulneración de otros derechos como a la salud, a la vida digna, acceso a un medio ambiente sano, etc. Estas vulneraciones en las esferas jurídicas de los gobernados, se presenta por la falta del gobierno de

²²⁴ Tesis aislada XI.1o.A.T.1 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, Libro XII, T. 3

²²⁵ Carmona, Tinoco. (2015). Cambio climático y derechos humanos. 1a. ed. p.32.
<https://bit.ly/33hwTTk>

adoptar medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, de promoción y de otra índole adecuadas para hacer plenamente efectivo el derecho al agua²²⁶.

“La escasez de agua afecta actualmente a 4 de cada 10 personas del mundo. Y la situación está empeorando, debido al crecimiento de la población, la urbanización, la contaminación de los recursos hídricos y los efectos del cambio climático. Sin embargo, la escasez de agua no es inevitable; en gran medida depende del comportamiento humano, de las costumbres e instituciones sociales y de las políticas de los gobiernos.”(ONU, 2011)²²⁷

A modo de cierre, se determina que México ha cumplido en la medida de lo posible con las obligaciones contenidas dentro de la resolución número 64/292 ya mencionada, en el sentido de que reformó su constitución para implementar la nacionalización y el reconocimiento del derecho humano de acceso al agua para uso personal y doméstico.

4. CONCLUSIONES

Dentro de lo expuesto a lo largo del presente texto de revisión, merece la pena rescatar varios puntos. En primer lugar, es importante reiterar que el agua para el uso personal y doméstico es un recurso indispensable necesario para la vida diaria y para la realización de diversas actividades. Este derecho fue reconocido internacionalmente como un derecho humano en el año 2010, mediante la resolución número 64/292 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Este Instrumento Internacional implementó disposiciones obligatorias para que los países priorizaran la protección de este derecho, para permitir que sus ciudadanos tengan acceso a un nivel de vida adecuado, y que a su vez aseguren que lo dispongan de forma suficiente, aceptable, accesible y asequible.

En segundo término, que la obligación expuesta en el documento referido en el párrafo anterior obligó a México a que concentrara su atención en implementar actualizaciones constitucionales en materia de

²²⁶ Organización de las Naciones Unidas. (2011). El derecho al Agua. <https://bit.ly/3GehYYt>

²²⁷ Idem

medio ambiente y acceso al agua para uso personal y doméstico; de lo cual, se impulsó asimismo a la creación de políticas públicas en donde se integrara ese derecho.

La modificación al artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, además de recibirse como una actualización necesaria en materia de derechos humanos, también ha representado que se desencadenen problemáticas normativas, por la falta de criterios y directrices del manejo del agua en México. Es por ello que se considera necesario el análisis y la investigación realizada, a efecto de poder identificar sus deficiencias y en un futuro, estar en posibilidades de realizar recomendaciones para corregirlas.

5. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

Se extiende un amplio agradecimiento a la Universidad Autónoma de Baja California, Facultad de Derecho, Campus Mexicali, en conjunto con la Coordinación del programa de Posgrado por el apoyo brindado para el desempeño dentro del presente Congreso.

Por último, se extiende un grato agradecimiento a la Maestra Marina Gisela Hernández García por sus debidas atenciones cada vez que los suscritos requerían algún apoyo.

6. REFERENCIAS

- albuquerque, c. y roaf, v. (2012). Derechos hacia el final. Buenas prácticas en la realización de los derechos al agua y saneamiento. <https://bit.ly/3F6COry>
- Asamblea general de la organización de las naciones unidas. (2010). Resolución 64/292 El Derecho al Agua y el Saneamiento. <https://bit.ly/3GorcBm>
- Bernal, c. (2015). La protección del derecho fundamental al agua en perspectiva internacional y comparada. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*. P.182. <https://bit.ly/3JW1ZQZ>
- Bertazzo, s. (2015). La tutela del acceso al agua potable en el derecho internacional. *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte*, 22(2), p. 55-92. <https://bit.ly/3f93VYm>

- Carbonell, M., fiz-fierro, H., gonzález, d., (2015). Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y Vida Universitaria, Coordinación Editorial. <https://bit.ly/3HQ9ild>
- carmona, t.(2015). Cambio Climático y Derechos Humanos. <https://bit.ly/33hwTTk>
- Fondo para la comunicación y educación ambiental a.c. (2019). La Nueva Ley General de Aguas. <https://bit.ly/3GakmzC>
- Gobierno de la república de méxico. (2013). Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018. <https://bit.ly/3t6HKdp>
- Organización de las naciones unidas. (1948). La Declaración Universal de los Derechos Humanos. <https://bit.ly/3F6COry>
- Organización de las naciones unidas. (s.f.). El Derecho Humano al Agua y al Saneamiento Hitos. Consultado el 3 de enero de 2022. <https://bit.ly/3F7HcGG>
- Organización de las naciones unidas. (2011). El derecho al agua. Folleto Informativo N° 35. <https://bit.ly/3GehYYt>
- Semanario judicial de la federación. (2012). Tesis XI.Iº.A.T.1 K, Décima época, T. I., <https://bit.ly/31KfQsC>
- Semanario judicial de la federación. (2014). Tesis CXLVIII/2014, Décima época, T. I., <https://bit.ly/3t8vvx7>

TRIBUNALES AMBIENTALES Y JUSTICIA AMBIENTAL EN MÉXICO

MARINA GISELA HERNÁNDEZ GARCÍA
Universidad Autónoma de Baja California, México

MARISOL FLORES SANTOS
Universidad Autónoma de Baja California, México

1. INTRODUCCIÓN

El interés en la presente investigación surgió como respuesta a las nuevas tendencias del Derecho Ambiental, y a la inquietud de las diversas problemáticas en el país respecto a esta área del Derecho; desde las particularidades de su conceptualización, las bases constitucionales que le otorgan titularidad y reconocimiento en México, hasta llegar, al nuevo modelo normativo de justicia ambiental. Lograr identificar el medio ambiente sano como derecho, su relación con los derechos humanos, y por qué, el resultado de esa relación se considera un derecho fundamental.

8 de octubre de 2021, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, bajo la Resolución A/HRC/RES/48/13, reconoce como derecho universal, al derecho humano al ambiente sin riesgos, limpio, sano y sostenible. Por la trascendental relevancia social, puesto que la reforma constitucional en materia ambiental de febrero de 2012 impulsó una nueva realidad jurídica, en cuanto a protección y defensa del derecho humano a un medio ambiente sano.

Bajo esa nueva realidad normativa, se hace necesario determinar cuál será el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales; en definitiva, con la participación de los ciudadanos en el nivel que corresponda, brindando acceso a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades, incluida aquella información sobre los materiales y las actividades que signifiquen peligro en sus comunidades, así como

la oportunidad de participar en los procesos de toma de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos.

En efecto, deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos la reparación de daños y los recursos pertinentes; incluyendo el contexto legal y constitucional de las vías de acceso a la justicia ambiental, así como sus elementos; las instituciones públicas que garantizan el acceso a dicha justicia.

El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

2. OBJETIVOS

2.1. OBJETIVO GENERAL

- La propuesta de creación e implementación de los tribunales especializados en materia ambiental, que garanticen constitucionalmente una adecuada jurisdicción para la tutela de los derechos ambientales, así como la propuesta del Juzgado de Primera Instancia Especializado en Medio Ambiente para el Poder Judicial del Estado de Baja California.

2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- El análisis de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente
- Los principios rectores del Derecho Ambiental Internacional

- La evolución de la gestión e institucionalización del sistema jurídico ambiental mexicano
- La creación de los tribunales ambientales como modelo de tutela del derecho humano a un medio ambiente sano

3. METODOLOGÍA

Es claro que este tipo de investigación es doctrinal y descriptiva, parte de un estudio tanto de doctrina, la legislación, jurisprudencia internacional y nacional. Entre los métodos de investigación que sirvieron para el desarrollo de esta investigación, fue el histórico – lógico, a efecto de conocer las circunstancias en las que actualmente nos encontramos, fue necesario conocer la historia de las figuras jurídicas en materia ambiental conociendo sus orígenes y desarrollo en la actualidad, a efecto de tener un panorama más claro de los alcances de nuestro análisis.

El análisis comparativo descriptivo, sirvió de apoyo para poder contrastar las figuras jurídicas internacionales en materia ambiental. La comparación estuvo enfocada en las herramientas jurídicas, nacionales e internacionales, que tengan como finalidad garantizar y regular el derecho a un medio ambiente sano.

5. DISCUSIÓN

5.1. JUSTICIA AMBIENTAL, CONCEPTUALIZACIÓN Y ALCANCES

El movimiento por la justicia ambiental surge en Estados Unidos, la primera aparición en 1978, el movimiento fue más allá e involucró aspectos vinculados a la salud, trabajo, uso de la tierra, transporte, vivienda y distribución de recursos, entre otros, de tal manera que la ideología se transfiguró de ser netamente racial a un movimiento pluricultural, conservando entre sus fundamentos el hecho de que los grupos con menores ingresos eran, por lo general, los más afectados por lo que la justicia ambiental se convierte en manifestación de reivindicación legal, de derechos humanos y prerrogativas de carácter social,

económico, laboral y de desarrollo humano²²⁸. De esta forma, la llamada justicia ambiental, es un movimiento que surge desde la denuncia localizada de injusticias ambientales, esto es, situaciones donde se da una distribución no equitativa de los impactos ambientales.²²⁹

Tras su eclosión, la justicia ambiental comenzó a transgredir las fronteras del dominio popular para ser invocada en el discurso político y administrativo como parte toral de conferencias. Además, se incorporó al lenguaje operativo al constituirse áreas específicas en organizaciones gubernamentales y no gubernamentales con los vocablos justicia ambiental en su nombre, como la creada por la Agencia de Protección Ambiental (EPA, por sus siglas en inglés),²³⁰ esta última considera a la justicia ambiental, como el trato justo y la participación significativa de todas las personas sin distinción de raza, color, origen o ingresos en relación con el desarrollo, la implementación y el cumplimiento de leyes, reglamentos y políticas²³¹

Una postura más integral y transversal, que fue publicada en el año 2000, viene del Doctor en economía, medio ambiente y gestión, Feng Liu, de la Universidad de Pekín, donde contempla a la justicia ambiental como el trato justo y el involucramiento significativo, de toda la gente independientemente de su raza, color, origen nacional, o ingreso en relación con el desarrollo, implementación y aplicación de leyes ambientales, regulaciones, y políticas públicas. Trato justo significa que ningún grupo de personas, incluyendo grupos raciales, étnicos, o socio-económicos deben cargar con una parte desproporcionada de las consecuencias ambientales negativas resultantes de operaciones industriales, municipales y comerciales o de la ejecución de programas y políticas

²²⁸ Honberg, C. & Pauli, A. (2007) Child poverty and environmental justice. *International Journal of Hygiene and Environmental Health*, p. 210, 571-580.

²²⁹ Bullard, R. (2004) "Enfrentando o racismo ambiental no século XXI" en Acselrad, Herculado & Pádua, "Justiça Ambiental e Cidadania", Dumará, Río de Janeiro , pp. 41-68.

²³⁰ Bennet, M. (2004) Cities in the new millennium: Environmental justice, the specialization of race, and combating anti Urbanism. *Journal of African American Studies*, pp. 126-141.

²³¹ Wende, N. (2007) CAFOS and environmental justice. The case of North Carolina. *Environmental Health Perspectives*, p.182-189

federales, estatales, locales y tribales.²³² Aunque existen diversas definiciones, una de ellas nos permite vislumbrar sus alcances, al referirse como justicia ambiental a las normas y los valores culturales, reglas, reglamentos, conductas, políticas y decisiones de apoyo a comunidades sostenibles, donde la gente puede interactuar con la confianza de que su entorno es seguro, cuidado y bien protegido"²³³. En palabras de la mexicana Alice Martínez, la justicia ambiental, también se expresa como una forma de revertir la discriminación ambiental, en donde existan procesos de desarrollo incluyentes en los cuales todos los sectores de la población se beneficien y afecten de la misma manera;²³⁴ para fortalecer esta idea, es claro señalar, que por lo que constituye y construye la justicia ambiental debe entenderse como un paradigma complejo, que tutela el uso sustentable de los recursos naturales, vinculándolos a las políticas públicas, para que en éstas se inserten aspectos de protección a los derechos fundamentales relacionados, así como participación de los actores para incidir en el proceso de toma de decisiones y que trascienda en la resolución de problemas ambientales²³⁵

Para ello, estudiamos posturas de diversos de lo que debemos conocer como acceso a la justicia ambiental. La primera de ellas es la del Magistrado Neófito López Ramos, nos da un panorama muy completo del problema del acceso a la justicia ambiental en nuestro país debido a su vacío jurisdiccional. El experto juzgador identifica la ausencia de un derecho procesal ambiental que permita la eficacia de los derechos fundamentales de una persona, grupo social o colectividad. En México existe el reconocimiento constitucional a un ambiente adecuado, pero

²³² Liu, F. (2001) *Environmental Justice analysis. Theories, methods, and practice*. Lewis publishers New York. p 11.

²³³ Arriaga L., Buendía A., & Buendía, P., (2011) Mercedes, Justicia ambiental: El estado de la cuestión. *Revista Internacional de Sociología*, Vol. 69, No.3.

²³⁴ Martínez, A., (2009) la discriminación, el derecho al desarrollo y el derecho a un medio ambiente sano, en *Colección de estudios del consejo nacional para prevenir la discriminación*, México, p.82

²³⁵ Guevara, S., Galindo, M., & Contreras, C., (2015) Justicia Ambiental entre la Utopía y la Realidad Social, *Revista Culturales*, Instituto de Investigaciones Culturales Museos UABC, Vol.3 no.1 Mexicali.

queda sin tutela efectiva debido a la falta de regulación procesal.²³⁶ El acceso a la justicia es la posibilidad con que cuentan todas las personas para obtener una tutela judicial completa ante cualquier tipo de conflicto²³⁷.

Como derecho humano, el acceso a la justicia ambiental, es uno de los instrumentos para la materialización de los derechos contenidos en normas constituciones, leyes u ordenamientos nacionales y tratados internacionales. En consecuencia, implica la posibilidad de hacer valer jurisdiccional o administrativamente una prerrogativa reconocida en el ordenamiento jurídico, lo cual requiere de procesos accesibles y ágiles que garanticen la obtención de una justicia pronta y expedita, en condiciones de igualdad para todas las personas;²³⁸ por lo tanto, el Estado debe facilitar y fomentar la participación ciudadana.

El acceso a la justicia se ve truncado por el hecho de que todavía no se logra ejercer en plenitud el derecho a la información, el principio de prevención es todavía incipiente en nuestra legislación y la inaplicabilidad de la ley en México es un mal reiterado. Cuando alguno de estos tres aspectos se ve vulnerado, es necesario hacer uso de los tribunales y ejercer nuestros derechos, aunque no sea la forma idónea de lograrlo.²³⁹

5.2. EL ACUERDO DE ESCAZÚ COMO MECANISMO PARA GARANTIZAR EL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL

El acuerdo regional Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, adoptado en Escazú, Costa

²³⁶ Revuelta, B. (2011), Los retos del derecho ambiental en México. México: Ed. Porrúa. P. 11.

²³⁷ Fundación ambiente y recursos naturales. (2010) Manual de Ciudadanía Ambiental: Herramientas para ejercer los derechos de Acceso a la Información Pública, Participación Ciudadana y Acceso a la Justicia. Argentina: ed. Fundación Ambiente y Recursos Naturales. P. 26.

²³⁸ Anglés, M., (2017) "Algunas vías de acceso a la justicia ambiental", Cien ensayos para el Centenario, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. 2, México.

²³⁹ Mendoza, L., (2008) Acceso a la justicia ambiental en México, Departamento de Estudios Jurídicos del Estado, repositorio institucional de la Universidad de Alicante, España, p.51

Rica el 4 de marzo del 2018, instrumento pionero en temas de protección ambiental, y en temas de derechos humanos; garantiza el derecho de todas las personas de a tener acceso a la información de manera oportuna y adecuada; a participar en las decisiones que afectan su vida, entorno y comunidad, así como poder acceder a los mecanismos efectivos de justicia, cuando sus derechos hayan sido vulnerados.

Del análisis del artículo 5° se observan las pautas que debe seguir el Estado para garantizar el derecho del público en general al acceso a la información ambiental, del artículo 7° se distingue el reconocimiento que este instrumento hace sobre el derecho de la participación del público en la toma de decisiones cuando se trate de asuntos ambientales, e indica que debe ser de manera abierta e inclusiva, el Estado garantizará los mecanismos para facilitarla, la promoverá y velará por el acceso oportuno a la información, con el objeto de que la ciudadanía tenga los elementos suficientes para participar de manera pública. En cuanto al estudio del artículo 8°, se compromete al Estado a garantizar el derecho de acceder a la justicia de acuerdo con las garantías del debido proceso, asegurando que dentro del marco legal nacional los países miembros cuenten con las instancias judiciales y administrativas competentes que poseen conocimientos especializados en la materia ambiental.²⁴⁰

5.3. RÉGIMEN JURÍDICO MEXICANO DEL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL

La Constitución prescribe dentro de su articulado varios preceptos que integran la protección del medio ambiente y la garantía que tiene toda persona a gozar de un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar como un derecho humano. El artículo 1° constitucional, señala el reconocimiento que se hace a los derechos humanos establecidos en la Constitución y a los que se encuentren contemplados en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, además indica la obligación de todas las autoridades de promover, respetar, garantizar

²⁴⁰ Naciones Unidas, Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, Escazú, Costa Rica, 4 de marzo de 2018.

y proteger estos derechos. A partir de una valiosa reforma del año 2011, en materia de derechos humanos, se permite el acceso al juicio de amparo contra las violaciones a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales. Pero, el derecho humano al medio ambiente en México no quedó estático a como fue plasmado en el año de 1999 dentro de la Constitución, sino que el 8 de febrero de 2012 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma constitucional que se efectuó al artículo 4º constitucional para modificar el término “medio ambiente adecuado” por el de “medio ambiente sano” como es conocido actualmente. El reconocerle la calidad de derecho constitucional, implica para el Estado mexicano la obligación de garantizar el respeto a este derecho, así como a proporcionar los medios necesarios para su protección.

En seguimiento a los artículos constitucionales relacionados con la justicia ambiental, el artículo 17 establece el derecho de acceso a la justicia, indicando el deber del Estado a contar con tribunales que administren justicia en forma pronta, expedita, completa e imparcial, y que ninguna persona por sí misma podrá hacer justicia ni ejercer violencia para reclamar su derecho. El artículo 25 señala el régimen económico y del desarrollo nacional, donde se tutela al medio ambiente con motivo de la regulación el uso de los recursos productivos por los sectores social y privado, para asegurar un desarrollo integrable y sustentable, mientras que el artículo 27 consagra la idea de la preservación de recursos naturales, y atiende de manera literal a la restauración del equilibrio ecológico.

5.4. ELEMENTOS DE ACCESO EN LA JUSTICIA AMBIENTAL

El acceso a la justicia ambiental se conforma por tres elementos principales: a) la participación ciudadana; b) el acceso a la información; y c) el acceso a la justicia. Dichos elementos son herramientas indispensables que junto a una puntual aplicación pueden favorecer a la rendición de cuentas, a la transparencia y al combate contra la corrupción, por lo que al mejorar la gestión entre el gobierno y los ciudadanos no solamente se alcanza una justicia ambiental, sino que se mejoran las condiciones de vida y de gobernanza. Estos tres factores independientes pero

unidos por un mismo fin en común, fueron establecidos en la Declaración de Río de 1922, buscando la implementación del desarrollo sostenible, tanto a nivel nacional como internacional. Para lograr el éxito de estos derechos de acceso, es necesario no solo su ratificación sino el reconocimiento formal que deben hacer los Estados dentro de sus legislaciones nacionales, creando las instituciones ambientales correspondientes y los mecanismos e instrumentos que garanticen un efectivo acceso a la justicia ambiental para la ciudadanía.²⁴¹ A continuación se desarrolla cada uno de los elementos mencionados y que son considerados, según la doctrina y la legislación, aspectos necesarios para alcanzar el acceso a la justicia ambiental.

La participación ciudadana, es un derecho y un mecanismo que promueve la intervención de los ciudadanos por medio de acciones y que tiene relación con la toma de decisiones sobre los intereses que afectan a su entorno, Gabriela Paliza señala que la participación debe ser entendida como “un derecho-deber, toda vez que les concede a los ciudadanos la posibilidad y a la vez la obligación de participar en la dinámica social que involucra sus intereses colectivos”.²⁴²

En el rubro de la gestión ambiental la participación ciudadana o social es un requisito indispensable, puesto que el medio ambiente no se encuentra en posibilidades de que por su propio derecho logre defenderse ante el deterioro constante que le es ocasionado por los ciudadanos. La participación ciudadana implica que los individuos tengan conciencia y compromiso social respecto a las problemáticas ambientales. El derecho de acceso a la participación ciudadana en la toma de decisiones medio ambientales contempla tres ejes principales: a) la participación del público en las decisiones relativas a actividades específicas; b) en los planes, programas y políticas relativos al medio ambiente; y c) durante la fase de elaboración de disposiciones reglamentarias o de

²⁴¹ Calderón Sagredo, P. (2015) Acceso a la Justicia Ambiental: Participación ciudadana en el sistema de evaluación de impacto ambiental, (tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Santiago, Chile, Universidad de Chile, pp. 79-80.

²⁴² Paliza, G., (2017) Los mecanismos de participación ciudadana en la fiscalización ambiental, Foro Jurídico, Lima, Perú, núm. 16, p. 94.

instrumentos normativos jurídicamente obligatorios de aplicación general.²⁴³

Respecto del acceso a la información, el artículo sexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su segundo párrafo establece que toda persona tiene derecho al libre acceso a la información pública y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión²⁴⁴

El Dr. Castro Vizcarra, sostiene que la reserva a la información pública, es un límite al derecho humano de acceso a la información, ya que restringe su ejercicio; este acceso a la información y transparencia siempre necesitaran de un grado de confianza entre el gobernado y los gobernantes, actuar de buena fe y realizar diligentemente los mecanismos para asegurar la efectividad de ese derecho²⁴⁵. El acceso a la información es un derecho imprescindible con el que debe contar todo ciudadano, ya que aporta los elementos suficientes para participar de forma individual o colectiva en la toma de decisiones sobre los acontecimientos de su comunidad. En la materia ambiental, este derecho de acceso es el eslabón principal para lograr el acceso a la justicia, su importancia radica en que los ciudadanos y organizaciones posean los conocimientos suficientes sobre los proyectos que causen un impacto medioambiental en la sociedad.²⁴⁶

En la medida en que los ciudadanos cuenten con información útil, completa, comparable, de fácil acceso a los datos y comprensible en cuanto al lenguaje, debido a que suele ser muy técnico, su participación será más activa en el cuidado del medio ambiente, quien posee la

²⁴³ Calderón Sagredo, P., (2015) Acceso a la Justicia Ambiental: Participación ciudadana en el sistema de evaluación de impacto ambiental, (tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Santiago, Chile, Universidad de Chile, pp. 95-96.

²⁴⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el DOF el 5 de febrero de 1917. Párrafo II del artículo 6to

²⁴⁵ Castro, L. (2021). El derecho humano de acceso a la información pública, caso Baja California. Tirant Lo Blanch, México, p.47.

²⁴⁶ Calderón Sagredo, P., (2015) Acceso a la Justicia Ambiental: Participación ciudadana en el sistema de evaluación de impacto ambiental, (tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Santiago, Chile, Universidad de Chile, pp. 106-107.

información, tiene los elementos para hacer valer sus derechos. El derecho de acceso a la información ambiental contempla tres elementos importantes, estos son: a) el derecho de acceso a la información ambiental; b) el derecho de difusión de la información ambiental; y c) el derecho de puesta a disposición de la información ambiental.²⁴⁷

El Acceso a la justicia en asuntos ambientales, es un derecho humano primordial en cualquier estado de derecho, categorizado dentro de los derechos civiles y políticos, o también llamados de primera generación. En este principio fundamental se establece el reconocimiento a tener a un juicio justo, a obtener justicia, a ser juzgado por un juez, y a que se sigan las bases del debido proceso.

Para garantizar la justicia ambiental se han señalado dentro del derecho ambiental distintos tipos de responsabilidad en los que se puede incurrir al ocasionar un daño o deterioro al medio ambiente, son la responsabilidad civil, la responsabilidad penal, la responsabilidad administrativa y la responsabilidad ambiental, sin embargo como vías procedimentales para tutelar el derecho al medio ambiente sano se encuentran la vía jurisdiccional (civil o penal), la vía administrativa y la vía constitucional por medio del juicio de amparo.

La responsabilidad civil, según Agustín Arciniega puede entenderse como la “situación jurídica que obliga a algunos a responder del daño causado por sus hechos propios, los de otros sujetos vinculados a él y por sus cosas y animales, pudiendo tener su origen en el incumplimiento de un contrato o fuera de contrato”.²⁴⁸ Es preciso reconocer que este tipo de responsabilidad no tiene como principal objetivo la protección del medio ambiente, siendo que el derecho civil se preocupa por la propiedad y la salud de las personas, encuentra de forma indirecta una

²⁴⁷ Calderón Sagredo, P., (2015) Acceso a la Justicia Ambiental: Participación ciudadana en el sistema de evaluación de impacto ambiental, (tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Santiago, Chile, Universidad de Chile, pp.92-93.

²⁴⁸ Arciniega, A., (2014) Desarrollo Sustentable y Derecho Ambiental, México, Universidad Autónoma de Nayarit, septiembre 2014, pp. 321-322.

medida para la protección al medio ambiente mientras se involucre un bien patrimonial o personal dañado.²⁴⁹

Los efectos de la responsabilidad civil en la materia ambiental pueden traducirse en los daños que sufre una persona como consecuencia de algún elemento ambiental, o a su patrimonio, cuando forma parte del ambiente o éste resultó dañado a causa de la agresión ambiental. En cuanto a la responsabilidad penal, ésta se origina cuando se presentan acciones antijurídicas, culpables o violatorias de preceptos jurídicos, cuya comisión tenga como consecuencia un daño al medio ambiente, siendo acreedor a una sanción penal.²⁵⁰ La responsabilidad administrativa es aquella que se presenta por el incumplimiento de la norma ambiental, siempre que no se trate de un delito.²⁵¹ Este tipo de responsabilidad es de carácter pecuniario, por lo que el tipo de sanción que se impone son multas, cancelación o suspensión de permisos, entre otros, donde la administración pública podrá exigir la reparación e indemnización de los daños causados.

5.5. PROPUESTA DE CREACIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPECIALIZADOS EN MATERIA AMBIENTAL.

En seguimiento a lo analizado en esta investigación, y como refiere González, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva implica tres situaciones diferentes: primero, el acceso mismo a la justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia²⁵²

Considerando que Birgin, Haydee señala al acceso a la justicia, por el derecho a reclamar por medio de los mecanismos institucionales

²⁴⁹ Castillo, G., (2018) "Responsabilidad por daño ambiental. Regulación mexicana", Perfiles de las Ciencias Sociales, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, vol. 5, núm. 10, p. 284.

²⁵⁰ Arciniega, A., (2014) Desarrollo Sustentable y Derecho Ambiental, México, Universidad Autónoma de Nayarit, septiembre 2014, pp. 321-322.

²⁵² González, J., (1989) El derecho a la tutela jurisdiccional, España, Civitas, pp. 43-44.

existentes en una comunidad la protección de un derecho legalmente reconocido. Esto implica el acceso a las instituciones administrativas y judiciales competentes para resolver las cuestiones que se presentan en la vida cotidiana de las personas²⁵³

En consecuencia, el derecho al acceso a la justicia implica la posibilidad de hacer valer jurisdiccional o administrativamente una prerrogativa reconocida en el ordenamiento jurídico, lo cual requiere de procesos accesibles y ágiles que garanticen la obtención de una justicia pronta y expedita, en condiciones de igualdad para todas las personas.

Por tanto, el derecho humano de acceso a la justicia impone a los Estados una serie de obligaciones, entre ellas, asegurar el acceso a los recursos judiciales, así como organizar el aparato institucional de modo que todas las personas puedan acceder a esos recursos, para lo cual es necesario remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impidan o limiten la posibilidad de acceder a la justicia²⁵⁴ En definitiva, el reconocimiento del derecho de acceso a la justicia ambiental como un derecho humano obliga a los Estados a realizar actos tendientes a su protección y desarrollo, a través del establecimiento de medios jurídicos, políticos e institucionales en conjunción con la garantía de los derechos de acceso a la información y a la participación pública.

Entre los retos a vencer está superar la complejidad técnico-científica en los casos ambientales con apoyo en los expertos implicados, de lo contrario, el enfoque de la normatividad en la materia puede ser equivocado.¹⁵ También es importante trabajar en el desarrollo de mecanismos adecuados para la protección de intereses colectivos y difusos, cuya lógica es diversa a aquellos enfocados a la protección de intereses individuales. Aunado a ello se encuentra la falta de preparación de los operadores jurídicos en materia ambiental y de protección de intereses

²⁵³ Birgin, H., & Gherardi, N., (2008) "El acceso a la justicia como un derecho humano fundamental: retos y oportunidades para mejorar el ejercicio de los derechos de las mujeres", en Etchegoyen, Aldo (coord.), *Mujer y acceso a la justicia*, Argentina, El Mono Armado, pp. 4-5.

²⁵⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2007) *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijado por el sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.129, Washington, D. C., Organización de los Estados Americanos, p. 1.

y derechos colectivos. Todo ello provoca ineficacia en la aplicación y observancia de la norma jurídica ambiental.

Una de las áreas de oportunidad del Derecho Ambiental, no es la carencia de su legislación, es la aplicación de ellas. Por lo antes analizado, y como inquietud del título de esta esta investigación, y conscientes de la problemática que enfrentamos es inminente la necesidad de una adecuada Jurisdicción, ver materializados los principios al derecho hacia una correcta justicia ambiental en términos del artículo 17 de nuestra carta magna, se considera factible la propuesta presentada en el año 2013, por integrantes de un grupo parlamentario de la LXII Legislatura del H. Congreso de la Unión, cuyo objetivo fue, establecer una jurisdicción especializada dentro del Poder Judicial Federal, respecto de la materia ambiental.

En primera instancia, la creación de un Tribunal Federal Ambiental perteneciente al Poder Judicial Federación, será un órgano judicial, colegiado y autónomo; de naturaleza evidentemente judicial y con tareas o funciones de jurisdicción ambiental, cuyos miembros sean profesionales en derecho y capacitados para resolver conflictos ambientales de una manera efectiva.

Conformada por Cinco Salas Regionales las cuales para operar se dividirán en cinco circunscripciones territoriales, cada circunscripción operará, desarrollará y trabajará con la distribución de los Estados de la República y del Distrito Federal; conocerán de jurisdicción ordinaria (administrativa, penal y civil) y jurisdicción constitucional (juicios de amparo) en materia ambiental.

Por lo que se propone al Capítulo IV del Poder Judicial Federal de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos modificación y adición al artículo 94 en los párrafos primero, quinto y doceavo; se adicione un artículo 99 bis y se modifique y adicione el artículo 101, para quedar como sigue:

Capítulo IV

Del Poder Judicial

Artículo 94.- Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, un Tribunal Ambiental, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito.

La competencia de la Suprema Corte, su funcionamiento en Pleno y Salas, la competencia de los Tribunales de Circuito, de los Juzgados de Distrito, del Tribunal Electoral y del Tribunal Ambiental, así como las responsabilidades en que incurran los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación, se regirán por lo que dispongan las leyes, de conformidad con las bases que esta Constitución establece.

La remuneración que perciban por sus servicios los Ministros de la Suprema Corte, los Magistrados de Circuito, los Jueces de Distrito y los Consejeros de la Judicatura Federal, así como de los Magistrados Electorales y Magistrados Ambientales no podrá ser disminuida durante su encargo.

Artículo 99 bis.- El Tribunal Ambiental será, con excepción de lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 105 de esta Constitución, la máxima autoridad jurisdiccional en la materia y órgano especializado del Poder Judicial de la Federación.

Al Tribunal Ambiental le corresponde resolver en forma definitiva e inatacable, en los términos de esta Constitución y según lo disponga la ley, centrando sus funciones como órganos de:

I.- Jurisdicción Ordinaria.

II.- Tribunal Revisor.

III.- Tribunal de Amparo

IV.- Serán competentes en cuestiones de Planeación, Áreas Naturales Protegidas, Actividades Riesgosas, Ordenamiento ecológico del territorio, Zonas de Conservación y Restauración, Materiales y Residuos Peligrosos, Asentamientos Humanos, Flora y Fauna, Energía, Hidrocarburos, Instrumentos Económicos, Recursos Naturales, Ruido, Vibraciones y Olores, Impacto Ambiental, Agua y Ecosistemas Acuáticos, Servicios Ambientales y Eco sistémicos, Contaminación visual, NOM'S, Suelo, Autorregulación y Auditoría, Atmósfera y Espacio entre otros.

V.- Dirimirá conflictos relativos a la desertificación, extinción de especies, agotamiento de bosques tropicales, rápido crecimiento demográfico, mal manejo y carencia de recursos de agua potable, cambio

climático, lluvia ácida, manejo inadecuado de recursos energéticos, sobrepesca y contaminación del ambiente marino, manejo incorrecto de pesticidas, sustancias y residuos peligrosos, recursos culturales, producción industrial, agropecuaria cultivada, minera y sus desechos o desperdicios, efluentes domésticos y urbanos, edificaciones, vehículos contaminantes, tránsito, paisajes y monumentos históricos de creación humana, entre otros.

VI.- Los conflictos o diferencias laborales entre el Tribunal y sus servidores;

VII.- Las demás que señale la ley.

5. RESULTADOS

Por lo tanto, el aporte consistió en comprobar, que, entre los retos a vencer, se encuentra superar la complejidad técnico-científica en los casos ambientales, y que es importante trabajar en el desarrollo de mecanismos adecuados para la protección del medio ambiente; aunado, a la obligación del Estado a realizar actos tendientes a su protección y desarrollo, a través del establecimiento de medios jurídicos, políticos e institucionales en conjunción con la garantía de los derechos de acceso a la información y a la participación pública.

6. CONCLUSIONES

El derecho humano a un medio ambiente sano desde su concepción jurídica dentro de la doctrina de los derechos humanos se ha consolidado como un derecho de solidaridad de tercera generación. Los elementos que conforman su acceso a la justicia deben ser promovidos, la participación ciudadana y el acceso a la información en los temas medios ambientales son de suma importancia para lograr un verdadero cambio, debido a que la naturaleza no puede defenderse por sí misma.

Estamos frente a un nuevo Derecho Ambiental, el cual abarca ámbitos del conocimiento humano: ético, económico, jurídico. Exige nuevas definiciones acorde a sus necesidades presentes, así como el reconocimiento y creación de otras figuras, y para hacer efectiva su tutela, establece la titularidad del derecho humano a un medio ambiente sano. No

puede ser considerado solamente un derecho fundamentalmente individualista, sino un derecho tanto colectivo como individual.

El Derecho Ambiental y sus principios, forman parte integral de los instrumentos internacionales, que a su vez se transforman en marco de referencia para la formulación de legislaciones nacionales, ya que una vez ratificados por el país pasan a convertirse en parte de la legislación nacional, estatal, municipal, de sus reglamentos y de algunas normas de aspectos técnicos, por lo tanto, su cumplimiento de vuelve obligatorio y el Estado puede ejercer su poder coercitivo para ello.

Los principios en derecho ambiental son intrínsecamente complementarios y son el campo en el cual se van a desarrollar las normas y deben servir como fuente de orientación a su legislación. Los principios son rieles o garantías fundamentales que sirven de base para el desarrollo del conocimiento y surten las veces de pilares en la legislación de cada país.

Se cuenta con un marco jurídico nacional e internacional relacionado con la protección del medio ambiente sumamente amplio. La mayoría de las disposiciones normativas de carácter internacional tienden a hacer mención a los derechos de acceso para garantizar la participación ciudadana, el acceso a la información y el acceso a la justicia en los asuntos ambientales. Por lo tanto, el problema no estriba en que México cuente o no con una legislación ambiental completa, sino que se debe a que no se han instaurado las instituciones o mecanismos que garanticen una tutela efectiva de estos derechos.

La aplicación de la legislación ambiental a través de sus instituciones es transversal; conduce desde aspectos, técnico, sociales, ambientales, y jurídicos en sus distintas áreas. Los instrumentos de política ambiental brindan y garantizan la capacidad de afrontar diversos problemas, y su potencial depende de su correcta aplicación.

La justicia ambiental, se originó por protestas de resistencia pacífica para que se respetase su derecho a la salud, así como a un medio ambiente sano, y se transformó, en la posibilidad con que cuentan todas las personas para obtener una tutela judicial completa ante cualquier tipo de conflicto.

El Acuerdo Escazú, acuerdo representa un importante avance para la defensa del ambiente y una fortaleza para la democracia ambiental, por contribuir a la protección de los derechos humanos y proporcionar las herramientas a los ciudadanos para acceder a los procesos de elaboración de políticas públicas que guarden relación con la materia ambiental.

El régimen jurídico mexicano de acceso a la justicia ambiental se encuentra en constante construcción y evolución, al reconocerse el derecho humano a gozar de un medio ambiente sano, así como la creación de legislación con el objeto de garantizar su protección.

Las vías de acceso a la justicia ambiental, por su naturaleza, deben de responder a la necesidad de garantizar no sólo el abordaje, sino también el destino protección medioambiental, que debe ser la reparación de los daños y afectaciones al medio ambiente, los ecosistemas y los recursos naturales.

Es necesaria una reforma constitucional para establecer que el Congreso de la Unión, y las legislaturas de los Estados deben crear Tribunales Federales Especializados en materia ambiental, y como Juzgados de Primera Instancia Especializado en Medio Ambiente, así como su respectiva Ley procesal que establezca la concurrencia.

La existencia de los Tribunales Ambientales hará eficaz la tutela del ambiente a través de mecanismos procesales adecuados que motiven mayor participación de la sociedad en asuntos ambientales.

Los Consejos de la Judicatura, así como las Escuelas Judiciales, colegios de abogados, asociaciones en defensa y protección del medio ambiente, deberán contemplar la difusión del derecho ambiental.

8. REFERENCIAS

- Anglés, M,(2017) “Algunas vías de acceso a la justicia ambiental”, Cien ensayos para el Centenario, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. 2, México.
- Arciniega, A., (2014) Desarrollo Sustentable y Derecho Ambiental, México, Universidad Autónoma de Nayarit, septiembre 2014, pp. 321-322.

- Arriaga L., Buendía A., & Buendía, P., (2011) Mercedes, Justicia ambiental: El estado de la cuestión. *Revista Internacional de Sociología*, Vol, 69, No.3.
- Bennet, M. (2004) Cities in the new millennium: Environmental justice, the specialization of race, and combating anti Urbanism. *Journal of African American Studies*, pp. 126-141.
- Birgin, H., & Gherardi, N., (2008) “El acceso a la justicia como un derecho humano fundamental: retos y oportunidades para mejorar el ejercicio de los derechos de las mujeres”, en Etchegoyen, Aldo (coord.), *Mujer y acceso a la justicia*, Argentina, El Mono Armado, pp. 4-5.
- Bullard, R. (2004) “Enfrentando o racismo ambiental no século XXI” en Acselrad, Herculado & Pádua, “Justiça Ambiental e Cidadania”, Dumará, Río de Janeiro, pp. 41–68.
- Arnau, J. (2018). *Fundamentos de la vía media*. Alianza
- Biset, E. (2011). Ontología política. Esbozo de una pregunta. *Nombres. Revista de Filosofía*, 27 (1), 121-136. Universidad Nacional de Córdoba
- Calderón Sagredo, P. (2015) Acceso a la Justicia Ambiental: Participación ciudadana en el sistema de evaluación de impacto ambiental, (tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Santiago, Chile, Universidad de Chile, pp. 79-80.
- Calderón Sagredo, P., (2015) Acceso a la Justicia Ambiental: Participación ciudadana en el sistema de evaluación de impacto ambiental, (tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Santiago, Chile, Universidad de Chile, pp. 106-107.
- Castillo, G., (2018) “Responsabilidad por daño ambiental. Regulación mexicana”, *Perfiles de las Ciencias Sociales*, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, vol. 5, núm. 10, p. 284.
- Castro, L. (2021). El derecho humano de acceso a la información pública, caso Baja California. Tirant Lo Blanch, México, p.47.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2007) El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijado por el sistema interamericano de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II.129, Washington, D. C., Organización de los Estados Americanos, p. 1.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el DOF el 5 de febrero de 1917. Párrafo II del artículo 6to
- Fundación ambiente y recursos naturales. (2010) *Manual de Ciudadanía Ambiental: Herramientas para ejercer los derechos de Acceso a la Información Pública, Participación Ciudadana y Acceso a la Justicia*. Argentina: ed. Fundación Ambiente y Recursos Naturales. P. 26.

- González, J., (1989) El derecho a la tutela jurisdiccional, España, Civitas, pp. 43-44.
- Guevara, S., Galindo, M., & Contreras, C., (2015) Justicia Ambiental entre la Utopía y la Realidad Social, Revista Culturales, Instituto de Investigaciones Culturales Museos UABC, Vol.3 no.1 Mexicali.
- Honberg, C. & Pauli, A., (2007) Child poverty and environmental justice. International Journal of Hygiene and Environmental Health, p. 210, 571-580.
- Liu, F. (2001) Environmental Justice analysis. Theories, methods, and practice. Lewis publishers New York. p 11.
- Martínez, A., (2009) la discriminación, el derecho al desarrollo y el derecho a un medio ambiente sano, en Colección de estudios del consejo nacional para prevenir la discriminación, México, p.82
- Mendoza, L., (2008) Acceso a la justicia ambiental en México, Departamento de Estudios Jurídicos del Estado, repositorio institucional de la Universidad de Alicante, España, p.51
- Naciones Unidas, Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, Escazú, Costa Rica, 4 de marzo de 2018.
- Paliza, G., (2017) Los mecanismos de participación ciudadana en la fiscalización ambiental, Foro Jurídico, Lima, Perú, núm. 16, p. 94.
- Revuelta, B. (2011), Los retos del derecho ambiental en México. México: Ed. Porrúa. P. 11.
- Wende, N. (2007) CAFOS and environmental justice. The case of North Carolina. Environmental Health Perspectives, p.182-189

EL ENCAJE CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DIGITALES

DANIEL DEL VALLE-INCLÁN RODRÍGUEZ DE MIÑÓN
Universidad Camilo José Cela

1. INTRODUCCIÓN

La innovación tecnológica, la transformación digital y la inteligencia artificial forman parte de nuestro día a día y por ello se hace perentorio reflexionar, desde un prisma estrictamente constitucional, sobre la vigencia, defensa y garantía del crisol de derechos fundamentales esenciales y presentes en nuestro sistema político.

Hay que mejorar la protección de los derechos digitales y salvaguardar su encaje en el marco constitucional vigente en España, pues ya se han alzado voces en favor de una actualización de la Carta Magna mediante una reforma expresa de la misma. Éstas buscan ir más allá de una actualización de la Constitución para elevar a rango constitucional una nueva realidad de derechos digitales. Sin embargo, al hablar de reforma no puede dejarse de lado la complejidad de su implementación, tal y como refleja el articulado constitucional en su Título X, artículos 166, 167, 168 y 169.

La reforma de la normativa correspondiente va a permitir crear un entorno de convivencia digital más digno y ético para el conjunto de la sociedad.

Resulta indispensable conjugar el hecho de dotar de mayor visibilidad y seguridad jurídica a los derechos digitales y a sus titulares, con el refuerzo de la garantía de los derechos fundamentales ya existentes y futuros en una era digital en continuo cambio y abierta a nuevos contextos.

Sin embargo, y a resultas de esta posibilidad, surgen varios interrogantes al respecto: ¿Qué se puede reformar para garantizar su encaje?, ¿quiénes la puede promover?, ¿es el momento de hacerlo?, ¿se puede aprovechar la coyuntura para modificar otras regulaciones constitucionales?; ¿debe reformarse para regular lo ya existente o aprovechar la coyuntura para incrementar el número de derechos, fundamentales u ordinarios?

Los cambios sociales, económicos y tecnológicos producidos en las últimas décadas resultan difíciles de calibrar dada la multiplicidad de efectos provocados por la conocida como democratización de la tecnología, y sus múltiples efectos en los ámbitos privado y público. La humanidad según Negroponte (1995) se está inclinando a la digitalización. Vivimos en un mundo que se ha vuelto digital.

Surge al albur de estas circunstancias una suerte de vacío normativo incapaz de regular supuestos de hecho que operan en una dimensión distinta a la que caracteriza a nuestro sistema jurídico, lo que provoca una indefensión del ciudadano pues sus derechos quedan desamparados en tanto en cuanto no se establezca un marco legal de derechos propiamente digitales.

2. CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DIGITALES

No existe una definición clara y concisa de los derechos digitales. Más bien se apunta una suerte de listado, así como la necesidad de perfilar y adaptar los derechos fundamentales ya existentes que resulten más relevantes en el entorno digital en constante evolución y de consecuencias impredecibles, de interpretar sistemáticamente nuestro ordenamiento jurídico para proteger valores (de la Sierra, 2020) y bienes constitucionales, y garantizar así un marco de seguridad jurídica para todos en sus respectivos ámbitos competenciales.

El problema radica en que algunas de las innovaciones tecnológicas emergentes operan de manera alegal, al margen completamente del sistema jurídico, lo que pone en jaque el tradicional papel del Estado. Asimismo, en palabras de Moisés Barrio (2021, septiembre) suscitan importantes desafíos relacionados con la descentralización, el anonimato,

la opacidad de los procesos, la interconectividad global, las amenazas de ciberseguridad, la propiedad de los datos, etc.

Como novedoso concepto los derechos digitales dan cabida a los derechos de los ciudadanos en el entorno digital, tanto los derechos fundamentales reconocidos y protegidos en nuestras constituciones como los derechos ordinarios previstos en las leyes. Asimismo, son especialmente relevantes al comprender no solo la actualización de derechos tradicionales, para identificar nuevas facultades en el marco de la sociedad digital, sino también reconocer nuevos derechos fundamentales stricto sensu en las constituciones. Moisés Barrio afirma que los derechos digitales engloban todos los derechos de la ciudadanía en el entorno digital, fundamentales, ordinarios o de configuración legal y que valen tanto como sus garantías (Barrio, 2021).

Los nuevos derechos digitales, en el marco de una sociedad digital, no sólo se deben poder ejercitar, sino que también necesitan mecanismos que aseguren la plenitud de su eficacia. Resulta en este punto muy relevante la consideración de derecho digital, pues además de englobar aquellos de nuevo cuño vinculados a la era digital, como la ciberseguridad o el acceso universal a Internet, también incluye aquellos derechos tradicionales que son actualizados, como el derecho a la protección de datos y su vínculo con el derecho al olvido.

3. PREVISIONES REGULATORIAS

3.1. Ley Orgánica 3/2018 (LOPD-GDD)

La Ley Orgánica 3/2018 desarrolla el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos. Sin embargo se atribuye el mérito de haber incluido otros aspectos, relativos a derechos digitales, que han quedado plasmados en su Título X bajo la denominación de “Garantía de los derechos digitales” con el fin de regular los derechos de los ciudadanos en la era digital. La velocidad a la que discurren los acontecimientos, alentada por un proceso continuo que

transforma lo analógico en digital, debe encontrar su límite en la garantía de los derechos (Pérez Luño, 2012) y de la calidad democrática.

Si se lee con detenimiento el punto IV del Preámbulo de la Ley 3/2018, se dice que los padres de la Constitución tuvieron el acierto de prever el enorme impacto que todos los avances en la tecnología podrían llegar a provocar en el disfrute de los derechos fundamentales. Así lo reflejaron en el artículo 18.4: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Se apunta que tomaron como referencias trabajos desarrollados en el Consejo de Europa, desde finales de la década de 1960, y algunas y escasas disposiciones legales hasta entonces adoptadas en países vecinos. “Constituyó un innegable alabonazo para otorgar trascendencia constitucional a la necesaria protección del individuo frente a los riesgos que sobre él —y, particularmente, sobre el disfrute de algunos de sus derechos fundamentales— cernían los avances tecnológicos ligados a la incipiente y primaria computarización” (Rallo, 2017, p. 642)

Es precisamente este Título X el que comienza con una interesantísima redacción de su artículo 79: “Los derechos y libertades consagrados en la Constitución y en los Tratados y Convenios Internacionales en que España sea parte son plenamente aplicables en Internet. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información y los proveedores de servicios de Internet contribuirán a garantizar su aplicación”.

Los poderes públicos tienen por delante la difícil labor de impulsar políticas que garanticen el pleno ejercicio y la efectividad de los derechos fundamentales de la ciudadanía en la realidad digital. Pero, mientras se acomete este reto, hay que abordar el reconocimiento de un sistema de garantía de los derechos digitales conforme al mandato impuesto por el mencionado apartado cuarto del artículo 18 de la Constitución Española.

Del mismo modo se invita a actuar al Gobierno, con el concurso de la Comunidades Autónomas, desde El art. 97 de la LOPD-GDD/2018 establece que, en cuanto a las políticas de impulso de los derechos

digitales, “el Gobierno, en colaboración con las Comunidades Autónomas, elaborará un Plan de Acceso a Internet con los siguientes objetivos:

- a. superar las brechas digitales, sobre todo para los mayores (Martín Romero, 2020) y garantizar el acceso a Internet de colectivos vulnerables o con necesidades especiales y de entornos familiares y sociales económicamente desfavorecidos mediante, entre otras medidas, un bono social de acceso a Internet;
- b. impulsar la existencia de espacios de conexión de acceso público; y
- c. fomentar medidas educativas que promuevan la formación en competencias y habilidades digitales básicas a personas y colectivos en riesgo de exclusión digital y la capacidad de todas las personas para realizar un uso autónomo y responsable de Internet y de las tecnologías digitales.

A modo de complemento de ese Plan se establece que:

Se aprobará un Plan de Actuación dirigido a promover las acciones de formación, difusión y concienciación necesarias para lograr que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de las redes sociales y de los servicios de la sociedad de la información equivalentes de Internet con la finalidad de garantizar su adecuado desarrollo de la personalidad y de preservar su dignidad y derechos fundamentales.

En este punto resulta imprescindible evaluar cuánto se ha avanzado en el Plan de Acceso a Internet y su complementario Plan de Actuación.

Para el conjunto del territorio nacional, la cobertura poblacional asociada a cada plataforma tecnológica es:

ADLS ≥ 2 MBPS	ADSL ≥ 10 MBPS	VDSL	INALÁMBRICAS ≥ 30 MBPS	HFC	FTTH	3,5G (HSPA)	4G (LTE)
89%	71%	12%	30%	46%	85%	100%	99,9%

La cobertura agregada de todos los operadores y plataformas tecnológicas para las velocidades de ≥ 30 Mbps (Inalámbricas ≥ 30 Mbps, VDSL, HFC y FTTH) y ≥ 100 Mbps (HFC y FTTH), es la recogida en el siguiente cuadro:

≥ 30 MBPS	≥ 100 MBPS
95%	88%

Fuente: <https://avancedigital.mineco.gob.es/banda-ancha/cobertura/Paginas/informacion-cobertura.aspx>

Los poderes públicos tienen por delante la difícil labor de impulsar políticas que garanticen el pleno ejercicio y la efectividad de los derechos fundamentales de la ciudadanía en la realidad digital. Pero, mientras se acomete este reto, hay que abordar el reconocimiento de un sistema de garantía de los derechos digitales conforme al mandato impuesto por el mencionado apartado cuarto del artículo 18 de la Constitución Española.

El Título X reconoce, regula y garantiza un elenco de derechos digitales de los ciudadanos, predicables al entorno e Internet, conforme al mandato establecido en la Constitución, que a continuación se detallan:

Derecho a la neutralidad de Internet.	Derecho a la educación digital.
Derecho de acceso universal a Internet.	Protección de los menores en Internet.
Derecho de rectificación en Internet.	Derecho a la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales.
Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral.	Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral.
Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo.	Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral.
Derechos digitales en la negociación colectiva.	Protección de datos de los menores en Internet.
Derecho al olvido en búsquedas de Internet.	Derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes.
Derecho de portabilidad en servicios de redes sociales y servicios equivalentes.	Derecho al testamento digital.

Fuente: Elaboración propia

3.2 CARTA DE BARCELONA POR LOS DERECHOS DE LA CIUDADANÍA EN LA ERA DIGITAL

En el marco del II Digital Law World Congress, celebrado en el ICAB el pasado mes de febrero de 2021, se presentó la Carta de Barcelona por los Derechos de la Ciudadanía en la Era Digital. En su preámbulo se constata el difícil reto al que se enfrentan los actuales ordenamientos jurídicos a la hora de abordar soluciones a conflictos y controversias digitales, y la necesidad de una nueva generación de derechos de las personas, centrada en esta realidad digital, y que tenga al ser humano y sus derechos esenciales como referencia.

El inicio de la Carta de Derechos Digitales de Barcelona reza del siguiente modo: “La evolución de las tecnologías durante los últimos años ha tenido un impacto innegable en la sociedad actual y tiene un alcance global, dibujando un nuevo escenario en el que los ordenamientos jurídicos actuales pueden presentar respuestas insuficientes”²⁵⁵.

En lo que respecta a los derechos digitales, se propone el reconocimiento como derechos de las personas en la era digital los siguientes:

²⁵⁵ <http://digitalrightsbarcelona.org>

Derechos humanos y libertades vigentes.	Derecho a la identidad digital.
Derecho a la ciudadanía digital.	Derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad ante los desarrollos tecnológicos.
Derecho a la libertad e igualdad en el acceso al entorno digital.	Derecho a la seguridad ante los desarrollos tecnológicos.
Derecho a la intimidad y confidencialidad en el entorno digital.	Derecho al olvido y al recuerdo digital.
Derecho a la protección de los datos personales.	Derecho a la libertad de pensamiento, expresión e información en el entorno digital.
Derecho a la educación y formación profesional digital.	Derecho a la libertad de empresa y desarrollos tecnológicos.
Derecho a la propiedad intelectual y entornos tecnológicos.	Derecho a la igualdad y prohibición de discriminaciones ante el uso de las tecnologías.
Derecho a la protección de los menores, personas con diversidad funcional y otros colectivos vulnerables.	Derecho a la protección de las personas trabajadoras en entornos tecnológicos.
Derecho al desarrollo tecnológico sostenible.	Derecho a la protección de las personas consumidoras y usuarias en entornos digitales.
Derecho de asilo digital.	Derecho a la participación en los asuntos públicos.
Derecho a la tutela efectiva en los conflictos digitales.	

Fuente: Elaboración propia

3.3. CARTA DE DERECHOS DIGITALES

3.3.1. Naturaleza

El Gobierno de España puso por primera vez en marcha, en junio de 2020, el proceso de elaboración de una Carta de Derechos Digitales con el concurso de expertos²⁵⁶ y el objetivo de completar los derechos digitales todavía no recogidos en el Título X de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. La Carta

²⁵⁶ T. de la Quadra-Salcedo previamente había coordinado otro grupo de personas expertas y fruto de ello es el libro colectivo codirigido con José Luis Piñar Sociedad digital y Derecho, BOE, 2018.

de Derechos Digitales fue finalmente adoptada el 14 de julio de 2021 por el Gobierno.

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza de la Carta de Derechos Digitales pues por un lado se puede concluir que se trata de un instrumento normativo que identifica nuevos derechos y garantías, y por otro que nos encontramos ante una declaración política o código de buena conducta, que reproduce lo ya previsto en el ordenamiento, y sirve de guía para una futura acción normativa de los poderes del Estado. Ambas posiciones cuentan con sólidos argumentos que los respaldan, de ahí que resulte fundamental definir su naturaleza jurídica: ¿es una mera declaración política, que no pretende ir más allá de lo que ya prevé nuestro ordenamiento jurídico, o bien se trata de un instrumento de carácter normativo que identifica nuevos derechos, y sus garantías, en esta nueva situación?

Se apunta que la Carta de Derechos Digitales tiene una naturaleza descriptiva de los entornos digitales que podrían provocar conflictos entre los derechos tradicionales, carentes hasta el momento de una nueva ponderación. Asimismo, tiene una naturaleza prospectiva por anticipar futuros escenarios y desafíos digitales. Por último, es asertiva por el hecho de legitimar los derechos existentes en los entornos digitales futuros.

Más bien parece que la naturaleza de la Carta es pedagógica, que obedece a una finalidad de sensibilización más que de normatividad stricto sensu. De la Sierra subraya su carácter "parajurídico". En palabras de M^a Teresa Fernández de la Vega, Presidenta del Consejo de Estado, la Carta es un instrumento de soft law, de naturaleza programática, de ahí la importancia de que pueda convertirse en una futura Ley Orgánica, pues versa sobre derechos fundamentales. Una Ley Orgánica que sustituiría y completaría el Título X de la Ley Orgánica 3/2018. Como afirmaba: "El futuro es ya presente. Aquí la ciencia va por delante del derecho"²⁵⁷.

²⁵⁷ Mesa redonda: Reflexiones acerca de la Carta de Derechos Digitales, organizada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) en junio de 2021.

Como instrumento de soft law, actúa a modo de guía para una futura norma que mejore los derechos digitales, y dado su carácter prelegislativo puede contribuir al fomento activo de códigos de conducta por los poderes públicos y a iniciar un debate sobre nuevos derechos digitales no regulados hasta la fecha y la forma en que deberían modularse, amén de ser un criterio de interpretación de los difusos conceptos existentes en la legislación vigente. Romero Jiménez-Shaw añade una utilidad más de la Carta como “herramienta para acompañar y prestar mejores servicios jurídicos tanto a empresas tecno-digitales con el fin de garantizar los derechos en juego como a los potenciales afectados por los riesgos que estas generan”²⁵⁸.

Esta suerte de indefinición conceptual acarrea una cierta inseguridad jurídica pues la Carta parece reconocer nuevos derechos y reconfigurar otros ya recogidos en diversas normas nacionales, sin tener la deseable fuerza jurídica constitucionalmente prevista en forma de ley orgánica. De ahí que la propia Fernández de la Vega afirme que “sería importante que la carta de derechos digitales se convirtiera en ley orgánica, porque se refiere a derechos fundamentales”²⁵⁹. Es una invitación en toda regla al legislador a que contribuya a generar certidumbre y seguridad jurídica en un entorno digital que, como defiende Sarrión Esteve²⁶⁰, debe ser interpretado en sentido amplio, a la vista de las realidades y posibilidades (digitales) actuales. Y así se plasma en las "Consideraciones previas", una especie de Preámbulo de la Carta, donde se menciona "un entorno digital dinámico que se encuentra en constante evolución" en el que perfilar los derechos ya existentes.

¿Por qué no se ha aprovechado para aprobar una Ley Orgánica sobre la materia en lugar de publicar un texto que invita a hacerlo?

No hay que olvidar, empero, la deseable convivencia pacífica de la Carta de Derechos Digitales con el ordenamiento jurídico vigente, lo

²⁵⁸ Mesa redonda: Reflexiones acerca de la Carta de Derechos Digitales, organizada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) en junio de 2021.

²⁵⁹ Mesa redonda: Reflexiones acerca de la Carta de Derechos Digitales, organizada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) en junio de 2021.

²⁶⁰ Mesa redonda: Reflexiones acerca de la Carta de Derechos Digitales, organizada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) en junio de 2021.

que supone todo un avance ya realizado para el reconocimiento de los derechos digitales. De este modo se podrían destacar las siguientes leyes:

- a. Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen
- b. Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación
- c. Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico
- d. Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones
- e. Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual
- f. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales
- g. Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia

3.3.2. Objetivos

La Carta de Derechos Digitales tiene como objetivos fundamentales la adaptación y concreción de los derechos, y el establecimiento de las garantías para dotarlos de efectividad ante los retos que plantea el entorno digital actual. De igual manera se señalan otros objetivos complementarios:

- elaborar un documento de referencia para una futura norma que mejore los derechos digitales, dejando abierto el debate sobre la idoneidad y oportunidad de reformar la Constitución española de 1978.
- proteger, defender y ampliar los derechos de la ciudadanía en el entorno digital.
- perfilar los derechos fundamentales ya incorporados en la normativa vigente, en el entorno digital y no tanto crear nuevos derechos fundamentales.
- reconocer los novísimos retos de aplicación e interpretación que la adaptación de los derechos al entorno digital plantea,

así como sugerir principios y políticas referidas a ellos en el citado contexto.

- proponer un marco de referencia para la acción de los poderes públicos seguro y óptimo.
- dotar de mayor visibilidad a los derechos digitales y fomentar la cultura de la protección de los derechos fundamentales.

La propia Carta prevé la garantía de los derechos en los entornos digitales al reconocer el derecho de todas las personas “a la tutela administrativa y judicial de sus derechos en los entornos digitales de acuerdo con lo dispuesto en la legislación vigente”. Moisés Barrio Andrés (2021, p. 226) señala al respecto la pretensión de la Carta de preparar el terreno para implementar futuras reformas en aras de asegurar la efectividad de los derechos en tres órdenes diferentes de garantías:

- mecanismos de autorregulación regulable,
- garantías extrajurisdiccionales desde la vertiente administrativa
- tutela jurisdiccional como vía preferente de tutela a la luz del art. 24 CE y el art. 47 CDFUE.

3.3.3. Desarrollo

Está integrada por cinco documentos:

1. Cuestiones y reflexiones generales sobre los derechos fundamentales en la era actual,
2. La Carta en sentido estricto,
3. Cuestiones vinculadas a la ética y la transformación digital,
4. Un informe relativo a las políticas públicas vinculadas a los derechos en juego,
5. Propuestas de garantías generales y específicas.

La Carta está ordenada por rúbricas que encabezan los cinco grupos de derechos, con el principio de igualdad como vector transversal²⁶¹:

²⁶¹ https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf

- Derechos de libertad,
- Derechos de igualdad,
- Derechos de participación y de conformación del espacio público,
- Derechos del entorno laboral y empresarial,
- Derechos digitales en entornos específicos.

En cada uno de estos grupos se recoge una relación de derechos que suman un total de veinticinco.

Derechos y libertades en el entorno digital	Derecho a la identidad en el entorno digital
Derecho a la protección de datos	Derecho al pseudonimato
Derecho de la persona a no ser localizada y perfilada	Derecho a la ciberseguridad
Derecho a la herencia digital	Derecho a la igualdad y a la no discriminación en el entorno digital
Derecho de acceso a Internet	Protección de las personas menores de edad en el entorno digital
Accesibilidad universal en el entorno digital	Brechas de acceso al entorno digital
Derecho a la neutralidad de Internet	Libertad de expresión y libertad de información
Derecho a recibir libremente información veraz	Derecho a la participación ciudadana por medios digitales
Derecho a la educación digital	Derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones Públicas
Derechos en el ámbito laboral	Derecho de acceso a datos con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica, fines estadísticos, y fines de innovación y desarrollo
Derecho a un desarrollo tecnológico y un entorno digital sostenible	Derecho a la protección de la salud en el entorno digital
Libertad de creación y derecho de acceso a la cultura en el entorno digital	Derechos ante la inteligencia artificial
Derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías	

Fuente: Elaboración propia

Aunque actualmente los derechos fundamentales también se encuentran protegidos en el entorno digital, no están todos los que son ni son todos

los que están. La Carta trata aspectos que afectan a los derechos fundamentales en el entorno digital y otra serie de consideraciones que ya están recogidas en el Título X de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Por lo tanto, sería deseable un desarrollo normativo mucho más amplio que extienda no sólo los derechos ahí contenidos, sino también aquellos derechos nuevos no contemplados ni incorporados en nuestra normativa, como el derecho a la identidad y el derecho a la pseudonimización, así como mecanismos efectivos concretos que garanticen su cumplimiento.

Es responsabilidad del Parlamento y del Gobierno, como titulares constitucionales de la iniciativa legislativa (art. 81.1 CE) para promulgar nueva legislación para mejorar la protección de los derechos digitales en nuestro país.

3.4 ESPAÑA DIGITAL

El pasado mes de julio de 2020 el Ministerio de asuntos económicos y transformación digital presentó la Agenda España Digital 2025²⁶², que incluía cerca de 50 medidas, agrupadas en diez ejes estratégicos. En este período de 5 años se busca impulsar el proceso de transformación digital del país alineado con la estrategia digital de la Unión Europea, marcada por la Comisión Europea, mediante la colaboración público-privada y con la participación de todos los agentes económicos y sociales del país.

Entre los objetivos específicos que se marcan en materia de derechos en la era digital destacan los siguientes:

- Reforzar los derechos de la ciudadanía en el mundo digital: Desarrollar y reconocer nuevos derechos que respondan a los cambios producidos por el desarrollo tecnológico y proporcionen los recursos necesarios para desenvolverse en este ámbito. Estos nuevos derechos pueden ser interpretados como una simple extensión de derechos ya reconocidos en el mundo no

²⁶² https://portal.mineco.gob.es/ca-es/ministerio/estrategias/Pagines/00_Espana_Digital_2025.aspx

digital, pero esta traslación no es fácil de realizar ni interpretar desde un punto de vista jurídico.

- Reforzar la confianza ciudadana: Delimitar derechos y la seguridad de que se respetan los valores compartidos de la sociedad, y fomentar la usabilidad basada en elementos de uso cotidiano y seguro por parte de la ciudadanía, contribuirá al impulso de las tecnologías digitales.

3.5 DIGITAL FUTURE SOCIETY

“Digital Future Society” (DFS)²⁶³, iniciativa impulsada por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital del Gobierno de España y Mobile World Capital Barcelona, construye un futuro más justo e inclusivo en la era digital para mejorar el impacto de la tecnología en la sociedad. Trabaja en cuatro áreas clave: innovación pública; confianza y seguridad digital; crecimiento equitativo; e inclusión y empoderamiento ciudadano. Desarrolla su trabajo a través de un think tank, un Civil Lab, el empoderamiento ciudadano e impacto territorial, y la celebración de eventos de carácter internacional como la Cumbre Digital Future Society.

4. REFERENCIAS INTERNACIONALES

La transformación digital de nuestra sociedad es ya una realidad en nuestro desarrollo presente y futuro tanto a nivel social como económico. Las tecnologías digitales se están convirtiendo en un componente arraigado de nuestras democracias modernas. Hoy nos enfrentamos a un contexto el que, países de nuestro entorno, ya han aprobado normativa que refuerza los derechos digitales de la ciudadanía.

En Italia es conocida la Declaración de Derechos en Internet de la Cámara de Diputados Italiana de 26 de junio de 2015. El texto italiano se gestó en el seno del Parlamento, no el Gobierno, y fue el resultado

²⁶³ <https://digitalfuturesociety.com/es/>

asimismo de un proceso de consulta pública y de audiencias mantenidas con personas expertas.

El Parlamento Europeo debatió el 5 de diciembre de 2018 sobre una Carta de derechos fundamentales digitales presentada por una asociación alemana, etc. El Plan de Acción de la Unión Europea sobre Derechos Humanos y Democracia para 2020-2024 aborda el reto de las tecnologías, tanto existentes como emergentes, como dos de sus prioridades. La importancia de tratar el impacto de la tecnología en los derechos humanos, así como la propia definición del uso de estas tecnologías como derechos de las personas o comunidades enfatiza su complejidad, multidimensionalidad y necesidad de ir más allá de la tradicional relación causa-efecto para adentrarse en el mundo de las correlaciones no esperadas o no del todo transparentes –como bien intenta hacerse con la propia Inteligencia Artificial.

En Francia se partía del hecho de contar con un marco legal análogo para regular una realidad completamente distinta, la digital, lo que ponía en serio riesgo la protección de los derechos de los ciudadanos. Y es precisamente aquí donde el Presidente Macron, en 2018, promovió una iniciativa para modificar la Constitución y la Declaración de Derechos de aquel país. No tuvo éxito si bien antes ya se había pasado de la declaración programática de principios y derechos digitales a consagrar auténticas obligaciones y derechos, como se pone de manifiesto en la Loi n.º 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique²⁶⁴ donde se enumeran una amalgama de derechos digitales. De esta manera, se ha otorgado rango legal a estos derechos y a las obligaciones que derivan de los mismos.

Francia había dado un paso más (Rallo, 2020, p. 112) y certificaba no ya sólo la neutralidad en la red sino también un derecho de acceso universal. De igual modo reforzaba derechos tradicionales, como el de protección de datos o el secreto de las comunicaciones, y garantizaba nuevos como la muerte digital o el de portabilidad.

²⁶⁴<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033202746/#:~:text=A%20com-pter%20du%201er%20janvier,ne%20peut%20donner%20lieu%20au>

5. MECANISMOS DE REFORMA Y REVISIÓN TOTAL O PARCIAL DE LA CONSTITUCIÓN

La reforma permite adaptar la Constitución a la realidad política sin romper la continuidad formal del ordenamiento, y llenar vacíos normativos para así evitar que se paralice el proceso político. Además, se preserva la continuidad jurídica del Estado, al exigirse la observancia de procedimientos más complejos para reformar el texto constitucional que para modificar la legislación ordinaria, y se garantiza la supremacía de la Constitución.

El Título X establece dos procedimientos diversos de reforma, por razón de la materia objeto de ésta, que confirman la rigidez de nuestro constitucionalismo.

5.1 INICIATIVA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

El artículo 166 recoge los sujetos que tienen iniciativa de reforma constitucional: Gobierno, Congreso, Senado y Asambleas de las Comunidades Autónomas.

En la iniciativa gubernamental, el papel del Consejo de Estado, máximo órgano consultivo del Gobierno, cobra mayor protagonismo pues se introduce la obligatoriedad de consultarle en Pleno respecto de los anteproyectos de reforma constitucional cuando la propuesta no haya sido elaborada por el propio Consejo de Estado. Asimismo, se contempla la posibilidad de que las propuestas de reforma constitucional sean encomendadas, por el Gobierno al Consejo de Estado. El texto aprobado por el Pleno será remitido al Gobierno, junto con los votos particulares que, en su caso, se presenten.

Respecto a la iniciativa parlamentaria, las proposiciones de reforma constitucional podrán ser adoptadas, según los artículos 146 y 147 del Reglamento del Congreso²⁶⁵, cuando las suscriban dos grupos parlamentarios o una quinta parte de los diputados.

²⁶⁵ <https://www.congreso.es/normas/reglamento-del-congreso>

En lo que respecta a los requisitos formales, se aplican los artículos 109 y 124 del Reglamento del Congreso, por lo que los proyectos y las proposiciones de reforma constitucional deberán ir acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para poder pronunciarse sobre ellos; y contener tal denominación y la determinación expresa del o de los artículos que se modifican. La tramitación será la que corresponde a los proyectos y proposiciones de ley, lo que se está regulando es materia constitucional, evitando así la posibilidad de reformas constitucionales tácitas.

Las iniciativas del Congreso de los Diputados están contenidas en el artículo 126 del Reglamento del Congreso. Ejercitada la propuesta de iniciativa ante la Mesa del Congreso, ésta ordenará la publicación de la proposición y su remisión al Gobierno. Transcurridos treinta días sin que el Gobierno hubiera negado expresamente su conformidad, la proposición quedaría en condiciones de ser incluida en el orden del día del Pleno para su toma en consideración. El debate de totalidad en el Pleno versará sobre la oportunidad, los principios o el espíritu de la reforma propuesta, preguntando, acto seguido, el Presidente a la Cámara si toma o no en consideración la proposición. En caso afirmativo, la Mesa de la Cámara acordará su envío a la Comisión competente y la apertura del correspondiente plazo de presentación de enmiendas.

En cuanto al Senado, en el artículo 152 de su Reglamento²⁶⁶, se recoge que la propuesta de iniciativa la tienen cincuenta senadores que no pertenezcan a un mismo grupo parlamentario.

El Reglamento del Senado somete igualmente la propuesta de iniciativa al trámite de la toma en consideración, como recoge el artículo 153 del citado Reglamento. Para las proposiciones de ley se desarrollará conforme a una especialidad: los plazos, el número y duración de los turnos de palabra serán los que determine el Presidente, de acuerdo con la Mesa y oída la Junta de Portavoces.

²⁶⁶<https://www.senado.es/web/conocersenado/normas/reglamentoootrasnormassenado/index.html>

Presentada la proposición de reforma, el Presidente del Senado dispondrá su inmediata publicación oficial, abriéndose un plazo para presentar otras proposiciones que deberán versar sustancialmente sobre el mismo objeto o materia que la presentada en primer lugar.

Concluido el plazo, la proposición o proposiciones presentadas se incluirán en el orden del día de alguna de las siguientes sesiones plenarios, a efectos del trámite de toma en consideración. Cada proposición, en el caso de que existan varias, se debatirá según el orden de presentación y será defendida por alguno de sus proponentes. Se someterá a votación también según el mismo orden o bien en su conjunto o mediante agrupación de artículos. Aprobada una de ellas, se entenderá efectuada su toma en consideración y se remitirá al Congreso de los Diputados para su tramitación como tal proposición. No así si sólo se aprobase un grupo de artículos, caso en el que se complicaría el trámite algo más, como expresa el artículo 108.6 del citado Reglamento.

Por último, las Asambleas de las Comunidades Autónomas, y según el artículo 122 del Reglamento del Congreso de los Diputados, “sus proposiciones serán examinadas por la Mesa del Congreso para verificar el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos. Si los cumplen, su tramitación se ajustará a lo señalado para las proposiciones que tienen su iniciativa en el Congreso, pero en el debate en el Pleno, la defensa de la proposición corresponderá a una delegación de la Asamblea correspondiente, tal y como determina el artículo 87.2 de la Constitución”.

Paradójicamente, sólo cuatro Estatutos de Autonomía han recogido específicamente la iniciativa de reforma constitucional: La Rioja, artículo 19.1; Aragón, artículo 41 e); Castilla León, artículo 24.7; y Extremadura, artículo 16.2.

5.2 APROBACIÓN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

El procedimiento ordinario, previsto en el artículo 167, se aplica a la reforma de cualquier precepto que no se encuentre entre los previstos para el artículo 168 de la Constitución española.

En cuanto a sus requisitos procedimentales, la reforma deberá someterse a una votación final, siendo necesario el voto favorable de tres quintos de los miembros del Congreso y del Senado. En caso de desacuerdo, se crea una Comisión de composición paritaria de diputados y de senadores, que elabora un texto que se somete también a las Cámaras. donde debe obtener la mayoría de tres quintos. En caso de no alcanzar la aprobación mediante la votación anterior, si el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso puede aprobar la reforma por mayoría de dos tercios.

En el caso del Senado, presentada la proposición, debe ser sometida a trámite de toma en consideración siguiendo lo previsto en el artículo 108 del Reglamento del Senado. Si el Senado recibe ya directamente el proyecto de reforma constitucional presentado y aprobado previamente por el Congreso de los Diputados, el artículo 154 del Reglamento del Senado establece que la Mesa debe disponer a su inmediata publicación con plazo para presentación de enmiendas.

La aprobación, según el artículo 156 del Reglamento del Senado, requerirá de la obtención de una mayoría favorable de tres quintos de Senadores en una votación final sobre el conjunto.

La LO 2/1980²⁶⁷ dispone en su artículo 7 que para estos casos será condición previa la comunicación por las Cortes Generales al presidente del Gobierno del proyecto de reforma aprobado que deba ser ratificado por el pueblo. A la comunicación se acompañará la solicitud en 15 días desde la aprobación, de una décima parte de los miembros del Congreso o Senado, convocándose el referéndum dentro del plazo de 30 días para su celebración dentro de los 60 siguientes.

5.3 EL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN TOTAL O PARCIAL DE LA CONSTITUCIÓN

El artículo 168 establece un procedimiento especialmente agravado o extraordinario en supuestos de revisión total consistentes en la sustitución íntegra de su texto por otro de nueva planta, así como para

²⁶⁷ <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/2>

reformas parciales que afecten a los artículos 1 a 9 del Título Preliminar; 15 a 29 del Título I, **Capítulo 2º**, Sección 1ª, "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas"; y 56 a 65 del Título II, "De la Corona".

La importante rigidez del principio de reforma se refleja en las fases que exige para su culminación:

Para su aprobación de conjunto se requiere mayoría de dos tercios de cada Cámara. Si ésta se obtiene, la Presidenta del Congreso lo comunicará al del Gobierno para someter a la sanción del Rey el Real Decreto de disolución de las Cortes Generales.

Se celebran elecciones donde, de alguna manera, el electorado mostrará su posición respecto a la revisión constitucional en marcha. Las nuevas Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión tomada por las anteriores, para lo que no exige quórum especial ni ninguna mayoría calificada por el Congreso. Sin embargo, el Reglamento del Senado, en su artículo 159, establece que la nueva Cámara elegida deberá ratificar, por mayoría absoluta de sus miembros, la reforma propuesta.

Las Cámaras deberán tramitar el proyecto de reforma por el procedimiento legislativo ordinario, debiendo obtener en ambas el voto favorable de los dos tercios de los diputados y senadores respectivamente. Si hubiera desacuerdo entre las Cámaras sobre la reforma, se ha defendido la aplicación de la Comisión Mixta prevista en el artículo 167, como muestra de equiparación entre ambas Cámaras.

Tal y como refleja el apartado 3 del artículo 168 de la Constitución "aprobada la reforma por las Cortes, será sometida a referéndum para su ratificación". La consulta se producirá necesariamente por el procedimiento ordinario del artículo 167. El artículo 7 de la Ley Orgánica 2/1980 exige como primer requisito para su celebración la comunicación por las Cortes Generales al Presidente del Gobierno del proyecto de reforma aprobado que haya de ser objeto de ratificación popular. Recibida ésta, la convocatoria del referéndum se hará en un plazo máximo de 30 días y la celebración dentro de los 60 días siguientes. En cuanto a qué mayoría se necesita para considerar ratificada la reforma, se considera la mayoría de los votos afirmativos. En realidad, se

celebran dos consultas populares: una para elegir nuevas Cámaras y otra para ratificar directamente lo acordado por dichas Cámaras.

5.3 REFORMAS EFECTIVAS DE LA CONSTITUCIÓN

Las dos reformas operadas hasta este momento han tenido como origen la iniciativa parlamentaria:

En 1992, a resultas de la incorporación al Tratado de la Unión Europea, conocido como el Tratado de Maastricht, se encuentra el artículo G, C que propone una nueva redacción para el artículo 8 b, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que disponía: “todo ciudadano de la Unión europea que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida...” (actual artículo 22 de la versión consolidada del TUE y TFUE).

Sin embargo, el artículo 13 de la Constitución establecía que "solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales", y obviaba de este modo el derecho de sufragio pasivo.

Ante esta contradicción, el Gobierno acordó requerir del Tribunal Constitucional, por la vía prevista en el artículo 95.2 de la Constitución “el Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción”, su pronunciamiento vinculante sobre la existencia o no de la misma. El Tribunal Constitucional concluyó que el contenido del futuro artículo 8.B, apartado 1, era contrario al artículo 13.2 de la Constitución por atribuir derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales a los ciudadanos de la Unión Europea que no sean nacionales españoles.

La solución para adecuar dicha norma a la Constitución era hacer uso de su artículo 167. La reforma constitucional de 1992 se inició el 7 de julio con una Proposición de Reforma del artículo 13, apartado 2 de la Constitución. La proposición contenía, junto a la Exposición de

Motivos y una Disposición Final, un artículo único que recogiera el "y pasivo" en el citado artículo 13.2.

Su tramitación, admitida por la Mesa de la Cámara, por el procedimiento de urgencia y lectura única (BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 147-1, de 9 de julio de 1992). En el Senado se tramitó por el procedimiento ordinario, aprobándose el 30 de julio.

El 31 de julio la Presidencia del Congreso de los Diputados hizo pública la apertura del plazo de 15 días, que concluyó el 19 de agosto, sin solicitud alguna de referéndum. Sancionada por el Rey, fue publicada en el Boletín Oficial del Estado el 28 de agosto de 1992.

Años más tarde, en 2011, tuvo lugar la segunda reforma constitucional en el contexto de la crisis económica que estaba afectando a España y el resto de la Unión Europea, y así se reflejó en la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley presentada conjuntamente por los grupos parlamentarios socialista y popular en el Congreso, para reformar el artículo 135 de la Constitución. El objetivo era el de garantizar el principio de estabilidad presupuestaria vinculando a todas las Administraciones Públicas, reforzar el compromiso de España con la Unión Europea y garantizar la sostenibilidad económica.

Al igual que la reforma del año 1992, se solicitó su tramitación por el procedimiento de urgencia y su aprobación en lectura única.

La Presidencia de la Cámara admitió a trámite la Proposición y se sometió a la deliberación del Pleno a efectos de su toma en consideración. Así lo hizo el Pleno del Congreso cuando el 30 de agosto de 2011, acordó tomar en consideración esta Proposición, así como su tramitación directa y en lectura única.

A diferencia de la reforma de 1992, en el plazo acordado por la Mesa del Congreso para la presentación de enmiendas, se presentaron un total de 24 que se debatieron en el Pleno y fueron posteriormente rechazadas.

Se remitió el texto al Senado, tras su aprobación por el Congreso, y se abrió plazo de presentación de enmiendas, un total de 29. En la Comisión de Constitución se deliberaron y votaron para, finalmente, ser

rechazadas. Finalmente, el Pleno del Senado debatió el Dictamen sobre la Proposición de Reforma, el jueves 7 de septiembre de 2011.

En aplicación, de lo dispuesto en el artículo 167.3 de la Constitución, a partir de la fecha de aprobación de la Proposición de Reforma, se abrió plazo para que una décima parte de los miembros del Congreso o del Senado, solicitaran que la reforma aprobada fuera sometida a referéndum para su ratificación. Dado que no hubo solicitud alguna por ninguna de las cámaras, se publicó el texto definitivo de la Reforma del artículo 135 de la Constitución en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG).

Su Majestad el Rey sancionó y promulgó la Reforma del texto constitucional en septiembre de 2011, que posteriormente publicó el Boletín Oficial del Estado.

CONCLUSIONES

El deseo apuntado por muchos de reformar la Carta Magna y adecuarla así a la nueva realidad digital, obedece a la necesidad de diferenciar entre lo analógico y lo digital y el consiguiente tratamiento diferenciado de los Derechos y Libertades fundamentales de uno y otro ámbito.

El impulso dado desde la Unión Europea, pero también las experiencias en países vecinos como Francia e Italia pueden servir de hoja de ruta en este camino hacia una Constitución Española más “digitalizada”.

Sin embargo, la Constitución se ha dotado de una serie de mecanismos de protección que dificultan cualquier tipo de modificación, más si cabe cuando se cuenta con un Parlamento muy fragmentado que, dadas las mayorías requeridas, parece que no va a ser capaz de conseguir el consenso requerido.

Finalmente, y teniendo en consideración las recomendaciones de la Carta de Derechos Digitales, habría que ir más allá del Derecho Fundamental al entorno digital que vaya más allá del art. 18.4 CE, al tiempo que se fortalecen los mecanismos de garantía constitucional en relación con los derechos digitales.

BIBLIOGRAFÍA

- Barrio Andrés, M. (2021, 2 de septiembre) ¿Para qué sirve la carta de derechos digitales de España? Cinco días.
https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/09/01/legal/1630495751_128686.html
- Barrio Andrés, M. (2021). Formación y evolución de los derechos digitales. Ediciones jurídicas Olejnik.
- Barrio Andrés, M. (2021). Génesis y desarrollo de los derechos digitales. Revista de las Cortes Generales 110, 197-233
<https://doi.org/10.33426/rcg/2021/110/1572>
- de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T., José Luis Piñar Mañas J.L. (2018). Sociedad digital y Derecho. BOE.
- de la Sierra, S. (2020) Una introducción a la Carta de derechos digitales. Aula UCLM-Gabeiras “Sociedad digital, cultura y derechos fundamentales”
- Laporta, F. J. (2004) Las dos vías para la reforma de la Constitución. Claves de razón práctica 145, 14-23.
- Martín Romero, A.M. (2020) La brecha digital generacional, Temas Laborales, núm. 151, 77 – 93.
- Pérez Luño, A. E. (2012). Los derechos humanos en la sociedad tecnológica. Madrid: Universitas. Disponible en:
https://doi.org/10.5209/rev_ANDH.2011.v12.38107
- Pérez Royo, J. (1996-1999). La reforma parcial de la Constitución: artículo 167 en Comentarios a la Constitución española de 1978, dirigidos por Óscar Alzaga Villaamil. Cortes Generales. 457-481.
- Rallo Lombarte, A. (2017). De la «libertad informática» a la constitucionalización de nuevos derechos digitales (1978-2018). Revista de Derecho Político.
- Rallo Lombarte, A. (2020). Una nueva generación de derechos digitales. Revista de Estudios Políticos, 187, 101-135.

EL DERECHO AL VOTO EN MÉXICO: SUS EFECTOS COMO OBLIGACIÓN

MARIELA PATRICIA HIRALES LEY

ALBERTO GUERRERO REYES

PABLO LATORRE RODRIGUEZ

Universidad Autónoma de Baja California, México

INTRODUCCIÓN

México experimenta un problema de participación en los procesos electorales debido a la baja concurrencia en las elecciones, particularmente en Baja California ha sido sistemático el registrar los más altos niveles de abstencionismo de todo el país, lo que, si bien puede ser atribuible a cuestiones socioculturales, también es cierto que esto genera permanentes crisis de legitimidad en el ejercicio gubernamental de quienes son electos para ejercer la representatividad tanto en el poder legislativo como en el ejecutivo.

Es por dicha crisis de legitimidad que se estima apremiante la necesidad de contar con mecanismos regulatorios de la obligación del ejercicio al voto, que permitan una reducción significativa en la constante cifra porcentual de abstencionismo que se registra elección tras elección, sin hacer distinción de si estas son locales o federales.

Para lo anterior, resulta necesario el efectuar un estudio de la normatividad vigente para comprobar la validez de los componentes normativos que regulan la obligatoriedad de los ciudadanos de votar, dado que este no es solo un derecho, sino también una obligación establecida en el artículo 36 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El objetivo principal de esta investigación es encontrar las vías necesarias para combatir el abstencionismo desde la esfera normativa

mexicana nutriendo los mecanismos para que los ciudadanos ejerzan su obligación de votar, lo que consecuentemente se vería reflejado en mayores niveles de participación ciudadana.

Los objetivos secundarios de esta investigación son examinar cuales son los efectos que produce el abstencionismo en los procesos democráticos en México; explorar la normatividad en materia de obligaciones electorales de otros países; analizar las causas del abstencionismo electoral en México y, conocer los mecanismos jurídicos que se han implementado en otros países para combatirlo.

1. DERECHO Y OBLIGACIÓN AL VOTO EN MÉXICO

En la obra “El derecho humano al voto” del autor Juan José Franco Cuervo, menciona que el derecho es un conjunto de normas que son creadas de acuerdo con las necesidades de una sociedad determinada, por lo que está obligado a evolucionar al mismo paso que lo hacen las sociedades. Dentro de la clasificación que considera cuatro generaciones de derechos, el derecho al voto pertenece a la primera generación, toda vez que es una libertad clásica que permea en el resto de las generaciones; entendiendo que las premisas fundacionales de la revolución francesa, la igualdad y la libertad, conllevan en sí mismas la posibilidad de elegir y ser elegidos para gobernar.

Desde la promulgación de la Constitución de 1824, se instaura en México un modelo republicano, que si bien en el texto de la primera acta constitutiva de la nación no se menciona el término “democracia” de manera expresa, el mandato republicano estriba en la pertenencia del Estado al pueblo, depositando en él la soberanía nacional y haciendo la voluntad de este, la máxima que ha de imperar en sí, otorgándole la libertad de configurar el Estado a su mejor entendimiento.

En este entendido, si el pueblo tiene el poder de determinar el tipo de Estado y su forma de gobierno, salta a la razón que pueda elegir a quienes ocuparan las titularidades de los poderes propios del Estado.

Desde las primeras elecciones de agosto de 1824, los legisladores mexicanos han realizado diversas reformas constitucionales en la

búsqueda de una tutela adecuada del derecho al voto, con mención especial el reconocimiento del derecho al voto de las mujeres y la posterior lucha por la equidad de género.

Estas reformas que han realizado tras una lucha que culmina por aceptar que la voluntad del pueblo debe estar expresada en el ejercicio del poder público, lo que lo obliga a elevarse a la categoría de mandato constitucional. Esta voluntad del pueblo se manifiesta mediante el voto, que resulta ser un medio cierto, legítimo, legal y eficaz, siempre y cuando este sea secreto y se logre asegurando condiciones de libertad en su sufragio.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 35, se establece que es derecho de los ciudadanos mexicanos el votar en las elecciones populares. Este derecho se encuentra sustentado en la normatividad que garantizan su tutela a través del su órgano autónomo garante, el Instituto Nacional Electoral, que después de la reforma del año 2014, en él se concentra la organización de las elecciones federales y locales, apoyado para las últimas por los Organismos Públicos Locales Electorales.

Por otro lado, el artículo 36 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece como una obligación de los ciudadanos mexicanos el acudir a votar, sin embargo, pareciera que no existen mecanismos que hagan valer esta obligación constitucional, teniendo como resultado altos niveles de abstencionismo y por consecuencia, una muy baja legitimación de quienes ocupan el poder en los distintos órdenes de gobierno, lo que hace cuestionar el nivel de calidad de la democracia en México.

A lo largo de los años se han dado diversas justificaciones para no cumplir con la obligación de votar, como el que la aplicación de sanciones por no votar representa una violación de la libertad de los ciudadanos mexicano. También, se manifiesta que el obligar a la población a votar da como resultado un mayor número de votos inválidos y en blanco, lo anterior en comparación con algunos países que no tienen leyes de votación obligatoria. Sin embargo, estos argumentos parecen ser insuficientes, como veremos más adelante, en diversos países se

establecieron normas sancionadoras para todos aquellos ciudadanos que no participaran en los procesos electorales, lo que ha ocasionado que los niveles de abstencionismo sean mucho menores.

Es oportuno precisar que, si bien se establece en el artículo 38 de la Constitución que los derechos de los ciudadanos mexicanos se suspenderán por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en el artículo 36, no existe una normatividad reglamentaria atinente a dicho precepto constitucional. Por lo anterior, los ciudadanos pueden abstenerse de votar sin consecuencias administrativas ni legales.

2. ABSTENCIONISMO: VIOLACIÓN CONSTITUCIONAL

Durante el desarrollo de esta investigación, surgen dos preguntas importantes:

- ¿Qué efecto produce el abstencionismo en los procesos electorales y cómo afecta a la democracia en México?
- ¿Cuáles son las causas del abstencionismo electoral en México?

Armando Soto Flores en su artículo denominado “El voto obligatorio como sanción: una alternativa para lograr la democracia en México” aborda la problemática estableciendo que su origen surge de diversos factores, lo que ha tenido como consecuencia la baja participación de los ciudadanos en los comicios.

Se estima que el abstencionismo es un fenómeno multifactorial, el cual puede atribuirse a factores sociales, culturales, de orden público e inclusive económicos, por mencionar algunos; por lo que, al centrarse la presente investigación en elementos de orden jurídico, los diversos factores que producen el abstencionismo se verían combatidos por un ordenamiento legal.

Resulta necesario realizar un estudio de la normatividad vigente para comprobar la validez de los componentes normativos que regulan la obligatoriedad de los ciudadanos de votar, dado que este no es solo un

derecho, sino también una obligación establecida en el artículo 36 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En esa tesitura, en el artículo “Detractores de la democracia: panorámica de delitos electorales y abstencionismo en México” del Dr. Rubén Ibarra Reyes y la autora Elizabeth Amador Márquez, se realiza un análisis del abstencionismo como obstáculo de la cultura política y la vida democrática en México, teniendo como objetivo buscar soluciones tangibles a fin de fortalecer el sistema social.

El autor Joaquín Ordoñez en su obra “Una tesis iusnaturalista (y sancionadora) para erradicar la pasividad democrática y electoral en México” propone que dada la ausencia de una sanción al incumplimiento del mandato constitucional y con base en lo dispuesto por la corriente iusnaturalista, se debe establecer un medio coercitivo que sancione a los ciudadanos mexicanos que no cumplan con su obligación.

La simple justificación de lo mencionado anteriormente estriba en que es un mandato constitucional el acudir a votar y la desobediencia de este impacta a aquellos que si acudieron a votar y respetan el marco normativo, puesto que en un estado de derecho toda persona está sujeta a la obediencia de la ley.

Si no se resuelve esta problemática, se seguirá experimentando un detrimento constante y sistemático a la calidad de la democracia que se ha de traducir en una falta de legitimidad de quienes ocupan los cargos de representación en México.

En este punto se puede poner el ejemplo de la media de participación electoral en las últimas tres elecciones, la cual asciende al 30% tanto en los distritos electorales como a las alcaldías y gubernatura; por lo que en un escenario en el que un candidato o candidata haya obtenido el triunfo en un distrito electoral con el 40% del total de la votación válida emitida, implicaría que ha sido electo con tal solo el 12% del total de los inscritos en el padrón electoral de dicho distrito. Esto representa que un diputado o diputada ejerce su labor legislativa con una muy baja tasa de selección, por lo cual no se puede hablar de una verdadera representatividad en dicho distrito electoral.

El autor Enrique Bravo Escobar, en su artículo denominado “Mecanismos de participación ciudadana en perspectiva comparada” realiza un análisis de la importancia de la incorporación de mecanismos de participación ciudadana distintos a los que ya se contemplan en la legislación mexicana.

3. MECANISMOS SANCIONADORES

Es bien sabido que una de las fuentes del derecho, es el derecho comparado, por ello, es oportuno señalar que hay países en lo que se han dispuesto mecanismos de coerción para ejercer el voto, lo que ha generado mayores niveles de participación en las elecciones. Estos países han encontrado las sanciones como medios de incentivar la participación en los procesos democráticos, de los que destacan los siguientes:

- Grecia: existe una pena de cárcel por no cumplir con la obligación de votar en los procesos electorales.
- Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, Perú, Francia: consideran multas por no votar.
- Bélgica, Uruguay y Singapur: contemplan la privación de algún derecho por no votar, como el no poder acceder a ningún cargo público.
- México, Costa Rica, Tailandia y Panamá: cuentan con una ley de voto obligatorio, pero no contemplan ninguna sanción para las personas que no cumplen con esta.

4. CONCLUSIONES

- Los efectos que produce el abstencionismo en los procesos electorales son primordialmente la falta de legitimidad de los representantes y, por ende, una cuestionable calidad de la democracia.
- El abstencionismo afecta a la democracia en México porque no es verdaderamente el poder del pueblo el que se ve manifestado al ejercicio del poder de los representantes electos por una minoría.

- El marco normativo necesita elementos coercitivos que impliquen sanciones para aquellos que incumplan con el mandato constitucional de votar establecido en el artículo 36.
- Existen diversas causas que se atribuyen al abstencionismo electoral. En el caso particular de México las causas más comunes son culturales y sociales; así mismo, la falta de mecanismos sancionadores para aquellos ciudadanos que no cumplen con su obligación de participar en los procesos electorales ha sido uno de los mayores factores.
- Los mecanismos jurídicos que se han implementado en otros países para combatir el abstencionismo electoral han sido efectivos por las sanciones que se aplican a los ciudadanos, como multas administrativas.

5. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

Un agradecimiento a la Universidad Autónoma de Baja California por brindarnos los medios y posibilidades de participación en la permanente búsqueda de la excelencia educativa.

6. REFERENCIAS

- Bravo, E. (2014). Mecanismos de participación ciudadana en perspectiva comparada
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (2021). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Chávez, J. y Preisse, D. (2014). Mecanismos de participación ciudadana en el ámbito estatal mexicano
- Flores Soto, A. (2013). El voto obligatorio como sanción: una alternativa para lograr la democracia en México
- Ibarra, R. y Armador, E. (2016). Detractores de la democracia: panorámica de los delitos electorales y abstencionismo en México
- Rodríguez, J. (2016). El concepto de república y las tradiciones republicanas
- Ordoñez, J. (2019). Una tesis iusnaturalista (y sancionadora) para erradicar la pasividad democrática y electoral en México
- Palazuelos, I. (2020). El voto en México: Derecho y obligación a cara de las elecciones de 2021

EL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ EN LOS PROCESOS PENALES

VICTORIA CAROLINA MACHADO GONZÁLEZ
Universidad Autónoma de Baja California, México

MARÍA ERIKA CÁRDENAS BRISEÑO
Universidad Autónoma de Baja California, México

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se sustenta en el proyecto de investigación denominado “La protección del interés superior de la niñez en la declaración de niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos sexuales”, que se encuentra registrado para su desarrollo en el programa de Maestría en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho, campus Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California, México.

Esta investigación analiza el concepto de interés superior de la niñez, entendido como derecho, principio y norma de procedimiento, dirigido a asegurar el disfrute pleno de todos los derechos, en concordancia con la Convención de los Derechos del Niño, con el ordenamiento mexicano en el artículo 4º constitucional, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Ley de Víctimas, Código Nacional de Procedimientos Penales y Protocolo de Actuación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, entre otros, en los que se aplica para esta investigación lo referente a aquellos casos en los que el niño, niña y adolescente (NNA) ha sido víctima de un delito de índole sexual.

Los procesos penales implican ciertas actuaciones técnicas que son necesarias para garantizar principios fundamentales que permiten brindar certeza y seguridad jurídica, sin embargo, al realizar estas actuaciones pueden vulnerarse los derechos de NNA. Un ejemplo de esta situación es la revictimización de NNA al declarar reiteradamente sobre la

violación o abuso sexual cometido en su contra. Por esta razón, las autoridades que intervienen en estos procesos jurídico-penales deben de salvaguardar en todo momento la protección de interés superior de la niñez. Las actuaciones judiciales en las que intervienen este tipo de víctimas requieren de autoridades especializadas y capacitadas en la aplicación de normas y protocolos que garanticen su protección integral.

El objetivo del presente trabajo es reflexionar respecto a la interpretación, aplicación u omisión del interés superior de la niñez en aquellos casos en los que el niño, niña o adolescente comparece como víctima de un delito de índole sexual en el proceso penal. Se enfatiza en analizar los procedimientos para la declaración del NNA y su desahogo como prueba en audiencia.

De este modo, esta investigación incluye el análisis sobre como los efectos de la revictimización de NNA víctimas de violencia sexual deben ser mitigados mediante la correcta comprensión y aplicación de las normas, procedimientos y protocolos especializados en la materia. Ciertamente, es inadmisibles ignorar que el principio de interés superior de la niñez constituye un instrumento jurídico eficaz para la protección y garantía de los derechos de NNA víctimas de agresiones sexuales. Las autoridades responsables de atender el procedimiento judicial deben de contar con conocimientos profesionales especializados que garanticen la protección integral de NNA.

La metodología aplicada para este estudio consistió en el apoyo de la investigación mixta, con enfoque descriptivo, correlacional y explicativo, además del método deductivo. Asimismo, se utilizaron técnicas doctrinales. Con relación al examen normativo, se estudió legislación internacional, nacional y regional correspondiente al estado de Baja California, México. Finalmente, Se empleó un enfoque positivista, iusnaturalista y realista.

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

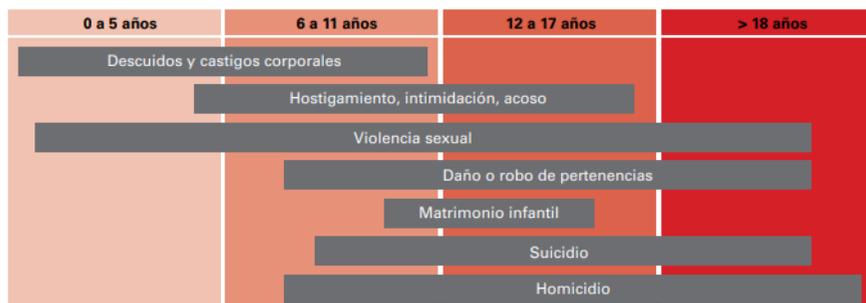
Actualmente, el interés superior de la niñez es un principio de observancia obligatoria para todos los ordenamientos jurídicos en el mundo. Sin embargo, la realidad es que la adaptación de este importante

principio en cada sistema jurídico no se ha cumplido totalmente, debido a que incorporarlo en todas las actuaciones que involucren NNA no es una tarea fácil. Además, el interés superior de la niñez puede considerarse como un compromiso y una visión relativamente nueva porque el proceso para reconocer los derechos de los NNA parte de una evolución de distintas perspectivas antiguas y contemporáneas.

Por lo anterior, y no obstante se reconoce el interés superior de la niñez como un principio obligatorio, existen espacios en donde pueden vulnerarse los derechos de NNA, y para este trabajo, se encuentra de manera particular la vulneración de este principio cuando se obtiene la declaración de NNA en un procedimiento penal como víctima de un delito sexual. Estos delitos son una problemática mundial, de acuerdo con la UNICEF, en “una revisión de 217 estudios constató que 1 de cada 8 NNA del mundo (el 12,7%) había sufrido abusos sexuales antes de cumplir los 18 años. UNICEF calcula que 1 de cada 20 niñas de entre 15 y 19 años (unos 13 millones) ha sido víctima de relaciones sexuales forzadas en el transcurso de su vida” (UNICEF, 2020). Esta alarmante cifra exige atender todo lo relacionado con los procesos jurídico-penales que involucran esta terrible situación.

Además, este estudio reconoce el alto índice de probabilidad de un menor de edad a ser víctima de este tipo de delitos. A continuación, se presente un cuadro del Panorama estadístico de la violencia contra niñas, niños y adolescentes en México, que resalta esta injusta realidad:

FIGURA 1.



Nota: Adaptación de Panorama estadístico de la violencia contra niñas, niños y adolescentes en México (p. 15), por UNICEF, 2019, UNICEF.

En este sentido, se observa para este estudio la vulneración del principio de interés superior de la niñez con relación a la obtención de la declaración de los NNA, debido a eliminar el peligro inminente de propiciar la revictimización por parte de las autoridades y agentes penales. No deben de ignorarse las consecuencias negativas de realizar actuaciones que perjudiquen a la víctima porque ella asiste al sistema judicial para solicitar protección y justicia, sin embargo, el mismo sistema afecta o daña a la víctima y reprime sus deseos de reparación, de amparo, de asistencia y de una justicia humanizada que comprenda su sufrimiento y evite escenarios que provoquen una constante revictimización (Sempere Faus, Silvia, 2020, p.881).

Cabe señalar la importancia y el compromiso internacional por parte de los estados para proteger de manera íntegra a NNA, que por su naturaleza requieren una atención especializada. Cuando “la víctima es un niño o niña y, sobre todo de delitos de carácter sexual o malos tratos, la victimización secundaria es mayor, y cobra más importancia reducirla o evitarla, tanto por la mayor vulnerabilidad del menor de edad, como por la mayor atención que merecen los niños por parte de las instituciones (...)” (Sempere Faus, Silvia, 2020, p.881). Es por esa razón que el presente objeto de estudio tiene una doble problemática que debe ser estudiada y atendida para proteger a NNA, y asegurar que se aplique correctamente el interés superior de la niñez en todos los procedimientos jurídicos.

1.2. MARCO TEÓRICO

El presente estudio se ubica en el marco del positivismo jurídico, toda vez que el estudio se centra en el análisis de un principio estipulado en tratados internacionales y ordenamientos jurídicos pertenecientes a los distintos estados, y particularmente, en el ordenamiento mexicano. A su vez, se apoya del naturalismo jurídico porque se parte del derecho natural de NNA a ser protegidos, así como con relación a la necesidad de implementar las actuaciones necesarias en favor del interés superior de la niñez. Se parte también de la teoría de protección integral y del garantismo victimal en los que se examina el alcance y aplicación de estas ideas en nuestro sistema penal.

El examen doctrinal realizado se enfoca en el interés superior de la niñez y los derechos de NNA en general, que se sustenta en un desarrollo muy importante como los trabajos realizados por Mónica González Contró, Loretta Ortiz Ahlf, Mary Beloff, por mencionar algunos. Asimismo, se estudia la victimología en asuntos relacionados con NNA, en donde se estudian aportaciones de autores como María Fernanda Sánchez Díaz, Regina Samperio Rodríguez y María Teresa Ambrosio Morales. Respecto al desarrollo normativo de los derechos de NNA, se distingue la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes. Se revisará también la normatividad relacionada con el Derecho Penal, que incluye el Código Nacional de Procedimientos Penales, el Código Penal para el Estado de Baja California y la Ley General de Víctimas.

2. OBJETIVOS

2.1. OBJETIVO GENERAL

El objetivo general del presente trabajo de investigación consiste en lo siguiente:

- Reflexionar respecto a la interpretación, aplicación u omisión del interés superior de la niñez en aquellos casos en los que el niño, niña o adolescente comparece como víctima de un delito de índole sexual en el proceso penal.

De este modo, se enfatizó en analizar de manera particular los procedimientos para la declaración de NNA y su desahogo como prueba en audiencia.

2.2. OBJETIVOS SECUNDARIOS

- Examinar la doctrina sobre el interés superior de la niñez con relación a la declaración de NNA víctimas de delitos sexuales.

- Examinar la legislación local, nacional, regional y universal respecto al interés superior de la niñez sobre la declaración de NNA víctimas de delitos sexuales.
- Distinguir que principios y derechos son vulnerados al obtener la declaración de NNA víctimas de delitos sexuales.

En relación con el primer objetivo, se realizó un amplio análisis sobre los trabajos de distinguidos expertos en materia de derechos de NNA, quienes aportaron con sus investigaciones la orientación para este trabajo. Asimismo, se presentan las principales teorías, como la implementación de la protección integral de NNA en todos los estados.

Respecto al segundo objetivo, se desarrolló un examen normativo de los ordenamientos universales, y respecto al estado mexicano, su legislación regional, nacional y local, con la finalidad de distinguir las principales directrices y obligaciones de las autoridades para salvaguardar el interés superior de la niñez, particularmente, su protección en las actuaciones procesales penales sobre delitos sexuales cometidos en su contra.

Por último, se exponen los principios y derechos transgredidos por las autoridades y agentes intervinientes en la obtención de la declaración de NNA víctimas de delitos sexuales. Este objetivo destaca su aportación a la hipótesis del presente trabajo de investigación, en razón de exponer las deficiencias y carencias de los sistemas penales al desarrollar este tipo de actuaciones con NNA.

3. METODOLOGÍA

La metodología empleada para este trabajo de investigación tiene un enfoque mixto, y radica en el apoyo de la investigación de alcance descriptivo y el método deductivo. De este modo, se aplicó la técnica doctrinal, donde se analizaron las principales obras y teorías de la materia jurídico-penal y de derechos de NNA. Respecto al examen normativo, se examinó la legislación internacional, nacional y regional correspondiente al estado de Baja California, México de manera particular.

En relación al estudio descriptivo, se busca especificar las características del interés superior de la niñez desde un ámbito doctrinal y normativo, así como especificar de manera general el procedimiento de las autoridades al recabar la declaración de NNA víctimas de delitos sexuales mediante la recopilación de directrices doctrinales y normativas sobre la materia.

Es necesario incluir el estudio correlacional derivado de la evaluación sobre la relación entre el procedimiento de obtención de la declaración de menores víctimas de delitos sexuales y la afectación al interés superior de la niñez. De este modo, se concluye con un enfoque explicativo que expone uno de los fenómenos sociales principales que derivan de esta afectación, consistente en la revictimización de NNA víctimas de estos delitos.

Cabe agregar que se solicitó información en la Fiscalía local, es decir, se solicitó información a la Plataforma Nacional de Transparencia mexicana sobre la Fiscalía General del Estado de Baja California, con la finalidad de incorporar la realidad fáctica que deriva de una mala actuación en sobre el presente asunto.

4. RESULTADOS

Resulta necesario el análisis de actuaciones judiciales que puedan vulnerar los derechos de NNA en relación a su interés superior, particularmente porque la realidad estadística de agresiones cometidos en su contra, en este caso de índole sexual, pone en duda la eficacia de los instrumentos internacionales y nacionales que están comprometidos con atender el interés superior de la niñez. En 2016, el Sistema de Justicia Penal mexicano expuso que el 50% de los delitos cometidos contra NNA están relacionados con actos que atentan contra su integridad física, como lo son el delito de abuso sexual y el delito de violación (UNICEF, 2019, p.46).

Ciertamente, existe un amplio catálogo de normas y directrices que deben seguirse para actuar conforme al interés superior de la niñez en el procedimiento penal. Debe haber una evaluación completa y eficaz para cada caso que involucre NNA. Se desprende de esta investigación una

lista de elementos que ha de tenerse en cuenta para la evaluación del interés superior del niño que ofrece la Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño:

1. La edad y madurez del niño.
2. La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación.
3. El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.
4. La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del niño, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.
5. La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.
6. La opinión del niño.
7. La identidad del niño.
8. La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones personales.
9. El cuidado, protección y seguridad del niño.
10. El derecho del niño a la salud.
11. El derecho del niño a la educación.
12. Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los niños. (Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño, 2017, p.9).

En este sentido, las actuaciones de autoridades y agentes que involucren NNA deben de realizarse con atención especializada, y preponderar sus derechos sobre cualquier otra actuación. De este modo, cualquier NNA debe sentirse seguro en las instalaciones judiciales. Los espacios deben de estar capacitados para crear un ambiente de confianza, y no exponer a estos sujetos en etapa vulnerable a escenarios sobrecogedores e inquietantes que los perturben.

Efectivamente, cada estado debe de estipular, de acuerdo con el interés superior de la niñez y especialmente en el ámbito penal, la prohibición total de medidas que vulneren los derechos de NNA a su libertad e

integridad. Este principio debe orientar a los estados a evaluar su marco normativo y las actuaciones en su sistema legal, y así, subsanar las lagunas que generen una afectación directa o indirecta (Cillero Bruñol, Miguel, 1999, p.58). Asimismo, debe de incluirse en esta obligación el análisis de cualquier norma o actuación vigente que permite una agresión directa o indirecta.

Ahora bien, referente a la información solicitada a la Plataforma Nacional de Transparencia, se solicitó información sobre el número de quejas remitidas en contra de Agentes del Ministerio Público de Mexicali, Baja California durante el periodo 2011-2021 respecto a casos que involucren NNA víctimas de delitos sexuales. Se justifica este periodo en el inicio de la incorporación del interés superior de la niñez, y finaliza con el último año en que se realiza el presente trabajo. Sin embargo, la respuesta de la Fiscalía informó que no se cuenta con quejas en estos casos.

Naturalmente, puede creerse que, si no existe queja, no hay inconformidad, pero sería una falsa afirmación. Esta solicitud demostró que NNA que han sufrido una revictimización al ser parte del proceso penal por los delitos de la presente materia, no son subsanados por estos malos tratos que ejecutan los agentes o autoridades culposamente. Evidentemente, no es la intención de estos causar un daño a la víctima, el problema radica en la falta de preparación, compromiso e infraestructura para desarrollar una buena *praxis* en materia de NNA.

Consecuentemente, es necesario que las autoridades tengan una visión que parte de la realidad actual. Como menciona José Luis Vargas Ramírez, el ciudadano no busca solo que “la justicia sea pronta y expedita, sino que también desea que sea justa. Traduciéndose esto en dar respuesta a la petición de reparación de lo que se le está afectando, en el caso de la materia penal, (...) a su libertad sexual, a su honor, en fin, a sus bienes más preciados” (Vargas Ramírez, 2016).

5. DISCUSIÓN

5.1. EL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ EN EL PROCESO PENAL

El interés superior de la niñez consiste en “buscar la mayor satisfacción de todas las necesidades de niñas, niños y adolescentes. Su aplicación exige adoptar un enfoque basado en derechos que permita garantizar el respeto y la protección a su dignidad e integridad física, psicológica, moral y espiritual” (Cartilla sobre el interés superior de la niñez, p.4). Este compromiso se encuentra sustentado en la Convención sobre los derechos del niño, particularmente, en el tercer precepto, y mandata que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (Convención sobre los derechos del niño, 1989).

Asimismo, el ordenamiento mexicano incorporó a rango constitucional este importante principio en 2011, y estipula en su artículo 4º que “En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917). Se observa entonces que la norma fundamental obliga a velar y cumplir con este principio en todas las decisiones y actuaciones, incluyendo entonces en las actuaciones penales donde se deba proteger y garantizar justicia a NNA.

Ahora bien, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos integra observaciones y mandatos que deben seguirse respecto al proceso penal. En el artículo 20 se estipula que “el proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917). Estos principios son

fundamentales para el sistema, sin embargo, existe otro principio que exige atención en todas las ramas del derecho y que no puede ser ignorado en el procedimiento penal, es decir, el interés superior de la niñez como se mencionó anteriormente.

Se entiende que la obligación para el estado y sus agentes es clara y precisa, por esta razón, el Código Nacional de Procedimientos Penales de México contempla los escenarios que involucren NNA para garantizarles protección y seguridad. Un ejemplo de esta especial atención se encuentra en el art. 64 referente a las excepciones al principio de publicidad, y sostiene que “El debate será público, pero el Órgano jurisdiccional podrá resolver excepcionalmente, aun de oficio, que se desarrolle total o parcialmente a puerta cerrada, cuando: (...) V. Se afecte el Interés Superior del Niño y de la Niña en términos de lo establecido por los Tratados y las leyes en la materia (...)” (Código Nacional de Procedimientos Penales, 2014). Explícitamente, el código reconoce que, frente al principio de publicidad, el interés superior de la niñez puede ser una causa de excepción. Es necesario analizar esta situación, toda vez que la misma Constitución establece ambos principios, sin embargo, el interés superior de la niñez tiene un valor tan importante que puede exceptuar el cumplimiento del principio de publicidad.

Cabe mencionar que este principio se contempla también en los derechos de la víctima u ofendido. El código sostiene que “En el caso de que las víctimas sean personas menores de dieciocho años, el Órgano jurisdiccional o el Ministerio Público tendrán en cuenta los principios del interés superior de los niños o adolescentes, la prevalencia de sus derechos, su protección integral y los derechos consagrados en la Constitución, en los Tratados, así como los previstos en el presente Código” (Código Nacional de Procedimientos Penales, 2014). Nuevamente se distingue la necesidad de aplicar por parte de las autoridades y agentes penales este principio.

Entonces, se entiende la importancia proteger a los NNA como una obligación primordial en el proceso penal. Ahora bien, ¿qué sucede en los casos donde NNA son víctimas de algún delito? Ellos tienen derecho a participar en el proceso en consideración de su edad, madurez y desarrollo personal, y debe de observarse la determinación efectiva de

su interés superior y “resolver cuatro cuestiones: a) determinar si procede que participen, b) decidir en qué momento procede que participen, c) delimitar cuántas veces procede que participen y d) especificar de qué manera procede que participen” (Subijana, Ignacio José; Echeburúa, Enrique, 2018, p.23). No basta con mencionar la necesidad de respetar este principio, sino que debe estudiarse de qué manera puede participar el NNA sin que se sitúe en una situación de vulnerabilidad y agresión.

Asimismo, existen escenarios que son comúnmente ignorados por parte de las autoridades, y es necesario acatar la responsabilidad de exigir al estado un trato digno a NNA que son parte de los procesos penales, sobre todo, cuando son víctimas de un delito. Bujosa Vadell sostiene que “se trata de examinar, de manera integrada y coordinada, los modos de mejorar la legislación y las medidas prácticas de apoyo a la protección de las víctimas, mejorando asimismo la aplicación de los instrumentos existentes” (Bujosa Vadell, Lorenzo M., 2016, p.565). El proceso penal debe garantizar justicia, no agravar el daño sufrido hacia la víctima, sobre todo cuando se encuentra en una etapa de alta vulnerabilidad por razón de su edad.

5.2 LA DECLARACIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES

La declaración de niñas, niños y adolescentes en calidad de víctimas de delitos sexuales requiere un procedimiento especializado. Se trata de realizar el procedimiento acorde al desarrollo físico, mental y espiritual del NNA y de acuerdo a sus caracteres. Un instrumento que auxilia en esta importante tarea es el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes, donde se estipula que “la toma del testimonio requiere de un grado de especialización que permita primero identificar los instrumentos cognitivos y emocionales con que cuenta un niño, y con base en ellos adecuar la toma de la declaración de tal forma de no solicitarle acciones que no tiene posibilidades de ejecutar o comprender, sino aquellas que son adecuadas conforme a su nivel de desarrollo” (Protocolo de actuación para

quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes, 2014).

Es por este motivo, que en el ejercicio del derecho debe de existir el auxilio de profesionales y expertos de otras áreas como la salud y psicología, que brinden la asistencia idónea en los procedimientos que involucren NNA. De acuerdo con Paola Rocío Bustos Benítez y Olga Lucía Valencia Casallas, “es necesario que se tenga en cuenta el derecho del menor a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las actuaciones judiciales, y la necesidad de que en las audiencias se tenga en cuenta su desarrollo evolutivo. Esto se logra con la asistencia de profesionales cualificados y expertos que preserven su intimidad y utilicen un lenguaje que le sea comprensible” (Bustos Benítez, Paola Rocío y Valencia Casallas, Olga Lucía, 2019, p.16). Es por esta razón, que no basta el auxilio legal, se necesita personal especializado en NNA y las medidas especiales que se ajusten a sus caracteres y desarrollo.

Así, para la participación de NNA en el proceso debe de tomarse en consideración su edad, madurez y evolución personal para aplicar de manera efectiva su interés superior. De esta manera, se podrá resolver las siguientes cuestiones: determinar si procede su participación, decidir en qué momento procede esta participación, delimitar el número de veces que procede su participación, y por último, especificar de qué manera procede su participación (Subijana, Ignacio José y Echeburúa, Enrique, 2018, p.23).

Cabe distinguir también, que se trata de delitos que dejan un daño posiblemente permanente en sus víctimas. Los delitos sexuales no se reparan a corto plazo, la víctima debe canalizarse con profesionales que la ayuden a trabajar en su recuperación, y los procedimientos penales no deben de estorbar en su esta recuperación. Al contrario, la reparación del daño es un derecho constitucional de la víctima y una obligación de orden público para el estado.

El abuso en contra de NNA es una conducta antisocial que se asemeja a una pandemia amenazante. Esta conducta es violenta a la intimidad, la libertad y la dignidad humana, donde el victimario se aprovecha de

la vulnerabilidad de su víctima, en este caso, toma ventaja de la resistencia reducida por falta de fuerza física o capacidad para entender la acción, la desorganización del grupo, entre otros (Cornaglia, Carlos Alberto, 2019, p.109).

Partiendo de esta realidad, el proceso penal debe adaptarse a estas dos situaciones: el desarrollo del NNA como sujetos que requieren atención especializada y la situación física y psicológica que se deriva de una agresión sexual en su contra. Es por esta razón que el proceso penal debe sujetarse a la posición de los NNA e incorporar las medidas necesarias para brindarle la atención especial que requiere.

En este sentido, las autoridades y agentes que intervienen en el procedimiento deben considerar que los NNA se expresan de distintas maneras además de la comunicación oral, por ejemplo, se expresan con actitudes, gestos y conductas. Sus procesos mentales para comunicar están en desarrollo y madurez, por este motivo puede dificultarles la posibilidad de detallar y expresar una situación (Samperio Rodríguez, Regina E., 2017, pp.99 y 100). Por consiguiente, al obtener su declaración, debe de intervenir un psicólogo infantil que conozca las técnicas requeridas para realizar este acto.

De esta manera, las entrevistas deben realizarse a través de guías y protocolos adecuados para cada caso en particular, para cumplir con los requisitos de ley y asegurar los criterios éticos, teóricos y técnico científicos, que estén actualizados para reducir posibles errores. Un aspecto primordial es la interacción y el trabajo interdisciplinario. Respecto a los delitos de carácter sexual, existe una amplia variedad de situaciones que exigen la evaluación de aspectos y estrategias particulares (García López, Eic, 2019, pp.188 y 189).

5.3 LA REVICTIMIZACIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN DELITOS SEXUALES

La revictimización, también llamada victimización secundaria, se efectúa cuando la víctima tiene que pasar en repetidas situaciones ante los organismos judiciales para testificar reiteradamente, perjudicándose psicológica y emocionalmente. Se produce también en distintos

momentos, por ejemplo, durante la denuncia, la declaración, la atención en su salud, el juicio, entre otros. Consiste en la suma de otros efectos provocados por las experiencias que vive el sujeto, en este caso el NNA, desde que inicia el proceso legal (Méndez Guzmán, María Ximena, 2017, pp.44 y 45).

De este modo, existen distintas causas que generan esta victimización secundaria. A continuación, se mencionan algunos ejemplos de los autores Castañer y Griesbach:

- Los niños son sometidos a un proceso que dura varios meses, y sus participaciones son sesiones largas durante las cuales con frecuencia no se permiten descansos.
- Las jornadas suelen implicar largas esperas y tiempos muertos entre diligencias.
- Deben dar su testimonio varias veces en diversas instancias del proceso.
- Quienes toman el testimonio de un niño en el Ministerio Público por lo general no poseen entrenamiento ni especialización en el trato a niños. No se contemplan directrices específicas para niños víctimas (contención, metodología, formulación de preguntas, etc.).
- La infraestructura y los espacios en los que se desarrollará la participación del niño por lo general son inapropiados e intimidantes.
- Muchas de las diligencias son formuladas y exigidas como trámite, sin adecuar el proceso a las necesidades de un niño para hacerlo eficiente y expedito.
- En muchos casos, el niño puede ser citado a declarar al mismo tiempo que su agresor.
- El niño no recibe información en el ministerio público sobre el proceso ni sobre sus derechos (Méndez Guzmán, María Ximena, 2017, p. 45).

Por consiguiente, se trata de evitar el nivel de estrés, el daño psicológico y emocional del menor de edad, quien es sometido a recordar los hechos dolorosos, recordar al agresor, revivir el miedo, entre otras consecuencias. Por este motivo, se debe de configurar un sistema de protección para la víctima menor de edad que considere el interés superior de la niñez, cuyas resoluciones judiciales aseguren los derechos

fundamentales de los NNA, quienes no pueden actuar de manera independiente para reclamar sus derechos (Sempere Faus, Silvia, 2020, pp.882 y 883). Algunas de las medidas para prevenir la revictimización consisten en “la obtención de la declaración de la víctima sin demora tras la denuncia, la reducción del número de declaraciones y reconocimientos médicos al mínimo necesario, así como garantizar a la víctima su derecho a hacerse acompañar, no ya solo del representante procesal, sino de otra persona de su elección, salvo resolución motivada” (Sempere Faus, Silvia, 2020, p.884).

Cabe agregar que es importante distinguir y atender estas consideraciones porque la víctima suele estar desplazada en el proceso penal. En mayor medida, el sujeto principal del proceso penal es el imputado, quien goza de mayores derechos para defenderse del poder del estado, como, por ejemplo, la presunción de inocencia (Benavídez, Jorge, 2020, p.11).

Se desprende que, para evitar la revictimización se deben de aplicar las técnicas y medidas necesarias, como la asistencia del perito en psicología. El psicólogo infantil debe de ilustrar a los abogados y resolver sus dudas sobre el análisis psicológico, evitar la victimización secundaria con los procedimientos y sobre todo, brindar la atención correcta a las víctimas del delito al realizar una denuncia (García López, Eric, 2019, p.144).

La no revictimización está relacionada con otros derechos plasmados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, particularmente, en el Art. 5°. Sobre el derecho a la Integridad Personal: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (...)” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1981). Con relación a los casos de violencia sexual, la investigación debe evitar en lo posible la revictimización de la experiencia traumática que se genera cada vez que la víctima deba recordar o declarar sobre los hechos ocurridos. Es irracional exigir que las víctimas de agresiones sexuales deban reiterar en sus declaraciones los maltratos que sufrieron (Arizaga Tobar, Diego Fernando y Ochoa Rodríguez, Fernando Esteban, 2021, p.405).

6. CONCLUSIONES

1. El interés superior de la niñez es un principio universal, y ninguna actuación o norma jurídica puede transgredirlo. Las autoridades y agentes tienen la obligación de acatarlo íntegramente y evitar cualquier mala praxis que vulnere los derechos de NNA.
2. Se debe considerar que las fases trascendentales en el desarrollo de NNA deben protegerse de manera especializada y acorde a su edad física y mental. La mala actuación o ejecución en el procedimiento respecto a diligencias sobre delitos de esta naturaleza puede generar una gran afectación, que tiene mayor trascendencia en comparación a víctimas adultas.
3. La revictimización es una consecuencia de las reiteradas declaraciones sobre delitos sexuales en contra de NNA víctimas de delitos sexuales. Revivir el momento en lugar de respetar el proceso psicológico que asiste al menor obstaculiza cualquier avance o fase.
4. Es necesario que exista una visión de protección integral por parte de todas las personas, para que los encargados de administrar o intervenir en el derecho se aseguren de aplicar el interés superior de la niñez, y para que cualquier persona conozca la importancia de proteger a NNA. En este sentido, padres, tutores, por mencionar algunos, puedan detectar actuaciones en el derecho penal que transgredan este principio y solicitar lo conducente para proteger a los menores.

7. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

Es un placer participar en el presente Congreso Internacional Nodos del Conocimiento 2021, por lo tanto, agradecemos la oportunidad brindada por los distinguidos académicos y técnicos que propiciaron este encuentro virtual de carácter multidisciplinar. Asimismo, agradecemos a nuestra casa de estudios, la Universidad Autónoma de Baja California por impulsarnos a participar en estos distinguidos eventos y a desarrollar nuestro trabajo investigativo.

8. REFERENCIAS

- Arizaga Tobar, D. F. y Ochoa Rodríguez, F. E. (2021). *El derecho a la no revictimización en el delito de violación*. FIPCAEC Edición 25. Vol. 6, No 3 Abril-Junio 2021, pp. 393-415.
- Benavídez, J. (2020). *La revictimización del niño, niña y adolescente víctima de un delito. Ideas para un mejor abordaje interdisciplinario desde el derecho y la psicología*. XII Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología. XXVII Jornadas de Investigación. XVI Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. II Encuentro de Investigación de Terapia Ocupacional. II Encuentro de Musicoterapia. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.
- Bujosa Vadell, L. M. (2016). *La declaración testifical del menor en el proceso penal de adultos y las nuevas tecnologías como instrumentos de protección* en Nuevos paradigmas del derecho procesal. UNAM-III, México.
- Bustos Benítez, P. R. y Valencia Casallas, O. L. (2019). *Interrogatorios y contrainterrogatorios en niños(as) testigos víctimas de delitos sexuales*. Revista Suma Psicológica 26(1) (2019), 9-18. Fundación Universitaria Konrad Lorenz, Bogotá, Colombia.
- Cornaglia, C. A. (2019). *Abuso sexual en niños, niñas y adolescentes*. 2da edición. Ed. Córdoba. Argentina.
- Cillero Bruñol, M. (1999): “El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los Derechos del Niño”, Justicia y Derechos del Niño, N° 1: pp. 48-62.
- García López, E. (2019). *Psicopatología de la violencia: repercusiones forenses*. Ed. El Manual Moderno S.A. de C.V., México.
- Méndez Guzmán, M. X. (2017). *Victimización secundaria en niños, niñas y adolescentes sujetos de atención del centro de defensa jurídico infanto juvenil (CEDEIJ) de concepción*. REVISTA ELECTRÓNICA DE TRABAJO SOCIAL. Edición N° 15 – 2017 Departamento de Trabajo Social Universidad de Concepción, Chile.
- Samperio Rodríguez, R. E. (2017). *Victimología. Apuntes desde la práctica*. Ed. Flores, México.
- Sempere Faus, S. (2020). *La protección de la víctima menor de edad y la victimización secundaria*. Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 874-897.

- Subijana, I. J. y Echeburúa, E. (2018). *Los Menores Víctimas de Abuso Sexual en el Proceso Judicial: el Control de la Victimización Secundaria y las Garantías Jurídicas de los Acusados*. Anuario de Psicología Jurídica, vol. 28, núm. 1, 2018, Enero-Diciembre, pp. 22-27 Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid.
- UNICEF (2019). Panorama estadístico de la violencia contra niñas, niños y adolescentes en México. Ed. UNICEF. México.
- UNICEF (2020). <https://www.unicef.org/media/102211/file/CSAE-SUMMARY-WEB-ES.pdf>
- Vargas Ramírez, J. L. (2016). Herramientas del sistema de justicia penal para la protección de los derechos humanos: la Cámara de Gessell. *Revista Hechos y Derechos*, 32.

REFERENCIAS NORMATIVAS

- Cartilla sobre el interés superior de la niñez.
- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención sobre los derechos del niño.
- Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño.
- Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes.

DESTRUCCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL -RELIGIOSO Y VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS

IRENE MARÍA BRIONES MARTÍNEZ
Universidad Complutense de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

Con fecha de 21 de enero de 2021, la Asamblea Plenaria de las Naciones Unidas hace un llamamiento a realizar mayores esfuerzos en promover una cultura de tolerancia, y de paz en todos los niveles, adoptando una resolución para pactar una conferencia global llamada a avanzar en el plan de Naciones Unidas: “The United Nations Plan of Action to Safeguard Religious Sites: In Unity and Solidarity for Safe and Peaceful Worship”, por la Alianza de Civilizaciones. Con esta conferencia se quiere implicar a los gobiernos, a las figuras políticas, a los líderes religiosos, a la sociedad civil y a los medios de comunicación, entre otras partes interesadas, introduciendo una resolución titulada: “Promoting a culture of peace and tolerance to safeguard religious sites” (documento A/75/L.54). Los Estados miembros impelen a las Naciones Unidas a desarrollar estrategias, iniciativas educativas y campañas de comunicación global para extender y reforzar la protección de los lugares religiosos y la herencia cultural. En realidad, lo que se pretende rechazando la violencia es subrayar los valores de justicia, democracia, los derechos humanos y las libertades fundamentales que se violan sistemáticamente con los ataques al patrimonio cultural y religioso, y que albergan otro tipo de conflictos, como resultado de algunos trabajos de investigación lo demuestran, porque hay una intersección entre la religión y lo secular.

El plan de acción de los líderes religiosos para prevenir la incitación a la violencia de 2017, ya denunciaba públicamente todos los casos de

crímenes atroces y actos de violencia, incluidos los perpetrados en nombre de la religión y creencias (propias o ajenas); y censuraba la destrucción o daño intencional al patrimonio o propiedad cultural, inclusive de carácter religioso.

Ante los ataques a lugares sagrados, debemos poner de manifiesto que constituyen patrimonio de la cultura, con independencia de si forman parte de la lista de patrimonio histórico y cultural de cada país, o de la UNESCO.

En todos los medios de comunicación y trabajos de expertos, se leen titulares como el siguiente: *Why Do Extremists Target Worshippers?* Los lugares de culto se ubican en territorios donde coexisten comunidades multiculturales. Desde la perspectiva de los extremistas, estos lugares sagrados para otras personas creyentes pueden ser una manifestación de que la sociedad se ha vuelto impura, corrupta e inmoral y requiere soluciones violentas urgentes.

Los regímenes autoritarios y también los democráticos destruyen templos y lugares religiosos como parte de la política en materia de libertad religiosa o como medidas de seguridad pública contra el terrorismo, así recordemos la destrucción de los Budas de Bamiyán en Afganistán.

En el tema que nos concierne, el mayor ataque la cultura religiosa diferente, es el hecho de suprimir una vida que la representa y transmite, o el ataque violento a los lugares religiosos, de culto o no, que no sólo constituyen un símbolo estático de dicha cultura y parte de la historia de un pueblo, sino incluso un lugar donde se ejercen derechos humanos, la libertad religiosa, de culto y de religión.

2. OBJETIVOS

- Analizar cómo el mayor ataque la cultura religiosa diferente, es el hecho de suprimir una vida que la representa y transmite, pero también el ataque violento a los lugares religiosos, que no sólo constituyen un símbolo estático de dicha cultura y parte de la historia de un pueblo, sino incluso un lugar donde se ejercen derechos humanos, la libertad religiosa, de culto y

de religión. Se crea un link igualmente entre los delitos de odio y las acciones terroristas.

3. METODOLOGÍA

3.1. METODOLOGÍA GENERAL:

- Se convierte cada objetivo y cada resultado en objeto de discusión
- Se trata de un modelo exploratorio, tras la consulta de incidentes de violencia en los -informes nacionales e internacionales sobre estado de libertad religiosa, con ‘análisis cualitativo’ de datos para el desarrollo de la discusión con la doctrina especialista en el tema, el Derecho internacional, el derecho nacional específico, y la jurisprudencia de Tribunales penales internacionales.
- Extraer conclusiones a modo de reflexión y de propuesta, tras discutir sobre la relación causa a efecto en el tema.
- Proporcionar evidencia con la bibliografía.

3.2. METODOLOGÍA ESPECÍFICA:

- Ubicar conceptos y el valor de lo sagrado en el Código Universal de Conducta sobre lugares sagrados y del patrimonio cultural y religioso en los documentos de la UNESCO.
- Analizar y conocer los Instrumentos Internacionales en favor de la paz de la no discriminación para prevenir y mediar en conflictos político-jurídico-religiosos
- Estudiar los casos de los Tribunales Penales Internacionales en los que se califica como delito de persecución y de discriminación la destrucción de bienes culturales de significado religioso o valor sagrado.

- Conocer los factores que confluyen en escenarios de conflicto religioso, dinamitando los derechos humanos y el patrimonio cultural religioso

4. RESULTADOS

1. Se debe distinguir entre patrimonio cultural declarado como tal y el que forma parte de la cultura de un pueblo, aunque no forme parte de las listas de la UNESCO. Entre el 20% al 30% de las propiedades inscritas en la lista de Herencia mundial de la UNESCO, han sido incluidas específicamente aquellas de carácter religioso y espiritual.
2. No es lo mismo bienes culturales religiosos muebles e inmuebles, ni lugares sagrados, pero todos identifican una cultura religiosa.
3. Las comunidades religiosas y políticas disputan el valor sagrado de un lugar.
4. Existe una difícil conciliación entre ‘fe y razón’ que hace ardua la armonía entre ‘fe y derechos humanos’. Se realiza un esfuerzo internacional de lucha por la paz y la no discriminación, abogando por la conciliación de la interpretación humana de los textos sagrados con una lectura universal de los derechos humanos, al unísono con los líderes religiosos, pero algunas facciones en las que se dividen ciertas religiones se enfrentan con violencia al diferente.
5. La jurisprudencia de los tribunales penales internacionales considera que la destrucción ‘intencional’ de los bienes culturales religiosos son delitos contra la humanidad, a través de actos de persecución y de discriminación contra la identidad religiosa de un pueblo.
6. Los factores que confluyen en escenarios de conflicto religioso donde se perpetra la destrucción de bienes culturales y profanación de lugares sagrados suelen encarnarse en el trinomio ‘Política, Religión y Derecho’. Este es el marco de todos los países que se convierten en escenarios de conflictos religiosos, sean confesionales o laicos, dictatoriales o

democráticos, y puede provenir de políticas estatales (según el modelo de relaciones Iglesia-Estado), o de la misma sociedad que quiere exterminar a una raza como ocurrió en Ruanda o a unas personas que profesan convicciones diferentes, tienen otro tipo de valores y de símbolos, ya que el odio se convierte en delito cuando entraña violencia contra las personas por razón de religión o de creencias, y una forma de ejercer esta violencia es la destruir intencionalmente sus bienes culturales religiosos y profanar sus lugares sagrados, no ataca directamente a la vida o a la integridad física de la persona pero sí a sus derechos humanos como la libertad religiosa y de culto, y también a la libertad de religión porque su objetivo es dañar la identidad religiosa de un pueblo o una comunidad religiosa.

5. DISCUSIÓN

5.1. CONCEPTOS Y OBJETIVOS EN EL CÓDIGO UNIVERSAL DE CONDUCTA SOBRE LUGARES SAGRADOS

“Salvaguardia” y “respeto” son las palabras clave de la Convención de la Haya de 1954 para la Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y su Protocolo. En ella se dice que “los daños ocasionados a los bienes culturales pertenecientes a cualquier pueblo constituyen un menoscabo al patrimonio cultural de toda la humanidad, puesto que cada pueblo aporta su contribución a la cultura mundial”.

La Campaña de Nubia fue el germen de la Convención del Patrimonio Mundial (1972) por la que se establecieron la Lista del Patrimonio Mundial y la Lista del Patrimonio Mundial en Peligro. En esta lista podemos encontrar lugares sagrados protegidos por su carácter ‘histórico y cultural’, como iglesias, catedrales, monasterios, conventos, santuarios, mezquitas, tumbas, cementerios, Ciudad del Vaticano, Jerusalén, y similares.

Sin embargo, cuando se trata de espacios sagrados, ya no se trata únicamente de proteger la herencia cultural o preservarla, por el bienestar de la humanidad, sino de la obligación de mantenerlos como un lugar para prácticas religiosas y peregrinaje, con una singular naturaleza

espiritual, cuya protección debería de ir más allá del régimen de herencia cultural actual .

El Código universal de conducta sobre lugares sagrados, firmado por líderes religiosos, nos ofrece datos de vital importancia para acercarnos más al concepto y valor de lo sagrado.

Ya en el preámbulo se establece la vinculación con lo religioso “Los Espacios Sagrados son lugares de profundo significado y de vínculo religioso sagrado cuya integridad y carácter singular han de ser preservados y protegidos contra todo tipo de violencia y profanación.”... “Compartiendo la visión de un mundo donde los espacios sagrados son universalmente reconocidos como sagrados por sus respectivas religiones o tradiciones de fe, y donde la unión de las personas y de las comunidades sus lugares sagrados son respetada por todos, independientemente de sus creencias”.

En el artículo 1 se procede a las definiciones: “A los efectos de este Código, los espacios sagrados son entendidos como lugares de significancia religiosa para determinadas comunidades religiosas. Estos incluyen, pero no se limitan a, los lugares de culto, cementerios y santuarios, incorporando su entorno inmediato cuando éstas forman parte integrante del sitio.

A los efectos de este Código, los espacios sagrados son lugares de área definida y limitada que son designados como tales por cada comunidad religiosa y en acuerdo con las autoridades competentes, de acuerdo con sus diversas herencias y costumbres, reconociendo también que un solo sitio puede ser sagrado para más de una comunidad”.

Entre 2008 y 2009, One World in Dialogue, junto con el Centro de Oslo para la Paz y los Derechos Humanos, organizó dos grandes conferencias internacionales con participantes de líderes políticos y religiosos de Noruega, Gran Bretaña, EE. UU., Los Balcanes, Turquía, Armenia, Israel y Palestina. El resultado de las discusiones culminó en un Código sobre sitios sagrados, conocido internacionalmente como "El Código de Trondheim".

Para hacer realidad estos objetivos, se busca el apoyo de líderes religiosos y autoridades de iglesias cristianas, comunidades judías y musulmanas, y se celebra una ceremonia de firma con líderes religiosos de Europa y Medio Oriente.

Finalizado en enero de 2011, después de un proceso de desarrollo de tres años, el Código cuenta con el respaldo de líderes religiosos de alto nivel, de más de diez religiones y numerosas instituciones religiosas.

Se implementó un proyecto piloto en Tierra Santa basado en el Código Universal de Conducta en los Lugares Santos, en coordinación con el Consejo de Líderes Religiosos de Israel (CRLI) y el Consejo de Instituciones Religiosas de Tierra Santa (CRIHL). Estos dos consejos representan las principales religiones en Israel y Palestina. Los lugares sagrados tienen una importancia espiritual y cultural crucial para miles de millones de personas en todo el mundo. Sin embargo, la historia demuestra una y otra vez lo fácil que es que los lugares sagrados se vean inextricablemente atrapados en disputas políticas, territoriales y religiosas, convirtiéndose en peones de conflicto en sí mismos. El daño a los lugares sagrados tiene un impacto en el núcleo de las identidades de las personas, refuerza el trauma de la comunidad y agrega una profunda dimensión simbólica al conflicto. Los ataques a los lugares de culto con frecuencia alimentan también la escalada de violencia. El Código de conducta universal en Holy Sites es una nueva estrategia de vanguardia para mitigar los conflictos interreligiosos y construir la paz en todo el mundo.

5.2. INSTRUMENTOS INTERNACIONES Y DECLARACIONES EN FAVOR DE LA PAZ Y LA NO DISCRIMINACIÓN

La violencia en nombre de la religión supone una vulneración de los derechos humanos, de ahí que, en marzo de 2017, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) presentara su iniciativa “Fe religiosa para los derechos humanos” mediante la celebración de un taller de expertos en Beirut, naciendo la “Declaration on “Faith for Rights”.

En la Declaración se pone de manifiesto que existen valores comunes en todas las religiones que pueden coadyuvar a evitar la violencia y la discriminación; se aboga por la libertad religiosa y de religión basada en la libertad de pensamiento y de conciencia; consideran que Beirut tiene como objetivo la más noble de las batallas que es la paz y la lucha contra las divisiones impulsadas por el odio y todas las formas de inhumanidad, a través de los líderes religiosos de todas las religiones del mundo, en orden a proteger el derecho a la diversidad, teniendo como precedente el Plan de Acción de Rabat de 2012 sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso, sobre el que se elaboró un informe por Naciones Unidas . Así las cosas, se establece un link entre ‘fe’ y ‘Derechos Humanos’ a través de esta declaración firmada por sujetos de fe con una visión común para desarmar las fuerzas de la oscuridad.

En la Declaración se pactan 18 compromisos con la proyección establecida en líneas precedentes. Se basan en la literalidad de textos religiosos que se reproducen en la Declaración, como el Corán, la Biblia, la Torá y otros. De modo resumido haré hincapié en las siguientes ideas básicas de los compromisos:

1. Dado que las religiones están necesariamente sujetas a la interpretación humana, se comprometen a promover un compromiso constructivo en la comprensión de los textos religiosos.
2. Se comprometen a apoyar y promover la igualdad de trato en todos los ámbitos y manifestaciones de religión o creencias, y a denunciar toda forma de prácticas discriminatorias.
3. Se comprometen a evitar el uso de la noción de "religión de Estado" para discriminar a cualquier individuo o grupo, consideramos que tal interpretación es contraria a la unidad de la humanidad y la igual dignidad de la humanidad.

Asimismo, se comprometen a evitar que el uso del "laicismo doctrinal" reduzca el espacio para el pluralismo religioso o de creencias en la práctica.

4. Se comprometen a denunciar públicamente todas las instancias de defensa del odio que inciten a la violencia, la discriminación o la hostilidad, incluidas las que conduzcan a delitos atroces. Tienen la responsabilidad directa de pronunciarse en contra de tal defensa, especialmente cuando se lleva a cabo en nombre de la religión o las creencias.

5. También acuerdan abstenerse, defender y condenar conjuntamente cualquier determinación pública crítica de cualquier actor que, en nombre de la religión, pretenda descalificar la religión o creencias de otro individuo o comunidad de manera que lo exponga a la violencia en el país en nombre de la religión o privación de sus derechos humanos.

6. En este sentido, se explorarán los medios para desarrollar alianzas sostenidas con instituciones académicas especializadas para promover la investigación interdisciplinaria sobre temas específicos relacionados con la fe y los derechos.

También resulta de notable interés el VI Congreso de líderes religiones tradicionales en Kazajistán. La finalidad de la conferencia fue la de promover el diálogo y la cooperación de toda la comunidad internacional, representada por los líderes más importantes del mundo y las religiones tradicionales en respuesta a cómo detener el odio y la violencia entre las religiones.

El VII Congreso Mundial de Líderes de Religiones Mundiales y Tradicionales se celebrará el año 2022 del 14 al 15 de septiembre en la capital kazaja, Nur-Sultán. El congreso, impulsado en 2003 por el primer presidente de Kazajistán, Nursultán Nazarbáyev, tendrá lugar bajo un escenario radicalmente diferente debido al profundo impacto del covid-19 en cada sociedad en el mundo.

Todas estas iniciativas son loables para evitar la indiferencia que denuncia la Iglesia Necesitada, cuando escribe en la portada de su página web una reflexión certera: “Un manto de indiferencia cubre a las comunidades religiosas vulnerables que sufren mientras Occidente, religiosamente analfabeto, ignora su difícil situación”. Efectivamente, en 38 naciones aproximadamente se vulnera la libertad religiosa y se atacan lugares de culto como un parte de esa violación programada.

5.3. CASOS DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES: PERSECUCIÓN DE LA CULTURA RELIGIOSA Y DE LOS BIENES CULTURALES

En la actualidad, impulsados por Naciones Unidas, están cumpliendo sus funciones los tribunales internacionales penales para crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia [Resolución 827 (1993), de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de NU; incorporado al derecho español por LO 15/1994, de 1 de junio], y en Ruanda [Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre, del Consejo de Seguridad de NU; incorporado al derecho español por LO 4/1998, de 1 de julio]. Ambos tribunales están finalizando sus funciones, que actualmente desempeña el denominado Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales, creado por Resolución 1966(2010), de 22 de diciembre, del Consejo de Seguridad, y que tiene dos divisiones: para Ruanda, con sede en Arusha (República Unida de Tanzania), que comenzó a funcionar el 1 de julio de 2012, y para la ex-Yugoslavia, con sede en La Haya (Países Bajos), que comenzó sus actividades el 1 de julio de 2013.

A ello se añaden una serie de tribunales penales mixtos auspiciados por Naciones Unidas. Se trata de tribunales estatales a los que se han incorporado jueces internacionales. Esta fórmula híbrida trata de aunar las ventajas de los tribunales nacionales –la proximidad al hecho y la legitimidad reconocida por los ciudadanos del país–, y los internacionales –la independencia y el uso de estándares de justicia universal–. Se han formado tribunales mixtos en: Sierra Leona (2002), Timor Oriental (2000), Kosovo (2000), Camboya (2003), Líbano (2007); Bosnia y Herzegovina (2005); y Senegal (2013).

El Tribunal penal internacional de la Haya, regido por el Estatuto de Roma, que se encarga de crímenes de genocidio, guerra y lesa humanidad, no se hace referencia en sus funciones de modo específico a la destrucción de lugares sagrados, sin embargo, siempre está presente como instrumento vital para cometer un genocidio, hacer la guerra y entre los objetivos de los delitos cometidos.

Ha habido otros Tribunales Penales Internacionales como el de Ruanda, para Sierra Leona, Nuremberg, Tokio e Irak, algunos también con carácter militar.

Veamos parte de la jurisprudencia del Tribunal Penal de Ex - Yugoslavia, ya que el Derecho purifica al conflicto de elementos emocionales ante las víctimas de los crímenes de guerra.

De conformidad con la sentencia, Kordic and Cerkez, hay bienes culturales civiles y religiosos, de gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos. En la investigación sobre posibles delitos contra la humanidad, se dictaminó que el derribo de mezquitas y edificios dedicados a la religión podían dar lugar a actos persecutorios. Si se trata de un acto, perpetrado con intención discriminatoria querida, equivale a un ataque contra la identidad religiosa de un pueblo. Se considera un crimen contra la humanidad porque ésta resulta dañada por la destrucción de una cultura religiosa única y de sus objetos culturales concomitantes, de ahí que equivalga a un acto de persecución.

En Tihomir Blaskic, también se condena por varios crímenes contra la humanidad, como la persecución de la población bosnio-musulmana, y en cuanto a la destrucción masiva de mezquitas en el territorio de Bosnia-Herzegovina, se considera que es un crimen contra la humanidad de persecución, siendo una mezquita el *actus reus* en cuanto edificio simbólico para los musulmanes. Ahora bien, por primera vez se crea una excepción, se exculpa la destrucción o perjuicio causado a bienes culturales por su mera cercanía a objetivos militares.

En Biljana Plavsic, se sentaba en el banco de los acusados una mujer, bajo cuya influencia se echaron abajo más de 100 mezquitas, dos escuelas musulmanas y siete iglesias. Algunas de estos bienes fueron construidos en la Edad Media y tenían gran significado cultural.

En Radislav Krstic, se condenó por genocidio a una persona, debido a la masacre de musulmanes. También hubo obliteración de lugares religiosos y culturales, y aunque no se admitió el genocidio ‘cultural’, cuando la sala tuvo que discernir sobre el genocidio humano, es decir si hubo intención de erradicar en todo o en parte a un grupo, el hecho de producirse ataques simultáneos contra los bienes culturales y

religiosos se tomó como evidencia de la intencionalidad de destruir al grupo físicamente.

En Milomir Stakic, la sala al igual que en Kordic&Cerkez, admitió que la destrucción de instituciones religiosas, con intención discriminatoria, equivale a un ataque contra la identidad religiosa de un pueblo, y aunque este comportamiento no esté previsto entre los crímenes contra la humanidad del artículo 5 del Estatuto, la obliteración y menoscabo a edificios religiosos y culturales podría ser considerado un acto persecutorio.

Miroslav Deronjic, vice-presidente del partido serbio demócrata, tenía la misión de hacer una limpieza de musulmanes en Goglova, atacando no sólo a las personas, sino a sus propiedades, confiscó, destruyó y causó daño deliberado a mezquitas y a otras instituciones dedicadas a la religión, la caridad, la educación de las artes y las ciencias, así como monumentos históricos y obras de arte, considerándose un delito punible, según el artículo 3 del Estatuto, porque hubo intención discriminatoria que asciende al nivel de persecución.

Momeilo Krajisnik, economista de profesión, fue declarado culpable de ataques contra la población bosniocroata y bosnio-musulmana. Arrasó muchos edificios religiosos y culturales, unas 200 mezquitas y también Iglesias Católicas, considerándose que esta destrucción conllevaba graves consecuencias contra los grupos, por lo que constituían un crimen de persecución. En la misma línea, el caso Milan Milutinovic et al. Otro caso más reciente, de 2011, Vlastimir – Dordevié, en la campaña de aterrorizar de forma sistemática a la población Albano-Kosovar, uno de los métodos fue el de quemar monumentos históricos y lugares religiosos, pero la sentencia exigía que fuesen destruidos o muy dañados y no estuvieran situados en la proximidad inmediata de objetivos militares, condición ésta que resta seguridad a la protección debida de los bienes culturales y religiosos.

Aunque no tenga relación directa con lo religioso, resulta de interés mencionar el caso Miodrag Jokic y Paie Strugar, juzgados por su acometida al casco viejo de Dubrovnik, perteneciente a la lista del patrimonio cultural, con el consiguiente menoscabo de edificios de

relevancia histórica y cultural. Gracias a la cooperación con la UNESCO, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia pudo condenar en 2004 a siete años de cárcel a Miodrag Jokić, comandante de la Marina yugoslava. Fue la primera sentencia judicial por destrucción deliberada del patrimonio cultural. Entre primeros de octubre y finales de diciembre de 1991, este militar ordenó lanzar centenares de obuses sobre la Ciudad Vieja de Dubrovnik, que se inscribió ese mismo año en la Lista del Patrimonio Mundial en Peligro.

La Corte Penal Internacional (también denominada Tribunal Penal Internacional) se gestó en la Conferencia de Roma de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, reunida el 17 de julio de 1998. La Corte tiene su sede en La Haya, y el artículo 1 del Estatuto define sus elementos centrales: su carácter permanente, frente a la temporalidad de otros tribunales internacionales; el ejercicio de jurisdicción sobre personas, y no sobre Estados; su orientación a combatir los crímenes más graves de trascendencia internacional; y, por último, su carácter complementario respecto de las jurisdicciones nacionales. En 2016, la Corte Penal Internacional declaró culpable de crimen de guerra al yihadista maliense Ahmad Al Faqi Al Mahdi, condenándole a nueve años de cárcel por haber destruido diez lugares de culto en Tombuctú de la República de Malí en 2012.

5.6. FACTORES QUE CONCLUYEN EN LOS ESCENARIOS DE CONFLICTO RELIGIOSO

Actualmente estoy escribiendo una monografía sobre el tema objeto de estudio en esta ponencia, en la que me sumerjo en la historia política, social y religiosa de cada país en conflicto, en este trabajo no se puede realizar dicho análisis, así que sólo se darán algunas pinceladas.

Hay una interrelación entre el deteriorado estado de la libertad religiosa y la destrucción intencional de los lugares de culto. Entiendo por mal estado de la libertad religiosa, el que ha sido provocado tanto a nivel social como político y legislativo.

Igualmente, se produce una destrucción deliberada de tesoros culturales en zonas de conflicto, recordemos los casos del conflicto balcánico,

específicamente en Bosnia Herzegovina y Croacia. Actualmente debemos mencionar a Kosovo, por ejemplo, donde todos los santuarios serbios son profanados y también se orinan en las iglesias.

En Siria se constata la corrupción y el crimen organizado. Los grupos extremistas son una amenaza para todos los cristianos. En zonas controladas por grupos islámicos radicales, la mayoría de las iglesias tradicionales han sido demolidas o reconvertidas en centros islámicos. La violencia exacerbada se describe en el informe de 2019 de la Comisión sobre libertad religiosa de los Estados Unidos de América, informando de persistentes atentados con bombas en barrios no musulmanes, y una destrucción sistemática del patrimonio.

Se condena enérgicamente toda forma de violencia, intimidación y secuestro dirigidos contra civiles, personal de seguridad, lugares de culto y fieles en Burkina Faso, en particular la violencia contra determinadas comunidades religiosas, así como la instrumentalización política y el abuso de la religión para legitimar la persecución de cristianos y otras minorías religiosas. Se acoge favorablemente el plan de acción de las Naciones Unidas para salvaguardar los lugares de culto, desarrollado por la Alianza de Civilizaciones de las Naciones Unidas y anunciado por el secretario general de las Naciones Unidas, António Guterres, el 12 de septiembre de 2019.

Tras la destrucción de lugares de culto en Mali, por primera vez en la Historia se incluyó la salvaguardia del patrimonio cultural de un país en el mandato de una misión de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas. En virtud de su Resolución 2100, el Consejo de Seguridad encargó a la Misión Multidimensional Integrada de Estabilización de las Naciones Unidas en Malí (MINUSMA) la tarea de “proteger contra posibles ataques los lugares de importancia cultural e histórica de Malí, en colaboración con la UNESCO”.

En Turquía se queman o destrozan iglesias, algunas de patrimonio cultural, por las constantes batallas entre turcos y kurdos.

Podríamos seguir por los escenarios de todo el mundo, y notar que vamos perdiendo la sensibilidad cuando se conocen estos hechos en países de conflicto, sin embargo, también encontramos violencia contra los

lugares de culto y bienes culturales sagrados, así como violación de la libertad religiosa en otros países con mayor tradición democrática y cultura en el ámbito de los derechos humanos como es Francia.

En Francia se encuentran la libertad religiosa y la laicidad, la estricta separación entre la Religión y el Estado, que va más allá de la secularización de la sociedad, expulsa a Dios del espacio público, y quizá por eso el clima provoca que se profanen dos iglesias de media cada día.

Francia es uno de los países occidentales donde más atentados del Daesh se han registrado. Así en 2015, los ataques contra la revista satírica Charlie Hebdo y posteriormente contra la sala Bataclán ocasionaron la muerte de 149 personas. En 2016, además del asesinato del sacerdote Jacques Hamel, de 84 años, durante la celebración de una misa en Rouen, al norte de Francia, se llevó a cabo el atropello en Niza, ocasionando un total de 89 víctimas mortales. Desde los atentados de Niza, el 14 de julio de 2016, la Asamblea Nacional ha estado prorrogando el estado de urgencia en todo el país hasta finales de 2017.

Los musulmanes sufren agresiones de todo tipo, como la prohibición del velo integral. Aunque el Tribunal de Derechos Humanos ha admitido los argumentos de Francia sobre su decisión de prohibir el velo integral, en 2018 el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha acusado a Francia de violar la libertad religiosa de dos mujeres por prohibir el uso del niqab y ha instado a las autoridades galas a derogar las medidas de control impuestas sobre el velo integral islámico. Esta cuestión de laicidad, como argumenta la política francesa, se ve contrarrestada con el terrorismo islámico

En 2019, unos vándalos saquearon la Iglesia de Notre Dame des Enfants en Nimes, y utilizaron excrementos para dibujar una cruz. La Iglesia de Saint Nicolas de Hilles fue profanada en varias ocasiones, una estatua de la Virgen María del siglo XIX, fue pulverizada. También se destruyeron crucifijos y estatuas de la catedral de Saint Alain en Laar, y aplastaron los brazos a un cristo crucificado con ánimo de burla. Asimismo unos pirómanos prendieron fuego a la iglesia de Saint Sulpice en París. Estos actos se repiten diariamente, año tras año en este país que no sólo ha perdido el sentido de lo sagrado, sino también el respeto

por la libertad religiosa y de culto de los otros, así como por su propiedad privada.

En febrero de 2019, se pintaron con spray esvásticas y otros símbolos nazis y eslóganes antisemitas en aproximadamente 80 lápidas en un cementerio judío en Francia. El daño fue descubierto el día en que se planeaban marchas para protestar contra un aumento de los ataques antisemitas en el país.

También despertó dolor y horror el incendio de Notre Dame, en París, cuyo origen todavía es desconocido, ahora bien, las Iglesias en Francia son del Estado, de los ciudadanos, no de la Iglesia, así que el desprecio no es sólo contra los cristianos, sino contra el Estado y los franceses.

6. CONCLUSIONES

6.1. El patrimonio cultural y religioso enriquece al mundo. La UNESCO siempre ha reconocido que el deterioro o desaparición de un bien del patrimonio cultural constituye un empobrecimiento desastroso del patrimonio de todos los pueblos del mundo, porque tiene un valor universal excepcional.

6.2. Existe un vínculo entre el patrimonio cultural y los lugares sagrados. El artículo 11 de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural crea una lista del Patrimonio Cultural Mundial. En esta lista podemos encontrar lugares sagrados protegidos por su carácter 'histórico y cultural', como iglesias, catedrales, monasterios, conventos, santuarios, mezquitas, tumbas, cementerios, Ciudad del Vaticano, Jerusalén, y similares.

6.3. La protección del patrimonio cultural y religioso requiere el respeto de la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales como la libertad religiosa.

6.4. También debe tenerse en cuenta el enfoque de la libertad religiosa colectiva. La Corte Europea de Derechos Humanos ha afirmado que el ataque a estos santos lugares constituye una discriminación contra algunas religiones que los Estados deben prevenir.

6.5. La causa de muchos ataques contra el patrimonio cultural y religioso radica en los delitos motivados por prejuicios y el terrorismo religioso: Violencia en nombre de la religión. De ahí los numerosos encuentros y planes para prevenir el odio y combatir la violencia que lo acompaña, además de promover el diálogo interreligioso.

6.6. Promover una cultura de paz y tolerancia para salvaguardar los lugares religiosos y sagrados, requiere una política de educación y una sociedad democrática basada en la dignidad humana como pilar de todos los derechos humanos.

6.7. En las sociedades multiculturales y multirreligiosas, solo el respeto a la dignidad humana puede ser el denominador común, el único medio de cohesión social en los conflictos por la libertad religiosa y la conciencia que se reflejan en la destrucción intencionada de lugares sagrados.

7. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

Agradecimiento a las instituciones que financian y apoyan el Congreso Nodos del Conocimiento, y a Javier Martínez Torrón, Investigador principal del Proyecto: "Dignidad Humana y Cohesión Social: una búsqueda de vías para minimizar el efecto socialmente divisivo de los conflictos entre derechos humanos en el ámbito de religión y de creencias" (HUDISOC), del que formo parte como investigadora.

8. REFERENCIAS

Arancibia, J.M. (2015) El patrimonio religioso y cultural. Anuario Argentino de Derecho Canónico Vol. XXI, 255-256.

Athanasiou, S. (2018) The Holy Sepulchre as a Religious Building. Transdisciplinary multispectral modelling and cooperation for the preservation of cultural heritage Part. 1. Greece, Springer International Publishing, 30

Bril, C.H. (2010) Holy Places in an Unholy World: Will Religious Beliefs Halt India's Suez of the East. Journal of International Law & Commercial Regulation, Vol. 35 (2), 447-484

- Edge, P. (2002) The Construction of Sacred Places in English Law. *Journal of environmental Law* 14, 161-183
- Francioni, F. and Lenzerini, F. (2003) The Destruction of the Buddhas of Bamiyan and International Law. *European Journal of International Law (EJIL)*, Vol. 14 (4), 619–651
- Gunn, J. R. (2004) Religious Freedom and Laïcité. A comparison of the United States and France. *Brigham Young University Law Review* (2), 419-506
- Gutiérrez, H. D.T. (2001) La contribución de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales a la evolución del ámbito material del derecho internacional humanitario - los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio – la responsabilidad penal individual. *Comité Internacional de la Cruz Roja*. Consultado el 20 de julio de 2003.
<https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdpfn.htm>
- Hammer, L. (2018) Cultural heritage protection and sacred spaces: considering alternative approaches from within the human rights framework. *Columbia Human Rights Law Review* 49 (2), 73-113
- Kung, H. (2005) Religion, violence and holy wars. *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, (858), 253-268
- Petkoff, P. (2014) Finding a grammar of consent for soft law. *Guidelines on Sacred Places: The Legal Protection of Sacred Places within the existing public international Law Instruments and grass-root approaches. Between Cultural Diversity and Common Heritage. Legal and Religious Perspectives on the Sacred Places of the Mediterranean*. Chapter 5. (58) Ashgate
- Ward, V. and Sherlock, R. (2013) *Religion and Terrorism: The Use of Violence in Abrahamic Monotheism*, edited by, Lexington Books. ProQuest Ebook Central. Consultado el 29 de septiembre de 2020
<https://ebookcentral.proquest.com/lib/universidadcomplutense-ebooks/reader.action?docID=1597259>
- Ward, V. and Sherlock, R. (2013) *Religion and Terrorism: The Use of Violence in Abrahamic Monotheism*, edited by, Lexington Books. ProQuest Ebook Central. <https://ebookcentral.proquest.com/lib/universidadcomplutense-ebooks/reader.action?docID=1597259> (29/09/2020)
- Iglesia Necesitada (2021). *Informe de libertad Religiosa*
<https://www.ayudaalaiglesianecesitada.org/informe-libertad-religiosa/>
- ICTY (2007) *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*
<https://www.csjn.gov.ar/pubextrs/verIndice?tm=PP&nm=17&fascic=34-ICTY-2007>

IGC Institute for Global Change (2019). Why Do Extremists Target Worshippers?
<https://institute.global/policy/why-do-extremists-target-worshippers>

ICC. (Junio de 2021) The Office of the Prosecution. Policy on Cultural Heritage.
<https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20210614-otp-policy-cultural-heritage-eng.pdf>

ICTY. Kordić & Čerkez (IT-95-14/2). http://www.icty.org/case/kordic_cerkez/4

ICTY. Blaškić (IT-95-14) "Lašva Valley". <http://www.icty.org/cases/party/667/4>

ICTY. Plavšić (IT-00-39 & 40/1) "Bosnia and Herzegovina" ".
<http://www.icty.org/cases/party/758/4>

ICTY Krstić (IT-98-33) "Srebrenica-Drina Corps".
<http://www.icty.org/cases/party/711/4>

ICTY Stakić (IT-97-24) "Prijedor". <http://www.icty.org/cases/party/782/4>

ICTY Stakić (IT-97-24) "Prijedor". <http://www.icty.org/cases/party/782/4>

ICTY Krajišnik (IT-00-39) "Bosnia and Herzegovina".
<http://www.icty.org/cases/party/709/4>

IMPORTANCIA DE LA DIFUSIÓN Y SEGURIDAD DE DATOS PERSONALES DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

HERNANDEZ MORALES PAULA CECILIA
Universidad Autónoma de Baja California

1. INTRODUCCIÓN

La protección de datos personales de niños, niñas y adolescentes es un tema que tiene gran relevancia actualmente, ya que vivimos en una era digital. En el último año, el uso del internet y sitios web, aumento de gran manera.

Derivado de la pandemia, todo lo que conocíamos como normalidad, se transformó, y cambió de gran manera.

Y si bien, nos encontramos en una nueva normalidad, esto no quiere decir que las modalidades que se cambiaron se van a olvidar, el acceso al internet es algo cotidiano desde hace muchos años.

La realidad es, que todos tenemos acceso a internet y una de las desventajas que tenemos es, que, para realizar la gran mayoría de las actividades en línea, se utilizan nuestros datos personales, fotografías y videos, ya sea en manera básica, o más detallada.

Con lo mencionado anteriormente, podemos deducir que el riesgo del mal uso de los datos personales es muy alto, y algunos de los usuarios más vulnerables son los menores de edad, que mayormente utilizan las redes sociales y sitios web sin supervisión o autorización de un tutor, y con esto corren el peligro de ser víctimas de un delito cibernético como: fraude, extorsión o que su información, fotografías, etc., pueda ser utilizada de manera incorrecta por algún tercero de mala fe.

Enfocándonos en la temática de los niños, niñas y adolescentes, sabemos que se encuentran dentro del rubro de vulnerabilidad social y legal en distintos ámbitos, ya que, por cuestiones físicas y psicológicas, estos tienen que estar bajo la tutela y supervisión de un adulto, en todas las cuestiones que tengan relación a su bienestar.

2. OBJETIVOS

2.1. RECOPIACIÓN DE ANTECEDENTES QUE BRINDEN UNA INTRODUCCIÓN HACIA LOS CONCEPTOS Y LA TEMÁTICA SOBRE LOS DATOS PERSONALES, LOS SITIOS WEB, Y REDES SOCIALES Y LA VULNERABILIDAD DE LOS MENORES DE EDAD.

Recopilación de fuentes de información para el análisis y búsqueda de datos locales para brindar un enfoque actualizado de la situación en materia de educación sobre el tema.

3. METODOLOGÍA

- Historico-jurídico: Consulta de legislación anterior y vigente, así como los hechos que originaron la publicación de los antecedentes.
- Jurídico-comparativo: Análisis de legislaciones, procedimientos, publicaciones y hechos internacionales con los de México, denotando diferencias y similitudes.
- Jurídico-proyectivo/ propositivo: Proponer con la investigación, una herramienta legislativa para difundir información importante para la sociedad.

4. RESULTADOS

La vulnerabilidad de los menores de edad sin supervisión en las redes sociales y sitios web, como son blanco fácil de delitos cibernéticos.

5. DISCUSIÓN

La necesidad de una legislación especial en materia de protección de datos personales, uso adecuado de fotografías y videos de niños, niñas y adolescentes, una herramienta que sirva como instrumento de difusión para educar sobre este tema a la sociedad.

6. CONCLUSIONES

La realidad es que, todos tenemos acceso a internet y una de las desventajas que tenemos es que, para realizar la gran mayoría de las actividades en línea, se utilizan nuestros datos personales, fotografías y videos, ya sea de manera básica, o más detallada.

El enfoque que se está buscando con esta investigación, es, denotar la vulnerabilidad de los menores de edad, que, sin supervisión, pueden ser víctimas de algún delito cibernético, y que, si existiera la difusión adecuada en la localidad, podrían evitarse.

LOS DELITOS DE ODIO POR RAZÓN DE RELIGIÓN Y DE CREENCIAS

IRENE MARÍA BRIONES MARTÍNEZ
Universidad Complutense de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

En la Recomendación 1805 (2007), de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, se afirma que la blasfemia no debe considerarse un delito, pero sí conmina a las legislaciones nacionales para que castiguen el delito de odio. Las leyes que regulan el delito de blasfemia se han ido derogando, y lo mismo ocurre con la denostada difamación de las religiones, los casos se dilucidan normalmente por la vía del *hate speech*, salvo supuestos como Finlandia con el delito del *breach of the sanctity of religion*, o la ley rusa que sanciona con tres años de prisión la blasfemia, tras el suceso del grupo de música punk *Pussy Riot*.

Para acercarnos al delito de odio, tenemos que mencionar a la Recomendación (97) n.º 20, del Comité de ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, en la que muestra una gran preocupación por el resurgimiento actual del racismo, la xenofobia y el antisemitismo y el desarrollo de un clima de intolerancia, por lo que se invita a un compromiso para combatir todas las ideologías, políticas y prácticas que constituyen una incitación al odio racial, la violencia y la discriminación.

La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), en su Recomendación de política general n.º 15, establece las medidas para la lucha contra el discurso de odio, entre las que se encuentra la invitación a la firma del convenio contra la ciberdelincuencia, y el respeto al artículo 20 del PIDCP-ICCPR.

El informe de la Comisión de Venecia (2008) se preocupó especialmente por la incitación al odio religioso. Examinada la legislación europea sobre blasfemia, insultos e incitación al odio religioso, concluye que la incitación debería ser objeto de sanciones penales, aunque considera que no debe ser objeto de sanción el simple insulto a los sentimientos religiosos, y que la blasfemia debería abolirse.

A este informe, le sigue el Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, hostilidad o violencia, emitido por las Naciones Unidas, de 5 de octubre de 2012, en el que se recalca la necesidad de las prohibiciones penales, advirtiendo que los líderes religiosos también incitan al odio.

2. OBJETIVOS

2.1. PRIMER OBJETIVO

Analizar el delito de odio, incluso en forma de discurso, que implica la incitación, la violencia y la discriminación contra personas o grupos de personas, por razón de su religión o creencias, pero no directamente para proteger a la religión o a las creencias sino a las personas.

2.2. SEGUNDO OBJETIVO

Se deben estudiar las fobias que generan el terrorismo, los delitos de odio y los genocidios.

2.3. TERCER OBJETIVO

Examinar la preocupación internacional en la atención a verdugos y víctimas del odio, así como la promoción de la paz y la tolerancia.

3. METODOLOGÍA

Se convierte cada objetivo y cada resultado en objeto de discusión

Se trata de un modelo exploratorio, tras el estudio de los delitos de odio en el Derecho Internacional, en la legislación nacional y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre el estado de

libertad religiosa y la libertad de expresión, con ‘análisis cualitativo’ de datos para el desarrollo de la discusión con la doctrina especialista en el tema.

Se proporciona evidencia *con la bibliografía y webs* especializadas.

4. RESULTADOS

4.1. PRIMER RESULTADO

Las penas por la comisión del delito de odio protegen a las personas de la discriminación y la violencia por razón de una etiqueta. El delito de odio, incluso en forma de discurso, implica la incitación, la violencia y la discriminación contra personas o grupos de personas, por razón de su religión o creencias, pero no directamente para proteger a la religión o a las creencias sino a las personas

4.2. SEGUNDO RESULTADO

Dialéctica entre libertad de expresión y discurso del odio. Aunque corresponde a cada Estado adoptar, conforme a sus leyes, las acciones tendentes a ordenar el uso de las libertades, al amparo del artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos es válida la libertad de expresión no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática. Así las cosas, la restricción sólo es admisible cuando las medidas se adopten como necesarias para defender a una sociedad democrática.

4.3. TERCER RESULTADO

En el discurso de odio religioso vemos una conexión con el terrorismo, en el que el odio y las emociones están en el lenguaje derogatorio y exterminador de incitación y apología.

4.4. CUARTO RESULTADO

El odio ha generado fobias encarnadas en delitos de odio y grandes genocidios en la historia de la humanidad.

4.5. QUINTO RESULTADO.

La realidad ha exigido la debida atención social y jurídica a víctimas y verdugos, por lo que la tarea de los operadores jurídicos y sociales, se ha dirigido a la investigación sobre las campañas de prevención del odio, de tolerancia hacia identidades diferentes, y de desarrollo de lo que se conoce como victimología.

5. DISCUSIÓN

5.1. EL DELITO DE ODIOS COMO ACCIÓN VIOLENTA Y EL DISCURSO DEL ODIOS

El delito de odio, incluso en forma de discurso, implica la incitación, la violencia y la discriminación contra personas o grupos de personas, por razón de su religión o creencias, pero no directamente para proteger a la religión o a las creencias sino a las personas.

La legislación penal española suscribe el acuerdo de uso del término de odio utilizado en el ámbito de la OSCE, tras ser aprobado en 2003 por este organismo internacional que reúne a 57 países. Se introduce el artículo 510 del Código Penal, y se reforma también la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El actual Ministro del Interior presentó el Plan de Acción de Lucha contra los Delitos de Odio (2019), en el que están implicadas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, también podemos colocar un espejo ante la realidad española con los informes anuales, en los que aparecen datos estadísticos de los delitos de odio por razón de religión o de creencias, que no son los más acusados, pero continúan cometiéndose especialmente sobre varones y, actualmente se han introducido encuestas sobre delitos de odio.

Este delito afecta en el ámbito de Estrasburgo al artículo 10 del Convenio, Europeo de Derechos Humanos, y al artículo 17 por la conocida

doctrina negacionista o de la guillotina, jurisprudencia de la que trato en una monografía. En otros continentes, también contemplamos estos itinerarios, aunque con diferentes peculiaridades, en las que se puede castigar o no la apología del delito.

En los ordenamientos seculares lo que se proscribe por lo general, es el insulto o vejación religiosa como expresión de *hate speech*. Dicho de otro modo, no se tutela el honor de Dios sino el honor de los ofendidos por el insulto. Aunque siempre se mida la necesidad de la injerencia en la libertad de expresión, también está en juego la tutela de la libertad religiosa, amenazada por un contexto de hostilidad agresiva, de fanatismo laico. Aunque no se habla de este asunto en los *leading cases*, debería protegerse lo ‘sagrado’, no haciendo referencia a una religión en concreto, sino a la relación del hombre con las cuestiones últimas de su existencia.

Cuando el caso llega al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y se aplica el artículo 10 del Convenio, se realiza una ponderación ad hoc que comporta una distribución de la carga argumentativa coherente con un sustancial *favor libertatis*, que no se puede mantener si se perturba la paz pública. Es decir, no podemos regirnos por la sensibilidad subjetiva del ofendido, debido también a que la ortodoxia de cada religión y los sentimientos individuales son difíciles de medir objetivamente, por lo que se toma como tope, la paz pública, algo que exige la violencia de los agresores, y si la forma de insulto o expresión de odio no es agresiva, podríamos estar ante el derecho a ofender o a odiar. Se tolera el mal, la libre crítica aun siendo perversa, en cuanto existe el deber de no impedir el derecho a la libertad de expresión, *in dubio pro libertate*. En realidad, en las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, podemos apreciar que aun realizando un esfuerzo de análisis de las circunstancias, hay una cierta ambigüedad de los derechos en juego.

El artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos tiene dos apartados, el primero especifica el contenido del derecho de libertad de expresión, mientras que el segundo identifica las cláusulas generales que pueden limitar su ejercicio al estar dicha libertad en concurrencia con otros intereses o *core rights*, por lo que se refiere una ponderación a través de un test judicial.

Con este método el juez europeo se encarga de practicar el denominado triple test de proporcionalidad, a través del cual decidirá si las medidas adoptadas por las autoridades estatales son legales, legítimas, necesarias en una sociedad democrática, y si las actuaciones llevadas a cabo guardan una relación de proporcionalidad coherente en relación con el fin u objetivo perseguido por las mismas.

El estudio de esta valoración ponderativa se nutre fundamentalmente de los elementos que nos ofrece la sentencia *Handyside c. United Kingdom* (1976), en el que se produce el secuestro judicial del llamado ‘Pequeño libro rojo del colegio’. Se tienen en cuenta las razones, si son relevantes y suficientes para justificar la injerencia sobre la libertad de expresión, las circunstancias del caso concreto, y la proporcionalidad de las medidas adoptadas (triple test).

Se conoce por tratarse de un supuesto de protección de la moral como límite del derecho de libertad de expresión. El TEDH dice que la ley de cada país es el ‘corpus’ social más apto para definir los límites aceptables por la moral de una sociedad que vive en un momento y en un territorio concreto, porque lo moral y lo inmoral no son conceptos absolutos, no hay una noción europea uniforme de moral, todo está en función a las circunstancias del caso. Sólo hay una solución justa, y la decisión corresponde al juez.

Aunque corresponde a cada Estado adoptar, conforme a sus leyes, las acciones tendentes a ordenar el uso de las libertades, al amparo del artículo 10.2 es válida la libertad de expresión no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática. Así las cosas, la restricción sólo es admisible cuando las medidas se adopten como necesarias para defender a una sociedad democrática.

Lo que viene a aportar *Handyside* es que el contenido de la expresión, del discurso, no determina el quantum de la tutela, sino el ‘ad hoc balance’, que se realiza teniendo en cuenta el test antes mencionado.

Desde 1976 a 2018, hay una larga trayectoria de ponderación y análisis de la moral pública para dilucidar sobre la existencia de un delito de odio.

El artículo 17 del Convenio pone en marcha lo que se conoce como el efecto guillotina, con el que comenzó a ver los primeros casos de negacionismo del Holocausto, y con el que no se interpreta según el contenido, sino por el abuso, alejándose de la ponderación del caso por caso que realizan los jueces de Estrasburgo cuando aplican el artículo 10, lo que impide medir la proporcionalidad de la medida adoptada por las autoridades nacionales. Con el artículo 17 se pretende aplicar el lema de ‘no hay libertad para los enemigos de la libertad’. No hay libertad de expresión para los enemigos de la libertad religiosa, que limiten su ejercicio, ni hay libertad religiosa para aquellos que usen la violencia física como supuesta reacción legítima contra una ofensa verbal o escrita a una religión, a sus dogmas, cosas sagradas o a sus fieles.

La libertad de expresión exige estar dispuestos a tratar con una cierta dosis de basura, a soportar expresiones que puedan resultar peligrosas, rupturistas, hirientes o molestas. El discurso negacionista es un hijo degenerado del revisionismo histórico de la segunda guerra mundial y puede ser definido a grandes rasgos, según Teruel Lozano, como aquel discurso que, normalmente por unos motivos ideológicos concretos y valiéndose de discutibles metodologías académicas o pseudocientíficas, cuando no directamente desde afirmaciones puramente panfletarias sin sustento argumentativo cierto, pretende la negación o justificación de genocidios u otros crímenes contra la humanidad. La conexión con el discurso del odio se encuentra en la cualificación ofensiva que los discursos negacionistas pueden llegar a tener.

5.2. DESDE LAS FOBIAS HASTA LOS DELITOS DE ODIO, LOS GENOCIDIOS Y LOS ACTOS TERRORISTAS

La Recomendación General nº 15 sobre las líneas de actuación para combatir el discurso del odio, de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), nos dice que en una sociedad democrática y pluralista es esencial la libertad de expresión y de opinión, la tolerancia, y el respeto por la igual dignidad de todos los seres humanos.

En la memoria de la Historia Europea está la discriminación basada en la islamofobia, antisemitismo, el genocidio, y los delitos de lesa humanidad, sobre lo que no se puede trivializar, negar, justificar o condenar, porque se consideraría discurso de odio, siempre que haya recaído sentencia de los tribunales o el enaltecimiento de las personas condenadas por haberlos cometido. Teniendo presente la memoria europea de genocidios se debe mantener vigilancia y represión de estos actos para la protección de los derechos humanos, que son universales e indivisibles, siempre que no suponga silenciar a las minorías, reprimir las críticas de políticas oficiales, la oposición política e incluso las creencias religiosas, pero recordando que el genocidio ha sido elevado a la categoría de crímenes internacionales de los Estados con la conciencia de que la reacción ante su comisión puede ser distinta de la que provocan otras acciones ilícitas ordinarias. El genocidio entonces se tornó característico de las sociedades pluralistas, y quien lo perpetra tiene como objetivo eliminar los rasgos distintivos de toda diferencia, la que juzga de peligro para la supervivencia de su propio grupo.

Conectado con los genocidios, en el discurso de odio religioso vemos un vínculo con el terrorismo, en el que el odio y las emociones están en el lenguaje derogatorio y exterminador de incitación y apología. A su vez, los ataques terroristas han desencadenado consecuencias negativas como la situación de ‘ansiedad’, con violaciones de derechos humanos en la imposición de medidas de seguridad nacional.

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la resolución A/RES/73/296 titulada "Día Internacional en Conmemoración de las Víctimas de Actos de Violencia Basados en la Religión o la Creencia", que condena enérgicamente la violencia y los actos de terrorismo dirigidos a individuos, incluidas las personas pertenecientes a minorías religiosas, sobre la base o en nombre de una religión o creencia.

Del mismo modo, la necesaria limitación de la libertad de asociación, tal y como se desprende de la STEDH Vona c. Hungría, de 9 de junio de 2013, asimismo la retirada de apoyo financiero a fundaciones o a cualquier asociación que pueda estar ligada a actividades terroristas,

aunque también persigan fines sociales y religiosos, o sólo cuando ataquen el patrimonio cultural religioso como ‘forma de destruir la identidad religiosa de los creyentes’, o que trafiquen con estos bienes. Y, como se recomienda también en la Declaración ministerial sobre la prevención y la lucha contra la radicalización que conducen al extremismo violento, celebrada en Belgrado (2015) por la OSCE, se condena firmemente la destrucción del patrimonio cultural y de lugares religiosos. Indicar someramente la primera condena de la Corte Penal Internacional por destrucción de patrimonio histórico en Tombuctú: el caso Al Mahdi. Además, es de suma actualidad que, con fecha de 21 de enero de 2021, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó una resolución condenando los delitos contra los sitios religiosos y el patrimonio cultural. La resolución se titula "Promoción de una cultura de paz y tolerancia para salvaguardar los lugares religiosos".

De todos estos hechos violentos que nacen del odio a los creyentes o desde los creyentes, aparece el olor fétido de las fobias, que generan más odio y etiquetas.

5.2.1. Islamofobia

El término islamofobia no es nuevo, ya lo sentimos en las cruzadas, aunque no se utilizaba este término, pero sí la beligerancia a los moros, si bien en un contexto distinto. Aunque al Consejo de Europa le preocupa más la intolerancia hacia cualquier religión que la islamofobia en concreto, manifiesta que es una realidad alarmante, tal y como comprobaremos en sus Resoluciones.

En lugar de usar el término islamofobia, sería más correcto usar el término islamofobias, ya que el fenómeno tiene una doble dimensión: religiosa y política. En un informe del Relator Especial, se advierte de un aumento manifiesto de la misma, con dos características fundamentales: la legitimación intelectual de la hostilidad hacia el Islam y sus seguidores, y la tolerancia política de tal hostilidad en muchos países.

También en una Resolución de la Asamblea General de 18 de diciembre de 2007, se observa con preocupación la intensificación de la campaña de difamación de las religiones y la caracterización negativa de que han

sido objeto las minorías musulmanas a través de los trágicos acontecimientos del 11 de septiembre de 2001; esta Resolución fue avalada por la Organización de las Comunidades Islámicas (OCI), en la lucha contra la difamación de las religiones.

En efecto, a esto se deben sumar las campañas de deslegitimación de una cultura religiosa a través de los medios de comunicación, la consideración de la religión como algo retrógrado e irracional que provoca guerras, lo que genera el discurso de intolerancia y de odio. En este contexto, en el informe del Relator especial, Ambeyi Ligabo, sobre ‘Civil and political rights, including the question of freedom of expression’.

El asesinato a plena luz del día del 2 de noviembre de 2004 en los Países Bajos del director Théo Van Gogh y la violencia en Tailandia, además de otros muchos episodios de violencia, han originado una lógica basada en un choque de culturas.

En algunos países, en particular en los europeos, se crean políticas en materia religiosa que prohíben sus símbolos religiosos, dificultan la construcción de mezquitas y lugares de culto.

Estas acciones políticas y sociales dan lugar al extremismo de jóvenes musulmanes que se sienten heridos en su identidad. Como afirma Combalía Solís, al Islam le pesa el desprecio de Occidente hacia unas creencias que son la esencia de su identidad, desprecio amparado en lo que ellos consideran un ejercicio frívolo de la libertad.

Algo parecido estamos respirando en Francia que, tras el caso Charlie Hebdo, dio lugar a muchas manifestaciones anti-islámicas de carácter civil y político. Martínez – Torrón aporta una reflexión crítica sobre los hechos: “Su labor periodística era tan jurídicamente legítima como, a juicio de muchos, moral y socialmente reprobable. Ese es un matiz que creo que ha faltado en no pocas de las manifestaciones que han utilizado el lema *Je suis Charlie*, y que han podido ser entendidas por muchos como una suerte de ‘beatificación’ de periodistas cuya actividad se asemejaba, más que a la lucha por las libertades, a un negocio –por lo demás fallido- basado en el humor grotesco y en el escándalo. Poner el acento en la concreta actitud de Charlie Hebdo, presentando a sus

redactores como héroes en lugar de subrayar la importancia de tutelar la libertad de expresión y de conciliarla con el respeto por las libertades y la fama de los demás, es probablemente un error de perspectiva, que una tragedia en la que abundan las víctimas, pero se echan de menos los héroes (exceptuando a los agentes de seguridad caídos).

No obstante, también se produjo la defensa de la libertad de conciencia y de la religión como aplicable a los musulmanes, en un contexto de laicidad inclusiva, como afirmó Bernard Cazeneuve, entonces Ministerio del Interior, declarando su indignación también por la profanación de las mezquitas.

Países como Bélgica, al igual que Francia, mantienen políticas en contradicción. Se intenta promover la armonía en una sociedad multicultural, pero al mismo tiempo se ejerce un control exhaustivo en dos direcciones. Una se refiere a las medidas de seguridad debido a los ataques terroristas que han generado sentimientos anti-musulmanes; la otra se concreta en prohibiciones como el uso de símbolos religiosos que se pueden considerar como leyes discriminatorias, o el hecho de no aceptar menús diferentes en las escuelas o en prisiones, entre otras políticas en materia religiosa.

Con respecto a España, hemos de afirmar que la identidad nacional, los usos, tradiciones y costumbres que han alimentado incluso la cultura jurídica de un país, no pueden admitir fisuras en los elementos que conforman la estructura de ese edificio llamado cultura, sólo se puede dejar permear por aquello que aporte valores de cohesión, de respeto por los derechos humanos, y de igualdad entre el varón y la mujer, de ahí que a pesar del principio de cooperación con las confesiones religiosas, y los acuerdos con comunidades islámicas, haya denegaciones de nacionalidad española por practicar la poligamia, o existir riesgo inminente de radicalización, ya que el terrorismo ha creado una alerta alta tras los atentados de atocha y en las ramblas de Barcelona. En cambio, el respeto por el ejercicio de la libertad religiosa en igualdad de condiciones, incluso después de acaecer cada atentado, es un distintivo de nuestro Estado de libertad religiosa.

5.2.2. Antisemitismo

Aunque la Asamblea Parlamentaria nos recuerde la contribución judía a la cultura europea, la fobia a los judíos no sólo se ha manifestado con toda su rabia en el Holocausto judío²⁶⁸. Tanto los musulmanes como los judíos, y los cristianos han estado enfrentados, abriendo un surco profundo de separación.

En muchos países de Europa, no sólo en España, se produjo una oleada de antisemitismo desde finales del siglo XIII que dio lugar, por ejemplo, a la expulsión de los judíos de Inglaterra, durante el reinado de Eduardo I, en incluso, grandes matanzas de judíos, sobre todo desde comienzos del siglo XIV. Murieron muchos judíos igualmente por las oleadas de antisemitismo en Francia.

El odio racial condujo al Holocausto, y en el siglo XXI continuamos percibiendo el odio y la xenofobia antisemita como el caso de Argentina.

No obstante, el esfuerzo por erradicar el antisemitismo es constante, especialmente en Alemania, donde la extrema derecha supone un peligro. Así se afirma en el Informe del ECRI de 2008: “19. El Gobierno alemán prestó especial atención durante las negociaciones a los temas del antisemitismo, a la importancia de la educación y la formación en relación con una labor preventiva, a la lucha contra la propaganda del odio (especialmente en la Internet), a la prohibición de las organizaciones extremistas y a la tolerancia entre las religiones”.

5.2.3. Cristianofobia

Como afirma Ravasi, “quisiéramos resaltar la función generativa que la Biblia ha desempeñado para la cultura occidental, por medio de una presencia tal hasta convertirla en una suerte de ‘léxico’ iconográfico y de modelo ideológico del que tomar. No en vano afirmaba Chagall que ‘las páginas bíblicas son el alfabeto embellecido en el que durante siglos los pintores han mojado su pincel’”.

Sin embargo, a lo largo de la historia, cristianos, judíos y musulmanes han protagonizado ejemplos de xenofobia y segregación étnica o cultural ante la diversidad sociocultural, lingüística y religiosa de las tres religiones.

Para los musulmanes, los cristianos eran los puercos cristianos y los infieles politeístas, a pesar de la atracción por su arte, su comida, y de los arabismos que se introdujeron en el vocabulario de las lenguas romances.

Recordemos el caso de la asociación anarquista CNT, que ante la visita del Papa en la Jornada Mundial de la Juventud en 2011, lanzó una campaña mediática y en internet contra la misma, que incluían un dibujo con un obispo ahorcado, una iglesia ardiendo con el slogan ‘la única iglesia que ilumina es la iglesia que arde’, o un montaje fotográfico en el que se ve la silueta del Papa dentro de una mira telescópica y con la frase ‘totus muertos’ (jugando con las palabras latinas del conocido lema de Juan Pablo II, ‘totus tuus’).

Siguiendo a Martínez-Torrón, la Audiencia Provincial entendió, sorprendentemente, que se trataba de meras críticas hacia la Iglesia Católica y sus instituciones, que entraban dentro del legítimo ejercicio de la libertad de expresión, que en ningún caso constituían escarnio público (art. 525 CP). El autor señala que habría sido ilustrativo observar cuál hubiera sido la decisión del mismo tribunal en caso de, por ejemplo, expresiones equivalentes referidas a judíos, mujeres o personas de orientación homosexual. ¿Se hubiera entendido que una sinagoga ardiendo era un ejercicio de crítica jurídicamente aceptable hacia la religión judía? ¿O que una mujer ahorcada o una persona homosexual en el centro de una mira telescópica, con la consigna ‘totus muertos’, constituían una legítima discrepancia e intercambio de ideas en relación con presuntos excesos de los movimientos feministas o impulsores de los derechos de los homosexuales?

La presión contra los cristianos se manifiesta a nivel individual y contra las Iglesias cristianas. Aunque las iglesias reclaman autonomía en sus asuntos internos, y libertad para expresarse sobre temas que acucian a las personas, porque aceptar leyes en democracia no significa renunciar

a la libertad de expresión, sus voces se ven sofocadas, siendo objeto de acusaciones de homofobia, y de una visión retrógrada de la persona y de la sociedad, que debería cambiar o quedar escondida en la conciencia, en el fuero interno.

Por el contrario, las ofensas al Cristianismo tienen un efecto diferente. En opinión de Rafael Palomino, es normal, por otra parte, que se haya puesto sobre el tapete la espinosa cuestión del doble rasero social al juzgar expresiones contra la religión. Es decir: parece que no es lo mismo la ofensa al Islam que la ofensa al Cristianismo, y que el diario danés Jyllands-Posten merece admiración y apoyo por su defensa a la libertad de expresión, mientras que Benedicto XVI merece una seria reprimenda por el discurso de Ratisbona.

María Blanco también pone de manifiesto la opresión de las minorías religiosas. Hace referencia al atentado terrorista contra la Iglesia siro-católica de Nuestra Señora de la Salvación en Bagdad, el 31 de diciembre de 2010, donde irrumpieron los terroristas durante la celebración de la misa. En abril de 2017, IS atenta contra dos iglesias en Egipto, el Domingo de Ramos, y deja casi medio centenar de muertos.

En África se tuvo que solicitar permiso para utilizar el término Alá por los cristianos, ya que en malayo no existe otra palabra para referirse a Dios. El Tribunal Supremo dictaminó a su favor, pero las respuestas sociales obligaron a suspender la ejecución de la sentencia.

En estos casos, se dice que no sólo se trata de falta de reciprocidad, sino de lo más importante, de una violación de la libertad religiosa y de la libertad de expresión, de una agresión a la dignidad humana y a la vida humana, por parte de personas que hacen una lectura diferente de los derechos humanos, hay diferentes modos de concebir el sentido de la razón, en relación con la fe.

En otras palabras, los extremos son los enemigos del pluralismo y de la laicidad, como es el caso del fundamentalismo religioso y del laicismo estatal. Quizá por esto Benedicto XVI afirmó que uno de los elementos principales de la laicidad es: “asegurar la libertad para que todos puedan proponer su visión de la vida común, dentro del respeto a los demás y *en el contexto de leyes que miran al bien de todos*”.

6. CONCLUSIONES

6.1 PRIMERA CONCLUSIÓN

La capacidad de odiar al igual que la capacidad de amar es algo intrínseco y natural al ser humano. Incitar al amor no constituye un delito, pero sí la incitación al odio. Algunas personas consideran que determinadas etiquetas, como la religión y las creencias, son merecedoras de odio hacia las personas que las portan, y que el hecho de incitar al odio, a la violencia, a la discriminación y a la hostilidad contra ellas, es un acto de amor a Dios.

Las duras batallas por el poder y la religión no han hecho verter tantas páginas de relato y de instrumentos normativos, como el holocausto basado en el odio provocado por el sentimiento de superioridad racial de los alemanes nazis.

Posteriormente, hemos presenciado genocidios impregnados de odio y de violencia, como el de los Kurdos en Armenia o el de los Tutsi en Ruanda, pero el odio de los creyentes como reacción ante el ejercicio de libertades operadas por personas no creyentes o indiferentes, se ha convertido en el centro de la producción científica y de la atracción mediática.

En este caso, es el odio de personas sobre las que cuelga la etiqueta de una religión y de unas creencias como su identidad propia, contra personas que no tienen la misma y plena identificación. Pasamos de la superioridad racial a la superioridad religiosa.

6.2. SEGUNDA CONCLUSIÓN.

Se constata que se siente, se vierte y se hace apología del odio no sólo desde los creyentes hacia el diferente, sino de cualquier ser humano hacia las personas por razón de su religión o creencias como respuesta a los delitos cometidos, o simplemente por odio hacia la etiqueta en sí misma. Hay un incremento de delitos de odio basados en la Islamofobia, según se desprende de los datos manejados por el Observatorio para el Pluralismo Religioso en España. La OSCE opera con otros recursos distintos de los informes oficiales de España emanados del Ministerio

del Interior, y considera que en España se vive también el antisemitismo, el odio anti-Roma y anti-Cristianismo, siendo éste último más elevado en incidentes contra la propiedad. No obstante, el número de crímenes tuvo su punto álgido en 2017 y fue descendiendo hasta la actualidad.

6.3. TERCERA CONCLUSIÓN

España ha adecuado su legislación para perseguir los delitos de odio, de hecho, la legislación penal española suscribe el acuerdo de uso del término de odio utilizado en el ámbito de la OSCE. Tenemos un Plan de Acción de Lucha contra los Delitos de Odio (2019), en el que están implicadas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. También emiten informes anuales en los que aparecen datos estadísticos de los delitos de odio por razón de religión o de creencias, actualmente se han introducido encuestas sobre delitos de odio.

Debido a la jurisprudencia reciente sobre el escarnio, hay que diferenciar los delitos de los artículos 522 a 526 del mismo Código sobre ofensas a los sentimientos religiosos, del artículo 510. En la exégesis de las reformas del derecho penal español así como de la LECr., no debemos obviar la Guía Práctica para la Abogacía sobre delitos de odio, elaborada por la Fundación de la Abogacía Española que pone de relieve que es una actuación marcada por la casuística y, sobre todo, por el abanico de interpretaciones que se abre en el análisis jurídico de las conductas tipificadas en el artículo 510 del Código Penal; de hecho es una cuestión de no poca enjundia para jueces, fiscales y abogados si la gravedad legal de una determinada ofensa o agresión de este tipo es modulable según el contexto político y social en el que se produce.

España no quería europeizarse en cuanto a la doctrina del negacionismo. La STC 235/2007, de 7 de noviembre, se muestra conforme con sancionar penalmente la justificación del genocidio, puesto que puede considerarse una incitación indirecta al delito, pero no así el negacionismo que en sí mismo sería simplemente una opinión amparada en la libertad de expresión.

Ahora bien, la reforma de 2015 incluye como delito, la negación pública o el enaltecimiento de los delitos cometidos contra grupos o personas, por razón de su pertenencia a una determinada religión, etnia, origen, sexo, enfermedad u orientación sexual.

6.4. CUARTA CONCLUSIÓN

La frase tan manida ‘clashing rights’ se refiere, en este supuesto, al pretendido ejercicio de la libertad religiosa de los yihadistas musulmanes frente a la libertad de expresión, la libertad religiosa y la libertad ideológica de otros, además de los múltiples corolarios en los que pueden derivar el encuentro, como la libertad de prensa, de opinión y de información.

Como advierto en el texto, se dice que la libertad religiosa es la primera de las libertades, pero la libertad de expresión tiene un enorme potencial político y democrático, a la que se supone capaz de alterar gobiernos y modular sociedades.

Se debe realizar una interpretación del caso concreto, y mantener un equilibrio entre las diferentes libertades, aunque en los conflictos de libertad de expresión, se gira en torno a la igualdad y la no discriminación religiosa, así como al respeto al pluralismo y a la diversidad religiosa. Pues bien, la libertad de expresión puede ejercerse a modo de crítica intensa hacia la religión, siempre que su intención no sea la calumnia deliberada, y lo que más nos interesa, la de promover el odio.

6.5. QUINTA CONCLUSIÓN.

En el discurso de odio religioso vemos una conexión con el terrorismo, en el que el odio y las emociones están en el lenguaje derogatorio y exterminador de incitación y apología. A su vez, los ataques terroristas han desencadenado consecuencias negativas como la situación de ‘ansiedad’, con violaciones de derechos humanos en la imposición de medidas de seguridad nacional.

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la resolución A/RES/73/296 titulada "Día Internacional en Conmemoración de las Víctimas de Actos de Violencia Basados en la Religión o la Creencia",

que condena enérgicamente la violencia y los actos de terrorismo dirigidos a individuos, incluidas las personas pertenecientes a minorías religiosas, sobre la base o en nombre de una religión o creencia.

6.6. SEXTA CONCLUSIÓN

Lo que conocemos como victimología y el mejor conocimiento de los delincuentes con el fin de prevenir el delito y aminorar o reparar sus consecuencias, se ven reforzados a través de una tarea propia de los juristas. La violencia generada por la incitación al odio religioso, en cuanto atentado a la vida, a la integridad física y moral, ha generado que a nivel internacional, regional y nacional se estén aplicando medidas de seguridad y se estén diseñando políticas de Estado para evitar la radicalización (prevención), y castigar a los criminales (justicia retributiva). La justicia restaurativa y distributiva se combina para prevenir el delito, castigar al criminal, y atender a las víctimas. Ahora bien, el Derecho penal siempre va de la mano del autor del delito, de ahí que la justicia distributiva siga en alza frente a las tendencias más recientes de estudios victimológicos y prevención del delito propias de la Criminología.

Además, tanto la atención a las víctimas como al autor debería incluir un aprendizaje de reconocimiento y respeto del otro, con la conciencia de la historia de genocidios del siglo XX y XXI. La metodología de este aprendizaje consiste en construir la tolerancia y una ciudadanía responsable a través de la educación, buscando igualmente consensos que asuman los diferentes modelos de justicia en el orden nacional e internacional.

6.7. SEPTIMA CONCLUSIÓN.

La sociedad civil y las ONG deben participar en la lucha contra la radicalización y el manejo del pluralismo religioso, pero también los líderes religiosos deben participar en el acometimiento contra la violencia religiosa, avivando el sentido de la paz y la convivencia con lo diferente.

6.8. OCTAVA CONCLUSIÓN

Se exige un código de buenas prácticas para los medios de comunicación. El Estado debe aplicar políticas de formación de periodistas en el ejercicio responsable de la profesión.

6.9. NOVENA CONCLUSIÓN

El ciberodio se practica a través de internet, y el Consejo de Europa vigila el libre acceso a internet, aunque con las debidas garantías constitucionales en materia de libertad de expresión.

7. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

Agradecimiento a las instituciones que financian y apoyan el Congreso Nodos del Conocimiento, y a Javier Martínez Torrón, Investigador principal del Proyecto:” Dignidad Humana y Cohesión Social: una búsqueda de vías para minimizar el efecto socialmente divisivo de los conflictos entre derechos humanos en el ámbito de religión y de creencias” (HUDISOC), del que formo parte como investigadora

8. REFERENCIAS

- Briones Martínez, I. M. (2018): El delito de odio por razón de religión y de creencias. La educación en la religión contra el terrorismo de la palabra y de la violencia, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra)
- Blanco, M. (2011). Libertad religiosa y globalización: quiebra de la reciprocidad. En *Revista General del Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 25.
- Combalía Solís, Z. (2011). El derecho de libertad de expresión en el Islam: perspectiva comparada. *Derecho Islámico e Interculturalidad*, Iustel.
- Finzi, R.(1999). L'antisemitismo : dal pregiudizio contro gli ebrei al campi di sterminio. Firenze, Giunti.
- Gutiérrez del Moral, M.J. (2021).El odio religioso en las recomendaciones de la comisión europea contra el racismo y la intolerancia (ECRI).*Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. 56.
- Martí Sánchez, J.M., Moreno Mozos, M.M., Catalá Rubio, S. (2018). *Derecho de difusión de mensajes y libertad religiosa*. Dykinson

- Martínez – Torrón, J. (2015). La tragedia de Charlie Hebdo: algunas claves para un análisis jurídico. *El Cronista del Estado Social y Democrático* 50.
- Nelis, J., Sägerser, C., Schreiber, J. (2017). Religion and Secularism in the European Union. Bruxelles, Belgium: Peter Lang Verlag. Retrieved Jan 8, 2022, from <https://www.peterlang.com/document/1113297>
- Palomino Lozano, R. (2012). Libertad de expresión y libertad religiosa: elementos para el análisis de un conflicto. *Revista General del Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 29.
- Ravasi, G. (2012). La palabra bella: la Biblia como “Gran Código” de la cultura occidental. En *Cristianismo, Universidad y Cultura*, Conferencia Episcopal Española.
- Rhonheimer, M. (2009). Cristianismo y laicidad: historia y actualidad de una relación compleja. Madrid.
- Sánchez Albornoz, C. (1974). El Islam de España y el Occidente. Madrid.
- Suárez Bilbao, F. (2013). 1096, los orígenes del antisemitismo en Europa. Madrid: Dykinson, D.L.
- Teruel Lozano, G. M. (2017). El discurso del odio y el discurso negacionista. *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Athenaica Ediciones Universitarias, 161-176.
- Yarza, F. S. (2007). Blasfemia, libertad de expresión y seguridad. *Religión, libertad y seguridad*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 40-41
- ECHR. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165143> (consultado, 7/12/2017)
- VATICAN (2012). Encuentro con las autoridades en Milán, Visita a la Archidiócesis de Milán, VII encuentro mundial con las familias. 1-3 de junio de 2012. https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/es/speeches/2012/june/documents/hf_ben-xvi_spe_20120602_autorita-milano.html (consultado, 14 de marzo de 2018).

DESARROLLANDO COMPETENCIAS CLAVE PARA LA SOSTENIBILIDAD MEDIANTE LA REALIZACIÓN DE UN TRABAJO FIN DE ESTUDIOS (TFE): UN ANÁLISIS DE LA PERSPECTIVA DEL ALUMNO

NIEVES GARCÍA DE FRUTOS
Universidad de Almería

RAQUEL ANTOLÍN LÓPEZ
Universidad de Almería

JUSTO RAMÍREZ FRANCO
Universidad de Almería

MARÍA DEL MAR GÁLVEZ RODRÍGUEZ
Universidad de Almería

1. INTRODUCCIÓN

Ante la importancia de los problemas relacionados con la sostenibilidad en el mundo actual, cada vez se alzan más voces pidiendo un cambio de paradigma. Este cambio de paradigma afecta a todos los actores de nuestra sociedad: gobiernos, empresas, ciudadanos, y especialmente, universidades. La educación, a nivel universitario, se considera un motor de cambio esencial para poder garantizar un desarrollo sostenible en el futuro (Montiel et al., 2018; 2020). De esta forma, las universidades y escuelas de negocios han reconocido la necesidad de integrar la educación por el desarrollo sostenible como un aspecto fundamental para mejorar la calidad de la educación de nivel superior (Leal-Filho et al., 2016). En este sentido, Setó-Pamies y Papaioikonomou (2020) reconocen una cuádruple función de las universidades en materia de sostenibilidad: 1) enseñar a los alumnos la importancia de la sostenibilidad, 2) realizar investigación y generar conocimiento que ayude a solventar retos de sostenibilidad, 3) comportarse como organizaciones sostenibles y 4) actuar como stakeholder para defender estos principios en el

diálogo con otros grupos de interés. El presente trabajo de investigación se centra en la primera función enunciada ya que pretende fomentar el desarrollo de competencias de sostenibilidad entre el alumnado de empresariales.

1.1. EDUCANDO EN CAPACIDADES PARA LA SOSTENIBILIDAD

En su informe de 2017 sobre educación para el desarrollo sostenible, la Unesco enumeró una serie de competencias que los alumnos deberían dominar para poder garantizar un mejor futuro y avanzar en la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la agenda de 2030 de las Naciones Unidas (Unesco, 2017). Específicamente, se trata de ocho competencias denominadas “Competencias Clave para la sostenibilidad”:

1. Competencia de pensamiento sistémico: Habilidad de reconocer y entender las interrelaciones que existen entre los distintos elementos de sostenibilidad, y cómo estos interactúan a distintos niveles y dentro de distintos sistemas.
2. Competencia de anticipación: Capacidad para prever y evaluar múltiples escenarios futuros, así como sus causas y consecuencias, para intentar reducir riesgos e impactos negativos potenciales.
3. Competencia normativa: Capacidad para comprender y reflexionar sobre los valores y normas subyacentes a las acciones de sostenibilidad, con el fin de mejorar los procesos de negociación y conflictos entre intereses contrapuestos por parte de distintos stakeholders.
4. Competencia estratégica: Capacidad para colaborar y fomentar acciones coordinadas innovadoras que fomenten un desarrollo sostenible a nivel local y global.
5. Competencia de colaboración: Capacidad para analizar los problemas de sostenibilidad desde la perspectiva y valores de otros (empatía), capacidad para resolver conflictos grupales, y capacidad de resolución de conflictos de forma colaborativa y participativa.

6. Competencia de pensamiento crítico: Capacidad para cuestionar las normas, opiniones, razonamientos, y prácticas de otras personas y de uno mismo con el objetivo de desarrollar la habilidad de adoptar una postura efectiva en el discurso de la sostenibilidad.
7. Competencia de autoconciencia: Capacidad de reflexión personal sobre el papel que uno mismo tiene a nivel local, en sus comunidades, y a nivel global, como parte de la sociedad, con el fin de promover la acción individual en materia de sostenibilidad lidiando con las emociones y deseos a nivel individual.
8. Competencia integrada de resolución de problemas: Capacidad para aplicar distintos marcos para la resolución de problemas de sostenibilidad caracterizados por altos niveles de complejidad y que requieren la ideación de soluciones innovadoras y equitativas para asegurar el desarrollo sostenible. Esta competencia requiere de la integración de las competencias anteriormente mencionadas.

1.2 LOS TRABAJOS FIN DE ESTUDIOS COMO HERRAMIENTA PARA TRABAJAR COMPETENCIAS RELACIONADAS CON LA SOSTENIBILIDAD

Por sus características, los Trabajos Fin de Estudios (TFE) se presentan como una herramienta muy adecuada para desarrollar un proceso de aprendizaje sobre sostenibilidad por parte del alumnado. Un TFE es un proyecto final exigido en un número creciente de países (ej., Espacio Europeo de Educación Superior) como condición obligatoria para poder obtener una titulación universitaria, ya sea grado (Trabajo Fin de Grado – TFG) o máster (Trabajo Fin de Máster – TFM). Estos trabajos son concebidos como proyectos autónomos en los cuales los alumnos trabajan de forma individual con la supervisión de un tutor y que tienen como finalidad favorecer que el estudiante combine e integre el conocimiento y habilidades adquiridas a lo largo de las materias de la titulación. Por tanto, los TFE están basados principalmente en el método pedagógico del aprendizaje basado en proyectos.

El aprendizaje basado en proyectos consiste en un enfoque pedagógico que organiza el aprendizaje en torno a estos; haciendo que los proyectos—los TFE en nuestro caso—sean la herramienta conductora del proceso de aprendizaje (Rodríguez et al., 2015). Los proyectos son tareas complejas, basadas en preguntas o problemas desafiantes, que involucran a los estudiantes en actividades de diseño, resolución de problemas, toma de decisiones e investigación (Guo et al., 2020; LealFilsho, 2016).

El método de aprendizaje basado en proyectos fue formulado por primera vez por William Heard Kilpatrick en su ensayo "El método del proyecto" (1918). Este autor argumentaba que el aprendizaje teórico necesitaba una parte práctica en la que basarse, insistiendo en que lo importante no es tanto el resultado, sino el proceso y la adquisición de habilidades. La idea central de este método de aprendizaje es vincular la teoría con la práctica a través de la resolución de problemas reales relacionados con el contexto profesional futuro que encontrarán los estudiantes (Guo et al., 2020). Así este método anima a los estudiantes a asumir la responsabilidad de su propio proceso de aprendizaje pasando de ser un sujeto pasivo a un sujeto activo (Rodríguez et al., 2015). Este cambio en el rol del estudiante surge a partir del reconocimiento de que los métodos de enseñanza tradicionales no preparaban de forma satisfactoria a los estudiantes para lidiar con los problemas profesionales y de la sociedad que son complejos, dinámicos, y están caracterizados por altos niveles de incertidumbre (Fernandes, 2014).

Por tanto, los TFE, basados en la metodología activa de aprendizaje basado en proyectos, se plantean cómo una estrategia pedagógica clave para la adquisición de las competencias de sostenibilidad enumeradas anteriormente. En primer lugar, el aprendizaje basado en problemas contribuye a desarrollar la competencia de pensamiento sistémico. Al trabajar con problemas de sostenibilidad reales, el aprendizaje basado en proyectos es una herramienta esencial para la implementación integrada y dinámica del conocimiento adquirido a lo largo de los años de estudio (Birdman et al., 2021; Rodríguez et al., 2015), y así operacionalizar enfoques integradores hacia la sostenibilidad (Leal-Filho et al., 2016). Los TFE permiten desarrollar la capacidad de entender los

problemas de sostenibilidad de una forma holística, ya que requieren analizar todos los elementos clave, y sus relaciones para resolver la pregunta planteada. De naturaleza más transversal que otros proyectos que puedan desarrollarse en otra asignatura, los trabajos fin de estudios permiten a los alumnos integrar distintos campos de conocimiento (Zamora Polo & Sánchez Martín, 2015).

En segundo lugar, los TFEs ayudan al desarrollo de competencias relacionadas con la anticipación, competencia normativa, y la competencia estratégica. Para resolver los problemas y preguntas de los que parten estos trabajos, los alumnos necesitan realizar distintas predicciones sobre múltiples escenarios (Hmelo-Silver, 2004), favoreciendo el desarrollo de competencias de anticipación. Además, los estudiantes necesitan basar dichas predicciones en evidencia y conocimiento a través de la identificación de sus causas o antecedentes del problema de sostenibilidad, desarrollando así competencias normativas. Finalmente, los estudiantes tienen que evaluar las posibles consecuencias de las distintas opciones estratégicas y ser creativos para poder elegir la mejor resolución al problema, lo que contribuye al desarrollo de competencias estratégicas.

En tercer lugar, los TFE tienen un carácter interdisciplinar que requieren analizar los problemas de sostenibilidad desde distintas perspectivas y valores, así como distintos razonamientos teóricos y prácticos, y marcos de resolución de problemas. Estas acciones contribuyen al desarrollo de competencias de colaboración y, resolución de problemas respectivamente. Esto es importante ya que los problemas de sostenibilidad se caracterizan por altos niveles de complejidad (Gallo et al., 2020).

En cuarto lugar, los TFEs requieren capacidad crítica para resolver el problema de sostenibilidad de forma efectiva (Leal Filho et al., 2016). En este caso el problema sirve como estímulo para que los estudiantes identifiquen lo que necesitan aprender para comprender y resolver el problema, buscando una solución adecuada y basando sus decisiones en el razonamiento crítico (Rodríguez et al., 2015). Por tanto, los TFEs favorecen el desarrollo de competencias de pensamiento crítico.

Finalmente, el aprendizaje basado en problemas promueve el autoaprendizaje y el desarrollo personal del estudiante a través de la búsqueda de soluciones a situaciones reales de sostenibilidad y problemas profesionales actuales (Birdman et al., 2021; Kricsfalussy et al., 2018). Por tanto, los TFEs ayudan al estudiante en el desarrollo de la competencia de autoconciencia.

Por tanto, los TFEs proporcionan una buena herramienta para dar un impulso final y revisar las competencias de sostenibilidad desarrolladas durante la titulación, además de ser una oportunidad para aplicar las competencias de sostenibilidad de manera holística.

2. OBJETIVOS

El presente trabajo, pretende valorar el efecto que la realización de un TFE en materia de sostenibilidad y empresa ejerce sobre los alumnos de las titulaciones de ciencias empresariales. De forma más específica, se desea conocer

- Cuáles son las principales motivaciones que llevan a los alumnos a elegir realizar un TFE de estas características.
- Determinar cuál es la evaluación del nivel de conocimiento y competencias adquiridas por los alumnos al desarrollar este trabajo.
- Identificar qué partes del trabajo entrañan mayor y menor dificultad para los alumnos.
- Conocer cuál es el nivel de satisfacción a nivel personal manifestado por los alumnos al finalizar la realización de un TFE sobre sostenibilidad y empresa

3. METODOLOGÍA

Para llevar a cabo esta investigación se seleccionaron como público objetivo aquellos alumnos que habían realizado un TFE sobre empresa y sostenibilidad en los dos cursos anteriores a la recolección de datos.

Estos alumnos pertenecían en su totalidad a la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Almería, aunque en el momento de la recogida de datos, la mayoría ya había finalizado sus estudios. Debido al reducido número de alumnos que realizan un TFE de las características requeridas, se optó por un diseño de la investigación de tipo principalmente cualitativo.

Con el fin de maximizar las oportunidades de respuesta, se optó por el desarrollo de un cuestionario, con preguntas de respuesta abierta—a excepción de una de ellas, en la que las opciones de respuesta estaban cerradas. En total, el cuestionario estaba compuesto por siete preguntas, que trataban temas relacionados con: 1) las motivaciones que llevaron a los alumnos a elegir el tema, 2) la evaluación del proceso de desarrollo del trabajo y 3) consecuencias de la realización del trabajo y recomendaciones para futuros alumnos.

El cuestionario se distribuyó de manera online. Se contactó por correo con los alumnos que cumplían los requisitos para formar parte de la muestra y se les envió el enlace para responder al cuestionario, garantizándoles el anonimato y alentándolos a ser lo más sinceros posibles. Estos alumnos habían realizado bien un TFG—Grados de Administración y Dirección de Empresas o Marketing e Investigación de Mercados—o bien un TFM—Máster en Gestión Internacional de la Empresa e Idiomas o Máster en Dirección y Gestión de Empresas. Como resultado, algo menos de la mitad de los alumnos contactados (42%) realizaron el cuestionario.

Como se ha mencionado, a excepción de la pregunta cerrada, el resto de las preguntas del cuestionario eran abiertas y por tanto contenían información de tipo cualitativo. Por tanto, se analizaron de forma distinta, aunque los resultados obtenidos se comentarán de manera integrada. La pregunta cerrada fue analizada mediante análisis estadísticos descriptivos (frecuencias), mientras que para las preguntas abiertas realizamos análisis cualitativos. De esta forma, para su análisis procedimos primero a separar las respuestas en unidades de información, que a las que se les fueron asignando códigos. Los códigos se fueron agrupando sucesivamente en función de los temas y subtemas que iban surgiendo. Esto se hizo en primer lugar para las respuestas de cada

pregunta por separado. Después, se realizó un segundo análisis permitiendo que los temas se agruparan por afinidad de contenido, independientemente de la pregunta bajo la que se hubieran formulado. Si bien cabe mencionar que no hubo demasiadas diferencias con respecto a la primera codificación. Esto indica que los alumnos respondieron a las preguntas de forma bastante específica.

4. RESULTADOS

Se obtuvieron respuestas de 12 de los alumnos contactados. Un análisis preliminar de la información mostró que, a pesar de no ser obligatorio, todos los participantes habían respondido a todas las preguntas y que todas las respuestas dadas tenían sentido. Por tanto, no hubo que descartar ningún resultado a la hora de realizar el análisis de la información.

4.1. MOTIVACIONES PRINCIPALES

Preguntados por su principal motivación para elegir un TFE relacionado con empresa y sostenibilidad, encontramos que la mayoría de los alumnos que respondieron al cuestionario afirmaron haber elegido este tipo de trabajo por la existencia de un interés personal previo (9). Por otra parte, tan sólo hemos encontrado 3 estudiantes que indican haber realizado un trabajo de esta temática como consecuencia de la recomendación de su tutora.

“Realmente no sabía qué TFE iba a realizar, pero al hablar con mi tutora me puso sobre la mesa la posibilidad de hacer un TFE relacionado con la sostenibilidad y me pareció muy interesante la idea.”

Adentrándonos con mayor detalle en las motivaciones proporcionadas por los estudiantes, encontramos que la mayoría de éstos menciona la relevancia del tema, así como su gran actualidad. También hay varios alumnos que dicen haber elegido el tema porque “*no se está teniendo suficientemente en cuenta*” indicando que no se le está dando toda la relevancia que sería necesario en los planes de estudios. En línea con este argumento, encontramos a varios estudiantes que mencionan las posibilidades de investigación que los temas relacionados con

sostenibilidad y empresa ofrecían, al haber recibido tradicionalmente una menor atención. Hay unos pocos estudiantes que mencionan el interés empresarial que les suscita el tema. Estos alumnos partieron de la base de que la realización de un TFE sobre empresa y sostenibilidad les ayudaría a encontrar soluciones a los problemas actuales. Finalmente, también hay alumnos que manifiestan una alineación entre el tema del TFE con sus propios valores personales. Llegado este punto, es conveniente mencionar que la mayoría de las respuestas obtenidas incluyeron más de una motivación específica.

“La sostenibilidad y el respeto por el medio ambiente son dos cuestiones primordiales en la actualidad, y consideré que como posible futura empresaria y como persona podría reportarme conocimientos en el tema, recabar información para conocer un poco más la situación real y concienciar sobre la importancia de todo lo relacionado con la sostenibilidad.”

4.2. EVALUACIÓN DE COMPETENCIAS Y CAPACIDADES ADQUIRIDAS

Con respecto al nivel de conocimiento adquirido, los alumnos tienen una visión bastante positiva. Cuando les preguntamos si consideran que el TFE les ha ayudado a tener suficiente conocimiento sobre sostenibilidad, la gran mayoría responde que sí (10 individuos) y los dos restantes dicen que han conseguido una base, pero que creen necesario adquirir más conocimientos. Varios estudiantes están de acuerdo en que la realización de un proyecto de estas características les ha permitido obtener una visión más amplia sobre la sostenibilidad, por lo que podemos deducir que se ha mejorado su capacidad de pensamiento sistémico. Algunos incluso declaran como, a pesar de tener conocimientos previos sobre el tema, la realización del TFE les ha ayudado a descubrir nueva información. Esto podría indicar que los alumnos han mejorado su autoconciencia.

“Creo que obtuve una visión mucho más amplia de la que tenía sobre el concepto de sostenibilidad, las acciones tomadas por las empresas y el posicionamiento de los países en esta materia”

Esta adquisición de nuevos conocimientos es atribuida por los alumnos a los siguientes factores: la búsqueda de información que realizan, los análisis realizados, y el apoyo de los tutores. También hay un alumno

que menciona la complementariedad de los conocimientos adquiridos en la realización del proyecto con los proporcionados por la titulación (máster) que estaba cursando. En este caso observamos la capacidad de pensamiento sistémico otra vez.

Curiosamente, junto con la valoración positiva de los conocimientos adquiridos, algunos expresan haber descubierto que la sostenibilidad en el mundo de la empresa es un tema que requiere un proceso constante de aprendizaje.

Para intentar descubrir más acerca de las capacidades que la realización de un TFE en materia de sostenibilidad y empresa ejerce sobre los alumnos, se les preguntó cuáles creían que habían sido las consecuencias de este proceso. Todos los alumnos estuvieron de acuerdo en que la realización de un TFE sobre temas relacionados con empresa y sostenibilidad había supuesto cambios personales a distintos niveles. Fundamentalmente, podemos agrupar estos cambios en torno a tres ámbitos: cognitivo o de conocimiento, afectivo o actitudinal y conativo o de comportamiento.

“Del 1-10, suponiendo que el diez sea un cambio máximo en mis pensamientos, un 10. Porque desconocía muchas cosas y a partir de él [TFE relacionado con sostenibilidad], veo el tema de otra forma y he cambiado muchas acciones y malos hábitos que tenía.”

Los cambios en el ámbito cognitivo son los más mencionados; hasta 9 de los 12 participantes hablaron de ellos. Como comentamos anteriormente, los estudiantes afirman que, tras el desarrollo de un TFE sobre sostenibilidad y empresa, su nivel de conocimientos sobre el tema se ha incrementado y su interpretación del concepto de sostenibilidad se ha visto ampliado. Esto nos indica que probablemente los alumnos parten del componente medioambiental de la sostenibilidad, pero que los trabajos realizados les muestran la relevancia del componente social. También mencionan una mejora del conocimiento en varios subcampos de la investigación en sostenibilidad y empresa, imaginamos que en relación con el tema concreto del que trató su TFE. Finalmente, en este ámbito, los alumnos también mencionan mejoras en el conocimiento de las relaciones existentes entre las acciones desarrolladas por la sociedad actual (por ej. En materia de empresa, consumo o acciones

medioambientales) y las consecuencias de estas. Todos estos datos nos llevan a pensar que los alumnos han mejorado su pensamiento sistémico.

“Hasta la fecha tenía nociones básicas sobre sostenibilidad y estaba concienciada sobre su importancia, pero mi TFE ha incrementado este conocimiento y sobre todo como relacionarlo con el ámbito empresarial de forma más concreta.”

Los cambios a nivel actitudinal han sido menos comentados. Cuando se ha hecho, es posible entrever una mejora en el nivel de autoconciencia de los participantes. Estos han destacado principalmente un cambio en su nivel de concienciación con la situación actual. También hay un estudiante que resalta que ahora tiene una mayor curiosidad e interés por todo lo relativo a la sostenibilidad. Finalmente, otro estudiante menciona que ha cambiado su actitud hacia la sostenibilidad en la empresa:

“[...] consideraba que la sostenibilidad era una mera "moda" de las empresas para permanecer en el mercado. Sin embargo, al realizar los TFE cambió totalmente mi forma de considerar la sostenibilidad en las empresas.”

A pesar de tratarse del ámbito más difícil de cambiar, algunos alumnos también mencionaron cambios a nivel comportamental. Esto refleja mejoras en el nivel de autoconciencia y competencia normativa. Estos cambios están referidos a la realización de acciones más sostenibles en general, aunque en un caso se mencionan específicamente cambios en la forma de consumo. También hay un par de estudiantes que mencionan una mayor evaluación de consecuencias de las acciones que realizan. Esto estaría relacionado con la capacidad de pensamiento crítico, la única competencia que es explícitamente mencionada por uno de los participantes.

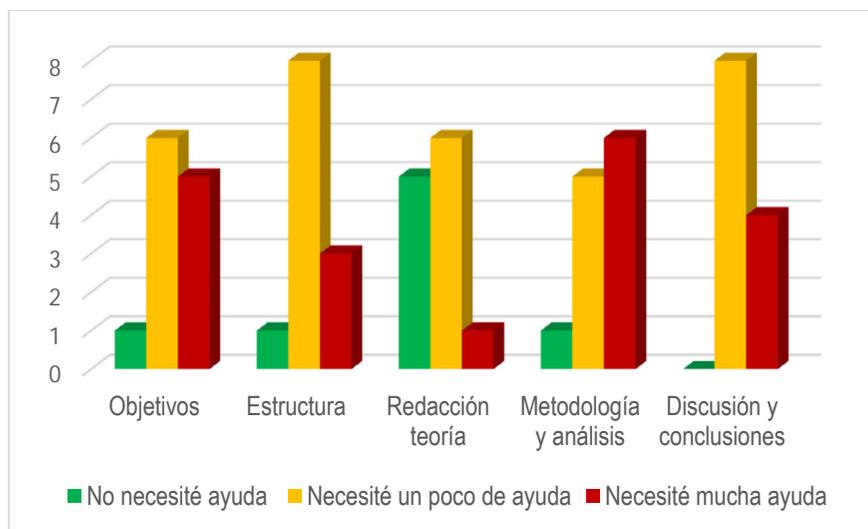
4.3. DIFICULTADES A LA HORA DE AFRONTAR ESTE TIPO DE TRABAJOS

Con el objetivo de conocer las partes del TFE en la que los alumnos necesitan más o menos apoyo por parte de sus tutores, se incluyó una única pregunta cerrada sobre el tema. Los resultados descriptivos obtenidos de esta pregunta pueden verse en el gráfico 1.

En general, los alumnos declararon necesitar más ayuda a la hora de desarrollar la metodología y análisis de resultados, seguido de la discusión y conclusiones del trabajo. La elaboración de objetivos también resultó costosa para la mayoría de los estudiantes. Curiosamente, aunque hubo más alumnos que necesitaron “mucho ayuda” para elaborar la metodología y el análisis, es en la sección de discusión y conclusiones del trabajo en la única parte en la que todos los estudiantes mencionan haber necesitado algún tipo de ayuda. Normalmente es en esta sección donde los alumnos suelen hacer gala de su pensamiento crítico, con el objetivo de poner sus resultados en contexto y evaluar las contribuciones de su trabajo.

Por otra parte, la redacción teórica parece ser el apartado en el que los alumnos se encuentran más cómodos, puesto que declaran haber necesitado menos ayuda (ver gráfico 1).

GRÁFICO 1. Respuestas a la pregunta ¿Recuerdas en qué aspectos necesitaste más ayuda?



Nota: Elaboración propia a partir de las respuestas obtenidas

Preguntados acerca de las diferencias que hubieran encontrado si hubieran realizado un trabajo sobre un tema no relacionado con la sostenibilidad, los alumnos en su mayoría opinan que hubieran tenido menos

dificultades. Estas dificultades son atribuidas a menudo a la falta de información sobre los temas que están trabajando:

“Creo que hubiera sido más fácil acceder a otro tipo de documentación, como por ejemplo el posicionamiento de las empresas [...]”

Como nota positiva, también existe un cierto grado de acuerdo a la hora de indicar que un trabajo más “convencional” hubiera sido más monótono y por lo tanto los alumnos se hubieran sentido más aburridos a la hora de realizarlo:

“Si mi TGF hubiera tratado un tema más "convencional" muy probablemente lo habría realizado con menos motivación [...]”.

Cuando pedimos a los alumnos recomendaciones para otros compañeros que estén considerando realizar un TFE de las mismas características que el suyo, nos encontramos con diversidad de opiniones. Sin embargo, hay dos grandes temas que se repiten: 1) que se realice el trabajo con ganas de aprender y apasionarse por el tema y 2) que busque y contraste la información.

Con respecto al primer punto, es curioso cómo los alumnos animan a sus compañeros a la realización de un TFE “por el gusto de aprender”, mientras que reconocen que a veces representa un desafío por las características del tema en el que se enmarca. Esto podría ser indicativo de que los alumnos que se enfrentan a este tipo de trabajos presentan una mayor capacidad de resolución de los problemas que les puedan surgir. En contra de lo que a veces suele pensarse, los alumnos recomiendan el tema, a pesar de que no mencionan en ningún caso que este tipo de TFEs sean más fáciles, como se ha indicado anteriormente, o que lleven a obtener una mejor nota en comparación con los “convencionales”.

Por otra parte, la mayoría de los alumnos hacen recomendaciones relacionadas con la información a utilizar para la realización del TFE. Hay un cierto consenso sobre la necesidad de obtener información de calidad, actual, de distintas fuentes y veraz. Desde la perspectiva de los alumnos, la información necesaria para la realización de un TFE sobre sostenibilidad y empresa es muchas veces contradictoria yendo incluso a veces en contra de las ideas que ellos tienen antes de realizar el

trabajo. Por tanto, son relativamente frecuentes los comentarios animando a obtener información de distintas fuentes, tanto teóricas como profesionales, a buscar información actual y a no dar nada por sentado. Estos consejos reflejan las capacidades de capacidad normativa, pensamiento crítico y sistémico, además de la autoconciencia. Alternativamente, algunos alumnos consideran que todavía hay poca información sobre ciertos aspectos (por ej. Datos de empresas que no sean europeas o norteamericanas).

4.4. SATISFACCIÓN Y VALORACIÓN DE LA REALIZACIÓN DEL TRABAJO

En general, podríamos decir que el nivel de satisfacción de los alumnos con la realización de un TFE en materia de empresa y sostenibilidad es muy alto. De los 12 estudiantes que respondieron, 9 manifestaron que los conocimientos adquiridos les parecían “muy útiles” y los 3 restantes los valoraron como “bastante útiles”.

Hay varios alumnos que destacan la utilidad de esta formación para el desarrollo de su carrera profesional, tanto para poder trabajar en otras empresas como, sobre todo, para desarrollar sus propios proyectos de emprendimiento sostenible. Este punto reflejaría una mejora en la capacidad de resolución de problemas.

“Me parecen muy útiles a nivel profesional en un futuro [...]”

Otro grupo de estudiantes, valoran positivamente la utilidad que tiene la realización de estos trabajos desde la perspectiva del “ciudadano concienciado” porque como uno de los estudiantes dice “*sin sostenibilidad no hay futuro*”. En este sentido destacan la posibilidad de orientar sus propias acciones e integrar la sostenibilidad en la rutina diaria, lo que estaría una vez más relacionado con las competencias tanto normativa como de autoconciencia.

“Me resultan muy útiles porque cada uno de nosotros debemos pensar en el impacto que estamos dejando [...]y que hay acciones que podemos realizar[...]”

Varios estudiantes vuelven a incidir en algunas de las competencias mencionados anteriormente, como son la adquisición de conocimientos relacionados con el tema, la concienciación, o el pensamiento sistémico.

Finalmente, también hay un estudiante que menciona cuestiones ajenas a la sostenibilidad y más propias de la realización de cualquier tipo de TFE, como son la capacidad de redactar y estructurar los contenidos.

5. DISCUSIÓN

Este trabajo pretende analizar las repercusiones que tiene para los alumnos la realización de un TFE sobre empresa y sostenibilidad. En particular, conocer las motivaciones principales, competencias adquiridas, principales barreras y la satisfacción producida al realizar un trabajo de este tipo. La formación de generaciones futuras comprometidas con la sostenibilidad se considera un aspecto clave para poder afrontar y resolver los grandes retos de sostenibilidad, los cuales afectan a todos los países de forma global (Setó-Pamies y Papaoikonomou, 2020; Ramírez Franco, Antolín López y García de Frutos, 2021). Por tanto, los resultados de este estudio contribuyen a la necesidad de mayor conocimiento sobre cómo involucrar a los estudiantes de manera más efectiva en el aprendizaje sobre sostenibilidad en general (Antolín-López y García-de-Frutos, 2018 a, b) y en particular, conocer si la realización de proyectos complejos en materia de sostenibilidad tales como el TFE, es un método de aprendizaje adecuado para el desarrollo de competencias que permitan a los alumnos ser verdaderos agentes de cambio hacia un futuro sostenible (Birdman et al., 2021; Kricsfalusy et al., 2018; Leal-Filho et al., 2016).

En líneas generales, los datos del estudio señalan que realizar el TFE aplicado a temas relacionados con la sostenibilidad repercute positivamente en el alumnado. Estos resultados apoyan investigaciones previas que indican la idoneidad de las universidades en su función de transmitir a los alumnos la importancia de la sostenibilidad (Setó-Pamies y Papaoikonomou, 2020). Los resultados de este estudio muestran que el proceso de aprendizaje que conlleva la realización de un TFE sobre empresa y sostenibilidad hace que los alumnos valoren más la relevancia de las cuestiones en materia de sostenibilidad y permite el desarrollo de habilidades consideradas como clave para el fomento de la sostenibilidad según la Unesco (2017).

Con respecto a la motivación principal a la hora de realizar un TFE con esta temática, los resultados muestran que los alumnos tienen una predisposición hacia la mejora de sus conocimientos en temas de sostenibilidad. Hemos visto que la mayoría de los alumnos encuestados han realizado este tipo de trabajos por interés personal, por lo que puede haber un sesgo en la evaluación muy positiva encontrada en el resto de las cuestiones planteadas. Sin embargo, también hemos encontrado alumnos que lo habían realizado por recomendación del tutor y también compartían los resultados positivos. Estos hallazgos están en línea con investigaciones previas que indican el interés de los estudiantes de Economía y Empresa que se incluyan contenidos de sostenibilidad en sus asignaturas desde una perspectiva transversal o global (Gálvez-Rodríguez et al. 2017). El presente trabajo además complementa los resultados anteriormente descritos, mostrando como los alumnos extienden este interés a la realización de su proyecto final de estudios. Parece que los alumnos no solo quieren recibir contenidos teóricos y realizar prácticas relacionadas con la sostenibilidad en clase, sino que también muestran una predisposición hacia una “vinculación mayor” con estos temas a través de la realización de trabajos más complejos y que requieren un esfuerzo más autónomo como es el TFE (Fernandes, 2014).

Además, estos resultados sobre la motivación hacia temas de sostenibilidad bien por iniciativa propia o bien, “despertada” a través de su tutor/a cobran gran valor si consideramos recientes investigaciones que ponen de manifiesto la urgencia en el fomento del interés en los estudiantes de Economía y Empresa en asuntos de actualidad en materia de sostenibilidad como la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en la empresa (Antolín-López, García-de-Frutos y Martínez-Bravo, 2020). En este sentido, algunos estudios señalan que la crisis económica, social y sanitaria por la COVID-19 podría haber debilitado el interés los alumnos de Economía y Empresa por algunos temas relacionados con la sostenibilidad, reforzándose el interés por el beneficio empresarial (Ramírez Franco, Antolín López y García de Frutos, 2021). Ante este panorama, los docentes podrían considerar el TFE como una manera eficaz de recuperar, mantener o atraer la motivación del alumnado hacia los temas relacionados con la empresa y la sostenibilidad.

Con respecto a las competencias adquiridas, hemos encontrado evidencia de que los alumnos desarrollan la mayoría de las competencias para la sostenibilidad mencionadas por la Unesco. Sobre todo, los datos evidencian que la realización de un TFE sobre estos temas mejora principalmente: el pensamiento sistémico, la competencia normativa, el pensamiento crítico, la autoconciencia y la resolución de problemas. Por tanto, los resultados de este estudio apoyan literatura previa que señala que el aprendizaje a través de los proyectos, tales como el proyecto final de la titulación, potencian el pensamiento sistémico (Birdman et al., 2021; Leal-Filho et al., 2016) y la capacidad de resolución de problemas complejos, como los que presenta la sostenibilidad (Gallo et al., 2020). Los alumnos encuestados reconocen haber adquirido conocimientos y capacidad para idear soluciones para afrontar las preguntas de investigación relacionadas con su TFE. Además, los alumnos reconocen haber ampliado su visión ante los problemas de sostenibilidad y por tanto los resultados señalan la idoneidad del TFE para fomentar la capacidad del alumno para entender los problemas de sostenibilidad de una forma holística. Del mismo modo, los datos están en línea con investigaciones previas que ponen en valor el TFE para desarrollar el razonamiento crítico del alumnado (Rodríguez et al., 2015) y en particular el pensamiento crítico sobre cuestiones relativas a la sostenibilidad (Leal Filho et al., 2016). En concreto, este trabajo muestra cómo los alumnos son capaces de llevar a cabo un pensamiento crítico sobre las implicaciones y contribuciones de los resultados de su trabajo.

Adicionalmente, los alumnos encuestados reconocen ser más conscientes de la importancia en el cumplimiento de los valores éticos y normas relativas a la sostenibilidad, así como, una mayor autoconciencia, siendo más críticos con el efecto de sus acciones en el entorno que les rodea. Si bien es cierto que los cambios a nivel actitudinal se han comentado menos, esto posiblemente se debe a que la mayoría de los alumnos que eligen el TFE sobre empresa y sostenibilidad ya se encuentran concienciados y tienen una actitud favorable hacia él. Estos resultados están en línea con estudios previos que evidencian el efecto positivo del desarrollo de asignaturas específicas en materia de responsabilidad social y sostenibilidad en la conducta de alumnos

universitarios (De la Rosa-Ruiz, Giménez Armentia y De la Calle Maldonado, 2019). De forma más específica nuestro trabajo muestra que la asignatura obligatoria “Trabajo Fin de Estudios” es adecuada para fomentar el desarrollo de la competencia normativa y de autoconciencia, de acuerdo estudios previos sobre método aprendizaje basado en proyectos (Birdman et al., 2021; Kricsfalusy et al., 2018).

La idoneidad del TFE para fomentar más de la mitad de las competencias clave en materia de sostenibilidad de la Unesco podría sumarse a la propuesta de metodologías recogidas en la literatura sobre la educación en desarrollo sostenible tales como el uso de método del caso basado en géneros literarios (Antolín-López et al., 2018c; Montiel, Antolín-López y Gallo, 2018) o bien, con el uso de tecnologías como los móviles o tecnologías web 2.0 (Montiel et al., 2020). En este sentido cabe señalar que los TFE están basados principalmente en el método pedagógico del aprendizaje basado en proyectos. Según los resultados obtenidos se podría considerar que es un método adecuado para fomentar las habilidades necesarias para que los alumnos comprendan cómo la Empresa juega un rol crucial en los desafíos mundiales en materia de sostenibilidad.

Con relación a las dificultades encontradas en la realización del TFE en materia de empresa y sostenibilidad, cabe señalar que la labor de atención y apoyo del docente resulta crucial para el éxito en la experiencia del alumno en su TFE. Es fundamental que el alumno esté siempre acompañado en todo el proceso de desarrollo del TFE, sobre todo con la metodología, análisis, discusión y conclusiones, y desarrollo de objetivos de investigación, pues son las cuestiones que más dificultad suponen para los alumnos encuestados. Asimismo, del análisis efectuado se observa que la redacción teórica es también costosa para algunos de ellos. En este sentido cabe señalar que hoy día los alumnos cada vez escriben menos tanto dentro como fuera del aula, por lo que es fundamental que el profesor/a ayude al alumnado a saber cómo expresar tanto contenido teórico como sus propias ideas correctamente. Los resultados también indican que a los alumnos les cuesta encontrar información disponible “fiable” sobre el tema, por lo que necesitan apoyo a la hora de saber buscar e identificar fuentes de información de calidad. En

suma, los docentes deben ser conscientes de su labor de supervisión dinamizando estas cuestiones y por tanto facilitando el proceso de aprendizaje, pues de su labor depende en gran medida que TFE pueda considerarse como un verdadero vehículo para el desarrollo de competencias valiosas en materia de sostenibilidad.

Finalmente hay que destacar que desde una perspectiva global los datos indican que el nivel de satisfacción en la realización del TFE sobre sostenibilidad y empresa es alto, siendo una experiencia positiva y de utilidad tanto para poder trabajar en otras empresas como para desarrollar sus propios proyectos de emprendimiento sostenible. Estos resultados apoyan investigaciones previas que señalan el contexto universitario como un lugar clave para el fomento de generaciones futuras responsables y comprometidas con su entorno (Annan-Diab y Molinari 2017; Owens, 2017; Antolín-López y García-de-Frutos, 2018; 2020; Antolín-López et al, 2020; García-de-Frutos et al., 2020 Montiel et al., 2018; 2020).

6. CONCLUSIONES

Nuestro estudio refuerza la idoneidad de poner al alcance de los alumnos de las titulaciones de ciencias económicas y empresariales la posibilidad de realizar TFEs relacionados con la sostenibilidad. Este tipo de trabajos parecen ser adecuados para desarrollar las competencias clave propuestas por la Unesco (2017) a la hora de conseguir una formación en sostenibilidad efectiva entre nuestro alumnado. En concreto en el desarrollo de cinco habilidades: el pensamiento sistémico, el pensamiento crítico, la autoconciencia y la resolución de problemas relacionados con la empresa y la sostenibilidad.

La repercusión positiva de la realización de este tipo de TFE se debe a que los alumnos de estas titulaciones presentan una predisposición positiva ante la realización de trabajos sobre estos temas, bien por ser ellos quienes le proponen el tema a su tutor o bien, porque una vez hablado con el tutor han encontrado interesante abordar su TFE en base a cuestiones de sostenibilidad. Además, el TFE es una asignatura basada en el proceso de aprendizaje basado en proyectos. En ese sentido parece

que este método, caracterizado por la realización de tareas complejas que requieren una alta involucración del alumno de forma autónoma e individualizada (Guo et al., 2020; LealFilsho, 2016), favorece que los alumnos desarrollen competencias relevantes y valiosas para afrontar los desafíos actuales de sostenibilidad.

Todos los TFE suponen un esfuerzo para el alumnado, sin embargo, los alumnos perciben que es aún más difícil realizar un TFE con esta temática. Es por ello que la labor del docente es clave para garantizar que los alumnos desarrollen competencias capaces de afrontar los retos de sostenibilidad en general y los vinculados con la empresa en particular. Una supervisión que facilite el proceso de aprendizaje sobretodo en la etapa de análisis de los resultados, discusión y principales conclusiones es crucial para poder considerar el TFE como una materia con una metodología adecuada en el desarrollo de competencias fundamentales en materia de sostenibilidad.

La evaluación positiva del TFE aparece también una vez finalizado el trabajo. Los alumnos manifiestan un alto grado de satisfacción, ya que ellos mismos perciben que ha sido de utilidad realizar el TFE sobre sostenibilidad y empresa. Ellos mismos reconocen su mejora en el desarrollo de competencias o habilidades que mejoran su capacidad para analizar cuestiones complejas como comprender que la sostenibilidad no es una moda, sino que el mundo de la empresa no puede estar ajeno a sostenibilidad. Incluso tras su trabajo de investigación se podría considerar que ellos son también generadores de conocimiento y se genera mayor interés hacia el emprendimiento sostenible. Asimismo, los alumnos declaran que el TFE afecta de forma positiva a su conducta aumentando su grado de autoconciencia hacia la sostenibilidad.

Los resultados de este estudio contribuyen tanto a nivel académico como práctico. A nivel académico contribuyen a la necesidad de avanzar en el conocimiento sobre cómo involucrar a los estudiantes de manera más efectiva en el aprendizaje sobre sostenibilidad (Antolín-López y García-de-Frutos, 2018 a, b; Antolín-López et al, 2020; García-de-Frutos et al., 2020) y en particular a la escasez de trabajos que se centran en la repercusión del proceso de aprendizaje basado en proyectos para

el desarrollo de competencias clave en materia de sostenibilidad (Birdman et al., 2021; Kricsfalusy et al., 2018; Leal-Filho et al., 2016).

Desde una perspectiva práctica los resultados de este estudio presentan varias implicaciones. En primer lugar, el TFE aplicado a temas relacionados con la sostenibilidad repercute positivamente en el alumnado. Por tanto, es labor de los docentes universitarios presentar líneas de TFE que estén vinculadas con estos temas, de manera que los alumnos, tanto de forma propia como incentivada, puedan abordar su trabajo de fin de grado sobre estos temas.

En segundo lugar, no hemos sido capaces de identificar evidencias de todas las capacidades enumeradas por la Unesco (2017). A pesar de que esto puede deberse a que los alumnos no sean conscientes de haber desarrollado estas capacidades, es necesario investigar más sobre esto. Por tanto, deben realizarse mayores esfuerzos para el fomento de habilidades que permitan a los alumnos ser verdaderos agentes de cambio comprometidos con los Objetivos de Desarrollo sostenible (Unesco, 2017). En este sentido, los tutores debe ser facilitadores para que el alumnado sea capaz de desarrollar mejor la competencia de anticipación y por tanto pueda analizar de forma creativa y autónoma posibles escenarios futuros que permitan evaluar las consecuencias de las acciones y lidiar con los riesgos y los cambios. También, los docentes deben impulsar a los alumnos a ser ellos lo que a través de su TFE tengan la oportunidad de proponer acciones innovadoras que fomenten la sostenibilidad a nivel local o global y así desarrollar la competencia estratégica. Finalmente, los profesores deben transmitir a los alumnos la importancia de realizar en su TFE unas conclusiones que conlleven a la propuesta de acciones de mejora desde una perspectiva colaborativa y participativa.

En tercer lugar, el TFE es un camino que puede resultar arduo para el estudiante. Por si esto fuera poco, los alumnos han declarado la mayor dificultad que implica realizar un TFE sobre empresa y sostenibilidad. Por tanto, resulta fundamental que el docente sea consciente de las dificultades del alumnado y realizar una supervisión adecuada. En este sentido, sería interesante reflexionar acerca de si nuestras universidades

cuentan con un profesorado preparado y concienciado con la importancia de los temas de sostenibilidad en el mundo de la empresa.

Finalmente, este estudio es de carácter exploratorio, pudiendo considerarse un buen punto de partida para reflexionar sobre la utilidad del TFE en la educación sobre desarrollo sostenible en general y sobre el desarrollo de competencias clave sobre sostenibilidad en particular. Es por ello que futuros trabajos podrían avanzar en esta línea de investigación analizando con más precisión las temáticas sobre empresa y sostenibilidad más idóneas para el desarrollo de las competencias clave de sostenibilidad propuestas por la Unesco (2017). Asimismo, es conveniente analizar en qué medida las características el perfil de alumnado tales como género y edad puede afectar en el desarrollo exitoso de un TFE de este tema. Además, sería interesante replicar este estudio en alumnado de Economía y Empresa en otras universidades tanto de España como del extranjero. Finalmente son necesarios futuros trabajos que descubran cuál es la perspectiva del docente en cuanto a la importancia del proceso de aprendizaje basado en proyectos tales como el TFE para el desarrollo de competencias clave en materia de sostenibilidad.

7. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

Los autores agradecen el apoyo del Ministerio de Ciencia e Innovación, Agencia Nacional de Investigación-AEI, del Fondo de Desarrollo Europeo Regional-FEDER / FEDER-UE: Proyectos I+D+i PID 2020-119663GB-I00 y UAL2020-SEJ-D1872 y de la Universidad de Almería: proyecto de innovación docente GID 20_21_2_04C.

8. REFERENCIAS

- Annan-Diab, F., y Molinari, C. (2017). Interdisciplinarity: Practical approach to advancing education for sustainability and for the Sustainable Development Goals. *The International Journal of Management Education*, 15 (2), 73-83. Elsevier.
- Antolín-López, R., y García de Frutos, N. (2018a). Empresa y Sostenibilidad: Un análisis de las actitudes hacia el aprendizaje en el ámbito universitario. En *Experiencias Pedagógicas e innovación educativa: Aportaciones desde la praxis docente e investigadora*; 3327-3340. Ediciones Octaedro.
- Antolín-López, R., y García de Frutos, N. (2018b). Learning in higher education: the role of sustainability integration strategies, legitimacy, and teaching tools. En *Meeting Expectations in Management Education*; 115-137. Palgrave Macmillan, Cham.
- Antolín-López, R., García de Frutos, N., Gálvez Rodríguez, M. M., Tarifa Fernández, J., y Sáez Martín, A. (2018c). Emotional learning in business & sustainability education: A classroom methodology proposal. En *Edu-learn Proceedings*, 690-695. IATED.
- Antolín-López, R. y García de Frutos, N. (2020). Fostering environmental passion through genre-based news: An exploratory study at higher education level, En *Innovacion docente e investigacion en ciencias sociales, económicas y jurídicas*; 759-768. Dykison.
- Antolín-López, R., García de Frutos y Martínez-Bravo, M. D. M. (2020). Análisis de la importancia de los objetivos de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas en el ámbito universitario: diferencias entre la perspectiva personal y empresarial. *Hekademos: Revista Educativa Digital*, 28, 24-34. Asociación para la Formación, el Ocio y el Empleo.
- Birdman, J., Wiek, A., y Lang, D. J. (2021). Developing key competencies in sustainability through project-based learning in graduate sustainability programs. *International Journal of Sustainability in Higher Education*. Publicado Online. Emerald Publishing.
- De la Rosa Ruiz, D., Giménez Armentia, P., y De la Calle Maldonado, C. (2019). Educación para el desarrollo sostenible: el papel de la universidad en la Agenda 2030. *Revista Prisma Social*, 25, 179–202. Fundación iS+D para la Investigación Social Avanzada.
- Fernandes, S. R. G. (2014). Preparing graduates for professional practice: findings from a case study of Project-based Learning (PBL). *Procedia-Social and Behavioral Sciences*, 139, 219-226. Elsevier.

- Gallo, P. J., Antolín-López, R., y Montiel, I. (2020). Technology in responsible management education. En the *SAGE Handbook of Responsible Management Learning and Education*, 315. SAGE.
- García de Frutos, N., Antolín-López, R., y Martínez-Bravo, M.M. (2020). Análisis multi-perspectiva del nivel de preocupación de los estudiantes de Administración y Dirección de Empresas hacia los Objetivos de Desarrollo Sostenible, En *Claves para la innovación pedagógica ante los nuevos retos: Respuesta en la vanguardia de la práctica educativa*; 3877-3885. Ediciones Octaedro.
- Guo, P., Saab, N., Post, L. S., y Admiraal, W. (2020). A review of project-based learning in higher education: Student outcomes and measures. *International Journal of Educational Research*, 102, 101586. Elsevier.
- Hmelo-Silver, C. E. (2004). Problem-based learning: What and how do students learn?. *Educational psychology review*; 16 (3), 235-266. Springer.
- Kricsfalussy, V., George, C., y Reed, M. G. (2018). Integrating problem-and project-based learning opportunities: Assessing outcomes of a field course in environment and sustainability. *Environmental Education Research*; 24 (4), 593-610. Taylor and Francis.
- Leal-Filho, W., Shiel, C., y Paco, A. (2016). Implementing and operationalising integrative approaches to sustainability in higher education: The role of project-oriented learning. *Journal of Cleaner Production*; 133, 126-135. Elsevier.
- Montiel, I., Antolín-López, R., & Gallo, P. J. (2018). Emotions and sustainability: A literary genre-based framework for environmental sustainability management education. *Academy of Management Learning & Education*; □□(2), 155-183. Academy of Management Editions.
- Montiel, I., Delgado-Ceballos, J., Ortiz-de-Mandojana, N., y Antolín-López, R. (2020). New ways of teaching: using technology and mobile apps to educate on societal grand challenges. *Journal of Business Ethics*; □□(2), 243-251. Springer.
- Owens, T. L. (2017). Higher education in the sustainable development goals framework. *European Journal of Education*; 52 (4), 414-420. Wiley.
- Ramírez-Franco, J. A., Antolín-López, R. y García-de-Frutos, N. (2021). Impacto del covid-19 en la percepción de los estudiantes de economía y empresa hacia los objetivos de desarrollo sostenible. En *Ecosistema de una pandemia: COVID □□ la transformación mundial*; 1458-1476. Dykinson..

- Rodríguez, J., Laverón-Simavilla, A., del Cura, J. M., Ezquerro, J. M., Lapuerta, V., y Cordero-Gracia, M. (2015). Project Based Learning experiences in the space engineering education at Technical University of Madrid. *Advances in Space Research*; 56 (7), 1319-1330. Elsevier.
- Setó-Pamies, D., & Papaoikonomou, E. (2020). Sustainable development goals: A powerful framework for embedding ethics, CSR, and sustainability in management education. *Sustainability*, 12 (5), 1762. Multidisciplinary Digital Publishing Institute.
- Unesco (2017). *Educación para los Objetivos de Desarrollo Sostenible – Objetivos de aprendizaje*. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
- Zamora-Polo, F., & Sánchez-Martín, J. (2015). Los Trabajos Fin de Grado: una herramienta para el desarrollo de competencias transversales en la Educación Superior. *REDU. Revista de Docencia Universitaria*; 13 (3), 197-211. Universitat Politècnica de València.

TRABAJO FEMENINO Y ESTRATEGIAS FAMILIARES EN LAS MINAS DE VIZCAYA (1880-1900)

MIKEL BARBA DEL HORNO

Universidad del País Vasco/ Euskal Herriko Unibertsitatea

1. INTRODUCCIÓN

Las antiguas minas de hierro de Triano en Bizkaia se asentaban sobre un territorio relativamente reducido que está actualmente dividido entre cuatro municipios de tamaño medio que no superan en conjunto los 40.000 habitantes. La importancia económica actual de estos municipios es reducida y muchos de los núcleos mineros antiguamente poblados por miles de personas han sido abandonados. Sin embargo, la historia de las minas de Vizcaya ha suscitado el interés de numerosos historiadores e historiadoras por diferentes motivos. En primer lugar, el desarrollo industrial de Vizcaya está inexorablemente ligado a la explotación de las minas; el mineral de hierro extraído de estos montes sirvió como materia prima para una siderurgia que fue el motor de la industrialización vizcaína. Fue también en las minas de Vizcaya donde el socialismo español consiguió sus primeros éxitos a nivel de movilización de masas. Además, el intenso proceso migratorio que se inicia con la explotación minera y el cambio social derivado del mismo será uno de los factores que genere la aparición del nacionalismo vasco. Podríamos decir que sin el hierro de Vizcaya no se explica la historia reciente del País Vasco; ni a nivel económico, ni a nivel social, ni a nivel político.

Evidentemente fueron tanto hombres como mujeres los que forjaron esta historia, pero exceptuando una serie de trabajos realizados en los últimos veinte años, la historiografía ha prestado más atención a la variable masculina de la ecuación. La perspectiva historiográfica con sesgo masculino ha sido alimentada por factores diversos. Por un lado, porque el grueso de los investigadores que han abordado la tarea eran hombres.

Pero quizás más importante que esto es el hecho de que la perspectiva masculina contamina toda la disciplina y a las mismas fuentes documentales de las que se nutre la historiografía. Como veremos a lo largo del trabajo las mujeres han sido, en gran medida de la esfera pública, tanto del ámbito de la producción como del ámbito político. Incluso los registros administrativos o la prensa han prestado poca atención a las actividades femeninas relegándolas al espacio privado doméstico.

En este trabajo hacemos un repaso de las principales contribuciones a la historia de las mujeres de las minas de Vizcaya que se han desarrollado en las dos últimas décadas. En el segundo apartado hacemos un repaso teórico a los principales debates abiertos en torno al trabajo femenino en la época de la industrialización. En el tercero introducimos el contexto histórico de la industrialización en Vizcaya a finales del siglo XIX, los inicios de la explotación en las minas y la configuración de los núcleos mineros en base a importantes movimientos migratorios que provenían de diferentes provincias de España. En el cuarto apartado se analiza el papel que tuvieron las mujeres en las economías mineras, destacando que se estableció una economía sumergida de servicios domésticos que presenta diferencias con los procesos que se dieron en la zona fabril.

Además de la bibliografía se han utilizado una serie de fuentes primarias que se detallan en el apartado de referencias. Cabe destacar entre estas fuentes el diario el Noticiero Bilbaíno, el principal diario de la Vizcaya de finales del XIX, y el archivo de diligencias del cuerpo de Miñones que se encuentra disponible en el Archivo Foral de Bizkaia.

2. MARCO TEÓRICO: CAPITALISMO, INDUSTRIALIZACIÓN Y MUJER TRABAJADORA

El proceso de extensión del capitalismo industrial tuvo consecuencias importantes en la definición de las relaciones familiares y en la posición social de las mujeres. Silvia Federici (2010) ha descrito como ya desde la Edad Moderna, se pusieron en marcha procesos de brujería que tendrían como objetivo último el sometimiento de las mujeres y su reclusión en el hogar para que realizaran las labores reproductivas, entendidas éstas en un sentido marxista amplio, como todo el conjunto de

tarefas de cuidado necesarias para que la fuerza de trabajo esté disponible para el proceso productivo: gestación, parto, cuidado de la prole, labores domésticas, etc. Este proceso se intensificó y se hizo más explícito con la industrialización con lo que han venido a llamarse discursos de la domesticidad (Nash 2018), toda una serie de discursos provenientes de las autoridades políticas, intelectuales y médicas que estaban orientados supuestamente a preservar la salud, la moralidad y la capacidad reproductiva de las mujeres y que venían a defender que por el bien de la sociedad y de ellas mismas las mujeres tenían que abstenerse del trabajo asalariado y, en última instancia, de la vida pública y debían ejercer su papel como amas de casa.

Como ha puesto de manifiesto Joan Scott (2018) el desarrollo de un mercado de trabajo capitalista tiene como correlato la aparición en la escena pública de una serie de discursos que van a definir una nueva categoría de mujer trabajadora. Se crea, a través de estos discursos, una mano de obra diferenciada que va a ser objeto de un tratamiento específico en el mercado de trabajo. Este proceso parte de las diferencias de género existentes en la sociedad; pero, a su vez, contribuye a la transformación de dichas relaciones de género.

La mujer trabajadora empieza a ser considerada en el siglo XIX como un problema. Scott destaca que el trabajo femenino era bastante habitual antes de la industrialización; las mujeres se dedicaban a múltiples actividades sin que eso supusiese ningún problema social. Durante la industrialización, sin embargo, el trabajo femenino empieza a ser considerado problemático desde diferentes puntos de vista. Por un lado, se plantea que puede provocar un relajamiento en la moralidad de la mujer, apartándola de sus deberes “naturales” en el seno de la familia. Desde algunos puntos de vista paternalistas, se empieza a considerar también a las mujeres y los niños como víctimas del proceso industrializador y se redactan regulaciones que van a conducir al progresivo apartamiento de las mujeres de ciertas actividades. Este desarrollo legislativo entronca también con los planteamientos mayoritarios de los sindicatos masculinos que van a ver a la mujer como una amenaza porque está dispuesta a trabajar por un salario inferior. Es de destacar que las normativas que restringían el trabajo femenino tuvieron un especial

desarrollo en aquellos sectores y actividades en las que el trabajo femenino podía suponer una amenaza de competencia para el trabajo masculino por estar dispuestas a trabajar por un salario menor.

La cuestión de los salarios inferiores de las mujeres se ha enfocado desde diferentes puntos de vista. Desde el punto de vista de la moral de la época el salario de la mujer se consideraba complementario al salario del hombre que era el que debía garantizar en principio el sustento familiar. Se va configurando la distribución de roles familiares según la cual el hombre es el ganapán que debe garantizar entradas dinerarias y la mujer es la encargada de los trabajos domésticos. Mientras que se admite el trabajo de las solteras, el trabajo de la mujer casada empieza a ser visto como un síntoma de escasez en la unidad familiar. Empieza a configurarse la imagen de una mujer que debe estar centrada en el trabajo doméstico, lo que impulsa el carácter problemático del trabajo femenino que empieza a definirse como un trabajo complementario, peor pagado, con entradas y salidas del mercado laboral según los ciclos familiares y, por lo tanto, como un trabajo no permanente. Toda esta mentalidad va a ser central como punto de partida para la definición de un trabajo femenino peor pagado y precario.

El menor salario de las mujeres fue justificado también desde un punto de vista académico. Como apunta Scott, la economía neoclásica tuvo, desde el primer momento, que justificar las diferencias salariales entre hombres y mujeres. El punto de vista neoclásico mantiene que los factores productivos (trabajo y capital) son remunerados en función de sus productividades marginales, es decir, de lo que aportan en última instancia al producto final. En el caso de las mujeres, los menores salarios fueron justificados precisamente en base a ese argumento; el economista político Jean Baptiste Say, mantuvo que los menores salarios de las mujeres respondían a una menor productividad de éstas. Sin embargo, es complicado comparar productividades cuando habitualmente la división de los trabajos basada en el género provoca que hombres y mujeres se dediquen a tareas diferenciadas y que, por lo tanto, la única forma de comparar productividades sea en base al precio de los bienes o servicios producidos que, a su vez, están determinados por los salarios.

Esta visión liberal neoclásica fue compartida en gran medida desde sectores más críticos con el sistema económico imperante. Así el socialista fabiano Sidnay Webb presentaba una opinión muy similar a la de Say e incluso, desde los sindicatos los bajos salarios de las mujeres son vistos, no como una injusticia a combatir sino como una fuente de competencia que podía poner en peligro las reivindicaciones salariales. Así, el punto de vista sindical se articuló en gran medida reivindicando un salario familiar masculino, es decir, un salario suficiente para el sostenimiento pecuniario de toda la familia que dejaba, de esta manera, a las mujeres fuera del mercado de trabajo y reivindicaba su papel de amas de casa.

Según Scott, el paso de estas ideas sobre la mujer trabajadora del discurso a la materialidad de las relaciones laborales se produce porque los empleadores utilizan las categorías sociales que se generan a través de estos discursos para clasificar a la fuerza de trabajo en el interior de las empresas. Este punto de vista coincide con lo propuesto por Charles Tilly en *La desigualdad persistente* (Tilly 2000). Según Tilly la desigualdad se genera y se reproduce porque los encargados de adoptar decisiones en el seno de las organizaciones utilizan pares de categorías disponibles en la sociedad (mujer-hombre, nacional- extranjero, negro-blanco, ...) para dar respuesta a problemas organizacionales. Las distinciones de género son, en este sentido, utilizadas en algunas industrias para hacer compatible la promoción de los hombres con el sostenimiento de un nivel salarial general bajo. Scott pone el ejemplo de la introducción del empleo femenino en muchos sectores de “cuello blanco” como los telégrafos o el servicio postal. Las mujeres pasan a ser oficinistas en unas estructuras organizativas en las que se encuentran en la base de la pirámide jerárquica de la empresa, trabajan bajo la supervisión de sus jefes hombres, perciben salarios bajos y tienen unas capacidades de promocionar muy limitadas.

Estamos, por lo tanto, frente a una serie de procesos de tipo discursivo y político que van a ir relegando a la mujer a una inserción diferenciada y marginal en el mercado de trabajo. Lejos de plantear que este es un proceso natural que se basa en las diferentes dotaciones biológicas de mujeres y hombres puestas en un contexto tecnológico determinado, lo que defienden autoras como Scott y Tilly (2016) es que existió en siglo

XIX un conjunto de discursos que definieron como problemática la incorporación de la mujer al mercado laboral de la industrialización y que tuvieron como consecuencia una incorporación desigual de las mujeres al trabajo. Estos procesos dan lugar a un mercado de trabajo segmentado en base al género que carga la mayor carga de explotación sobre los hombros de las mujeres.

3. EL DESARROLLO MINERO EN VIZCAYA A FINALES DEL XIX

El desarrollo minero en la Vizcaya de finales del siglo XIX fue un proceso rápido que generó, en un corto período de tiempo, importantes transformaciones económicas demográficas que provocaron, a su vez, un cambio profundo en las estructuras familiares y, por lo tanto, en los roles sociales de las mujeres.

Estamos ante un proceso que despegaba de manera importante tras el fin de la segunda Guerra Carlista en territorios vascos. Aunque la explotación de mineral de hierro en esta zona se venía produciendo desde épocas prehistóricas va a ser el descubrimiento del convertidor Bessemer en 1856, un nuevo tipo de alto horno, el que va a generar un interés internacional en las minas de Vizcaya. El nuevo ingenio requería de un mineral con bajo contenido en fósforo que era abundante en las minas de Vizcaya. Además, la localización de estas minas, cercanas al mar y a un puerto natural de larga historia como era el de Bilbao, favorecía el aprovechamiento económico de las mismas debido a unos bajos costes de transporte.

La explotación plena de las minas requirió de tiempo y de ciertas reformas legales. La legislación foral existente en Vizcaya dificultaba la explotación capitalista de las minas, porque establecía un sistema de libre apropiación de las explotaciones que estaba reservado a los vizcaínos. Ya desde el siglo XVIII ilustrados como Fausto Elhuyar, en un informe para la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País, pedía una reforma a través de la cual se establecieran principios de propiedad privada en los cotos mineros porque el sistema de usufructo vigente

generaba, según él, una situación desastrosa de explotación insuficiente (Montero 2005: 62-63).

La liberalización del sector va a ser progresiva y se va a concretar a través de modificaciones de las normativas forales que van a ir acompañando las reformas legislativas que se van a ir produciendo a lo largo del siglo XIX a nivel estatal (Montero 2005: 67-73). Así, el reglamento de Minería de 1827, que desarrolla en territorio foral la Ley General de Minas de 1825, introduce en concepto de concesión, a través del cual una persona puede hacerse con el usufructo de una mina de manera indefinida; pero lo reserva para los vizcaínos en virtud del fuero. Esto va a provocar que se dé una importante concentración de la propiedad en manos autóctonas a través del registro de concesiones ante el órgano foral. La Ley de Minas de 1859, que aumentaba el tamaño máximo de las concesiones, y el crecimiento de las expectativas de negocio de la extracción de mineral que siguieron de la aparición del convertidor Bessemer provocaron un aumento en los registros de concesiones durante los primeros años de la década de los 60. En 1865 se inaugura también el primer ferrocarril minero, el ferrocarril de Triano, construido por la Diputación. El hecho de que un ente público impulsara un proyecto de estas características constituyó una operación inédita en territorio español. En 1863 se produce otra modificación normativa importante al suprimir las Juntas Generales de Vizcaya la prohibición de exportar mineral que establecía el fuero. Por último, el Decreto-Ley de 9 de Diciembre de 1868 suprimía los límites a la acumulación de propiedades mineras por un sólo propietario, lo que dio el pistoletazo de salida para la configuración final de las concesiones mineras sobre las que se va a articular el boom minero.

Desde 1868 hasta el estallido de la guerra carlista en 1873 se va a producir la planificación y organización de la explotación sistemática que se va a iniciar al terminar la guerra en 1876. La explotación de las minas se articuló en base a capital extranjero, pero también, en parte a capital autóctono que había tenido un desarrollo previo en el ámbito comercial y que se había hecho con gran parte de las concesiones debido a la normativa foral descrita anteriormente. Respecto a la inversión extranjera cabe destacar que el primer impulso del boom minero en Vizcaya se

basa en la demanda externa; la gran mayoría del mineral se extrae y se exporta vía marítima a otros países europeos. Tenemos, por lo tanto, una serie de compañías extranjeras (inglesas, galesas, belgas, francesas y alemanas), que se van a asociar con los propietarios autóctonos de las minas para poner en marcha la explotación del mineral. En los años anteriores a la guerra carlista se empiezan a planificar las infraestructuras necesarias para la extracción de mineral. Aunque la explotación de las minas de Vizcaya durante el siglo XIX y principios del XX se desarrolló a cielo abierto y no requerían, por lo tanto, de grandes infraestructuras, el transporte de mineral sí que necesitaba inversiones importantes para poner en marcha líneas de ferrocarril que conectaran con los puertos y tranvías aéreos y planos inclinados que permitieran transportar el mineral monte abajo desde las bocaminas hasta el punto de carga del ferrocarril.

La explotación minera va a tener como consecuencia en establecimiento de las bases para el desarrollo de una industria siderúrgica. En este sentido, es importante el enriquecimiento de una burguesía autóctona y la puesta en contacto de esta burguesía con las grandes empresas siderúrgicas que se estaban desarrollando en los países más avanzados de Europa (Díaz Morlán 2002). Esta burguesía, en alianza con capitales de otros puntos del estado va a invertir lo necesario para poner en marcha toda una industria siderúrgica en torno a la ría del Nervión que va a nutrirse también del mineral de las minas de Vizcaya.

El desarrollo de la minería, una actividad poco mecanizada en las actividades de extracción y acarreo de mineral va a requerir de una fuerza de trabajo numerosa que no estaba disponible en los núcleos de población sobre los que se asentaron las explotaciones mineras. Esto va a producir que, a partir del final de la segunda Guerra carlista, se produzca un flujo constante de población rural de la provincia de Vizcaya y de otras provincias españolas hacia los núcleos mineros

En esta primera oleada migratoria el grueso de la inmigración hacia la cuenca minera de Vizcaya está constituida por hombres jóvenes que acuden a la zona para trabajar como jornaleros temporeros en la extracción de mineral. Las condiciones de trabajo en las minas y quizás la mayor predisposición a migrar de los varones generaron un mercado

laboral en el que se demandaba preferentemente mano de obra masculina, aunque, como veremos más adelante, también se crea la demanda de toda una serie de servicios auxiliares en los que el trabajo femenino va a ser central. A pesar de que la migración de mujeres y niños es menos abundante, también se produce, dándose casos de asentamiento de familias enteras.

Una parte importante de los trabajadores acudía a trabajar a las minas de forma estacional, en las épocas en las que el trabajo en el campo en sus localidades de origen estaba parado. Con el tiempo se va a producir un establecimiento permanente de gran parte de estos temporeros y en los casos de los jornaleros más asentados se van a dar procesos de reagrupamiento familiar, de manera que las mujeres de estos jornaleros van a trasladarse también a la zona minera.

La explotación de las minas y la llegada de trabajadores foráneos transformó por completo la estructura social de los municipios mineros. Hay que tener en cuenta que los cotos mineros situados en el área Triano-Somorrostro se encontraban en una zona que abarcaba una serie de municipios (San Salvador del Valle, Ortuella, Musques, Abanto y Ciérvana y Galdames) netamente rurales y escasamente poblados. La población de esta área va a pasar de en torno a 7.400 habitantes en 1877 a casi 27.000 en 1900 (García Abad 2010: 16).

Los trabajadores que llegan a la cuenca minera vizcaína en las décadas finales del siglo XIX son originarios de diferentes provincias. La provincia de origen mayoritaria es, para el período 1880-1890 Vizcaya con un 27,7% de los inmigrantes. Le siguen Burgos con un 24,98% y con porcentajes inferiores al 10%, Santander, Álava, Soria, La Rioja, León, Guipúzcoa, Navarra, Asturias y Palencia, en ese orden (García Abad 2010: 41). Otro de los aspectos a reseñar es que los procesos migratorios están articulados en base a redes sociales que proporcionan información y apoyo a la hora de migrar. De esta manera, es habitual encontrarse con familias enteras residiendo en las mismas viviendas o a grupos de trabajadores originarios de un mismo pueblo o de municipios cercanos.

La mayoría de la población masculina va a trabajar como jornaleros en las labores de extracción, carga y transporte de mineral. El porcentaje de hombres jornaleros es de un 86,5% de los inmigrantes y de sólo un 42,8% de los nativos. Los hombres autóctonos mantienen en gran medida las profesiones anteriores al boom minero y se dedicaban sobre todo a la profesión de labrador, siendo el porcentaje de labradores de un 51,2% (García Abad 2010: 65).

Respecto a las mujeres, como desarrollaremos más adelante, la mayoría, hasta un 90%, aparecen como amas de casa o sirvientas (Perez Fuentes 1998: 66). Las zonas de producción minera, como puso de manifiesto Joan Scott en un estudio sobre la zona minera de Anzin, ofrecen pocas posibilidades de empleo asalariado para las mujeres, a diferencia de las zonas textiles donde el empleo femenino era mucho más habitual. Sin embargo, estas tasas de actividad tan bajas esconden, como veremos más adelante, un ocultamiento estadístico del trabajo femenino.

Tenemos, por lo tanto, que en las dos últimas décadas del siglo XIX se configuran una serie de núcleos mineros en Vizcaya a los que va a inmigrar un volumen importante de población de otras provincias y de otras zonas de Vizcaya. Estas llegadas masivas, unidas a que los asentamientos se producen fuera de los núcleos establecidos o en núcleos reducidos, van a dar lugar a una situación de escasez crónica de las infraestructuras básicas para el sostenimiento de la población como la vivienda, saneamientos, escuelas, comercios, etc. Como veíamos anteriormente en algunos municipios en unos pocos años el número de trabajadores inmigrante va a superar a los autóctonos. Municipios pequeños en los que predominaban hasta la década de los 70 las actividades agrícolas, van a sufrir una transformación radical de su estructura social. Se van a crear nuevos asentamientos de población con viviendas a menudo precarias y temporales, que van a desbordar la capacidad de atención por parte de los municipios.

Las condiciones de vida eran extremadamente duras: jornadas de trabajo extenuantes, hacinamiento en viviendas y una alimentación en muchos casos deficiente. Existía una gran proliferación de enfermedades infecciosas y los accidentes laborales, relacionados sobre todo con la explosión de barrenos, eran habituales. La atención médica era también

al principio inexistente, al menos hasta la creación de la red de hospitales mineros que se pone en marcha en 1880.

Aunque en la década de los 80 no se va a producir una organización obrera significativa los grupos dominantes empiezan a percibir que estos asentamientos mineros pueden suponer un problema potencial. En la prensa de la época, representada fundamentalmente por el diario el Noticiero Bilbaíno van a aparecer de manera constante crónicas y análisis que alertan sobre la situación en las poblaciones mineras. Los discursos que se articulan desde este medio, de tendencia foralista, sitúan al minero como el principal problema de orden público de la provincia. Predominan los discursos de tinte xenófobo, que presentan importantes similitudes con la imagen del trabajador inmigrante no vasco, del maqueto, que se va a articular después desde el nacionalismo vasco.

En un primer momento, a finales de la década de los 70 e inicios de los 80, en la prensa se va a proponer que el desorden social que se produce en los asentamientos mineros tiene principalmente causas administrativas. Los asentamientos se habían ido formando en torno a las minas donde no existían previamente núcleos poblacionales de tamaño significativo. Estos asentamientos quedan en algunos casos en un limbo administrativo; no sé sabe muy bien a que concejo pertenecen y no se sabe, por lo tanto, que entidad administrativa debe encargarse de cobrar los arbitrios y prestar los servicios públicos correspondientes.

Otra de las causas a las que se alude es a la falta de moralidad que, en ocasiones se relaciona con las características de la población; una población mayoritariamente masculina, sin acompañamiento familiar, que provoca que los hombres caigan en el vicio de la taberna. Se interpreta, en este sentido, la ausencia femenina como una fuente de desequilibrios morales, muy en la línea con los discursos de la domesticidad de la época. Así en un informe titulado Datos para una topografía médica de San Salvador del Valle del año 1904 elaborado por el doctor Eugenio Vergara se mantiene lo siguiente:

“Si el obrero consintiese en colocar en las cajas de ahorros la mitad del dinero que hoy malgasta en las tabernas; si a esto añadiese la mitad del producto de los jornales que pierde a causa de las orgías a que se entrega con bastante frecuencia y de las enfermedades ocasionadas por estas

orgías; y si una vez casado abandonase estas costumbres, y por otro parte su esposa, mejor educada, más instruida, más aseada y prudente, dotada de las cualidades de una mujer de gobierno llegase a utilizar con método los recursos de la familia, no se verían, ni en un estado ni en otro, de la manera tan desastrosa que algunos se encuentran”. (Vergara 196-197)

La presencia femenina, aunque será en ocasiones invisibilizada, cumplirá sin embargo importantes funciones económicas en los núcleos mineros desarrollando labores de reproducción de la fuerza de trabajo sin las cuales el negocio de la explotación minera no podía funcionar.

4. EL PAPEL DE LA MUJER EN LA ECONOMÍA MINERA: UN SISTEMA SUMERGIDO DE SERVICIOS DOMÉSTICOS

A finales del siglo XIX se producen cambios en los registros y las estadísticas estatales que van a provocar una invisibilización del trabajo de las mujeres. En Inglaterra el cambio en los censos se produce en 1881 (Scott 2018) teniendo como efecto principal que muchas actividades que venían desarrollando las mujeres dejan de ser consideradas como trabajo y, por lo tanto, muchas mujeres dejan de figurar en las estadísticas como personas activas. En el caso de Vizcaya se produce también un cambio similar en los registros de los padrones municipales como ha puesto de manifiesto Pilar Pérez-Fuentes (1998). Las mujeres que anteriormente aparecían como ocupadas en el sector agrícola porque realizaban trabajos agrícolas en las explotaciones de carácter familiar dejan de ser consideradas como trabajadoras y parecerán registradas en cuanto a la ocupación con etiquetas como “la de su sexo” o “sus labores”. Esto se debe a que, a partir del censo de 1877 se exige cumplimentar de manera individualizada el apartado de la profesión (Pérez-Fuentes 2004: 21). Antes, especialmente en el caso de las explotaciones agrícolas de carácter familiar, la ocupación que se asignaba era la del núcleo familiar.

Como resultado de estos cambios en el registro, en el caso del municipio de San Salvador del Valle la tasa de actividad femenina pasó de ser un 57,8% en el año 1877 al 5,4% en 1913. Estos datos, sin embargo, no reflejan la realidad y las mujeres desarrollaron actividades económicas

de gran importancia en los núcleos mineros, como veremos más adelante.

En primer lugar, habría que preguntarse los motivos de la exclusión de las mujeres de la mayoría de los empleos asalariados en las minas. Parece que la presencia femenina en el trabajo de extracción y transporte de mineral fue más bien escasa, incluso podríamos decir que testimonial. Sí que tuvieron presencia en las actividades de clasificación y lavado de mineral, que se inician en torno a 1891 cuando las vetas más ricas en mineral de hierro empiezan a agotarse y se requiere limpiar de impurezas el mineral previo al transporte para reducir su peso y su volumen. El empleo en los lavaderos de mineral estaba también relacionado con el ciclo vital femenino, de manera que eran sobre todo las mujeres solteras o viudas las que trabajaban en las minas.

Como afirma Pérez-Fuentes, el trabajo de las mujeres en las minas fue más bien escaso en España y se redujo, en la mayoría de los casos a tareas de clasificación. Existen varios motivos. En primer lugar, entre los obreros varones hubo siempre una oposición al trabajo femenino e infantil en las minas que se justificaba por motivos morales pero que en el fondo estaba también motivada por la intención de excluir a mujeres y niños de un mercado de trabajo en el que podían hacer competencia a la mano de obra masculina. De esta manera, hubo una tendencia al monopolio masculino de los puestos de trabajo con una mejor remuneración concentrándose las mujeres en las ocupaciones con unos salarios más bajos.

Como muestra de la posición de los líderes obreros frente al trabajo femenino, Pérez-Fuentes recoge una intervención del líder socialista Facundo Perezagua frente a la Comisión de Reformas sociales en la que se le pregunta si la mujer busca trabajo por necesidad o por el deseo de aumentar el haber familiar:

“Señores de la Comisión, lo busca por necesidad. Yo conozco a un individuo de la sociedad que cuando llega a casa por la noche tiene que hacer la cena él mismo (risas en la sala). ¿Irá su mujer a trabajar por distraerse? Yo creo que no, yo creo que ira porque su marido, que no gana más de nueve reales por no dedicarse al matute y ponerse fuera de la ley, le dirá a su mujer: vete a trabajar para ayudarme a cubrir las necesidades de la casa. (...) Lo que hay es que los amos, para

contrarrestar la competencia de la industria extranjera, ni tienen más remedio que valerse de mujeres que ganan medio jornal. (Pérez Fuentes 1998: 92)

A la pregunta de si se debe prohibir el trabajo femenino, Perezagua responde:

“Evidentemente, porque si va a trabajar es para ayudar a la familia, porque a veces el burgués ha despedido a su padre o a su hermano que ganaban más”.

La segunda razón, que defiende Pérez Fuentes, es que a los patronos no les interesaba que las mujeres entraran en el mercado de trabajo de las minas. Debemos tener en cuenta varias circunstancias. En primer lugar, el trabajo de extracción de mineral y de acarreo hasta las vagonetas o tranvías aéreos se hacía por procedimientos tradicionales, no estaba mecanizado y requería, por lo tanto, una ingente mano de obra. Como apuntábamos anteriormente la zona minera de Vizcaya carece de mano de obra suficiente cuando se inicia la explotación de las minas, por lo que los requerimientos de fuerza de trabajo van a ser cubiertos por la llegada de una gran cantidad de jornaleros inmigrados, algunos de manera temporal y otros de manera permanente. Apuntábamos anteriormente también que una parte importante de los jornaleros emigraba en soledad, sin acompañamiento familiar. Estos jornaleros tenían jornadas laborales extenuantes que podían alcanzar las catorce horas de trabajo. Además, los núcleos mineros carecían de viviendas suficientes y de unos servicios mínimos.

El problema se resolvió en un primer momento mediante la construcción de barracones en los que los obreros vivían hacinados, utilizando en ocasiones lo que era conocido como sistema de camas calientes, a través del cual varios mineros compartían una cama en los barracones y dormían a turnos. La falta de servicios se solventó también de manera temporal a través del establecimiento de cantinas en las que los obreros podían comprar fiado a cambio del descuento posterior de una parte del jornal. Los abusos que se dieron en las cantinas, que ofrecían calidades ínfimas a cambio de precios desorbitados, y las lamentables condiciones de hacinamiento de los barracones generaron un malestar notable entre los obreros que estuvo, en gran medida, detrás del estallido de la

primera gran huelga minera de 1890. Esta huelga que comenzó en los días posteriores a la celebración del primer Primero de Mayo en Vizcaya, tuvo como detonante el despido de varios obreros socialistas de una mina. Las movilizaciones empezaron en las minas de La Arboleda, la parte alta de San Salvador del Valle, y se extendieron por toda la zona minera y fabril llegando a Bilbao y obligando a intervenir al ejército. El episodio terminó con la intervención del general Loma que arranca a los patronos el compromiso de acabar con las cantinas y los barracones, la reivindicación central de los mineros movilizados. Este episodio generó un impacto brutal en la percepción de la burguesía vasca que tuvo que enfrentarse a partir de entonces a un movimiento obrero crecientemente organizado y a un PSOE que va a conseguir, precisamente en Vizcaya, sus primeros triunfos electorales (Fusi 1975).

Los patronos se encontraban, por lo tanto, ante el problema del sostenimiento, de la reproducción, de toda una fuerza de trabajo que se encontraba en muchos casos sin familia y en unos núcleos de población con unos servicios muy escasos. En estas circunstancias, haber incorporado a las mujeres al trabajo de las minas hubiese generado tensiones con los obreros que cobraban salarios de subsistencia y además hubiese apartado a las mujeres del trabajo de reproducción de la fuerza de trabajo que se requería para mantener la explotación minera.

Para hacer frente a estos problemas emerge un sistema informal conocido como pupilaje. Bajo este sistema, eran las familias que estaban asentadas y disponían de una vivienda las que alojaban en sus casas a los jornaleros recién llegados a cambio de un pago dinerario. El papel de las mujeres en estas unidades familiares ampliadas era el de realizar todo el trabajo de reproducción, no solamente para sostener a su propia familia sino para sostener al resto de huéspedes que se alojaban en su casa.

En torno a 1900 un 60% de los jornaleros domiciliados en San Salvador del Valle vivían como pupilos en casas de otras familias. Las mujeres que se dedicaban a proveer estos servicios domésticos percibían unos ingresos superiores a los que se pagaban en los lavaderos de mineral, de manera que teniendo en cuenta esto se entiende mejor que fueran las mujeres solteras las que se dedicaran a trabajar en las explotaciones.

El Informe referente a las minas de Vizcaya de 1904 pone de manifiesto que tanto los empresarios como las autoridades eran perfectamente conscientes del funcionamiento de este sistema:

Al obrero con familia debe suponérsele como una especie de fijador inmediato de los obreros ambulantes, a quienes, no teniendo familia ni hogar, les presta, hospedándolos, un equivalente de estas cosas: Mientras el obrero trabaja como tal obrero, su familia trabaja como tal familia, asistiéndole a él y asistiendo conjuntamente a los de su condición. Nada más espontáneo y natural que ésta que puede ser llamada concentración de hogares y extensión de servicios, ya no de afectos. (Citado en García Abad y Ruzafa Ortega 2009: 39).

Este sistema genera una transferencia de recursos desde los trabajadores que no tenían familia hacia los que si la tenían, permitiendo de esta manera el sostenimiento y la reproducción de la fuerza de trabajo. Perez-Fuentes sostiene que los patronos también estaban interesados en que este sistema sumergido de servicios domésticos siguiese funcionando porque garantizaba cierta estabilidad en las dinámicas de reproducción de la fuerza de trabajo y era compatible con unos salarios extremadamente bajos.

El trabajo de la mujer en este sistema de servicios domésticos proporcionaba a sus familias unos mayores ingresos que hacían posible que la familia subsistiera con el complemento que tenían a los bajos salarios de las minas. Sin embargo, suponía un coste importante para las propias mujeres que se veían sometidas a una jornada laboral interminable. Aunque no existe un registro histórico escrito que nos permita conocer la dimensión de las actividades de las mujeres, podemos tener una aproximación a través de diferentes entrevistas que se han realizado a personas que vivieron durante las primeras décadas del siglo XX. Si tenemos en cuenta que para estas fechas las condiciones laborales y las infraestructuras y servicios de los núcleos mineros habían mejorado sustancialmente y que el fenómeno del pupilaje estaba en retroceso, podemos suponer que a finales del XIX la carga de trabajo de las mujeres debía ser aún mayor. Según la opinión de un viejo minero:

“La mujer trabajaba tanto que había un dicho en la zona minera: la mujer montaba dos veces al día por encima del marido: queriendo decir que como las camas estaban adosadas a la pared y las mujeres dormían en la parte del rincón y se acostaban mucho más tarde y se tenían que levantar antes que los mineros, a las cuatro de la mañana, para encender la chapa y hace el desayuno... El trabajo de las mujeres era mucho más duro y en el Asilo (asilo de San Fernando) cogían a los niños de meses porque no podían atenderlos las mujeres y así las monjas los atendían” (Pérez- Fuentes 2004: 53).

En efecto, el trabajo femenino en las minas incluía toda una serie de tareas que ocupaban casi todas las horas del día todos los días de la semana. Tenían que preparar las tres comidas diarias y llevarlas en las horas correspondientes a las minas donde los maridos estaban trabajando. En esta tarea solían colaborar también los niños.

Tenían también que comprar alimentos para lo cual, especialmente en los primeros años de la explotación minera, cuando las tiendas escaseaban, tendrían que desplazarse y negociar con los tenderos. Los conflictos con los tenderos eran habituales debido a que la escasez de tiendas y el régimen de cuasi-monopolio en que se realizaba la distribución provocaban que existieran abusos continuados por parte de los comerciantes que trataban de cobrar precios exorbitados. Analizaremos el posible papel de las mujeres en estos conflictos más adelante.

Otra de las labores que consumía una gran cantidad de energía era la del acarreamiento de la leña y el agua hasta la vivienda. Como apuntábamos anteriormente, el hecho de que los núcleos mineros se levantaran de manera improvisada y en muy poco tiempo junto a las minas provocaba que los servicios fuesen al principio sumamente escasos. La recogida de leña debía hacerse a menudo a distancias de varios kilómetros, por lo que constituía un trabajo extremadamente duro.

Otra de las tareas que realizaban las mujeres era el lavado de ropa. Se utilizaban lavaderos que, a menudo, estaban alejados de las viviendas y se debía acarrear la ropa a lo largo de distancias importantes. Los lavaderos eran los lugares de socialización más importantes para las mujeres. Allí, mientras realizaban las tareas de lavado de ropa se encontraban con otras mujeres con las que podían charlar y compartir experiencias.

Las tareas de limpieza en el hogar ocupaban también períodos importantes de tiempo. La escasez de jabón provocaba que la limpieza de los elementos de la vivienda como las chapas para cocinar tuviera que hacerse mediante el uso de arena lo que consumía cantidades importantes de tiempo.

El cuidado de los enfermos era otra de las tareas que recaía en las mujeres. En la zona minera se construyó una red de hospitales para atender a los trabajadores, pero la atención que se daba era sobre todo a heridos en accidentes de trabajo, que eran muy comunes por el uso de dinamita para la extracción de mineral. Las enfermedades comunes se trataban en casa y, así, eran las mujeres las encargadas de proporcionar cuidados y alimento a estos enfermos.

Debemos tener en cuenta que, durante los primeros años de la explotación minera, cuando el fenómeno del pupilaje estaba generalizado todas estas tareas debían hacerse no solamente para atender a los miembros de la familia sino también a los huéspedes. Además, había mujeres que realizaban tareas para familias con mayor poder adquisitivo como los comerciantes.

El sistema sumergido de servicios domésticos fue una especificidad de la zona minera. En el caso de Bilbao, Ruzafa (1998) analiza la inserción laboral de las mujeres durante la industrialización y observa que, al igual que sucedía en las minas, los empleos en los que van a ser contratadas en la industria son aquellos que tienen un estatus más bajo y unas peores condiciones laborales. Al igual que en el caso de las minas, la incorporación de las mujeres al empleo asalariado se da sobre todo cuando son solteras. Además de los trabajos industriales las mujeres solteras ejercieron preferentemente como sirvientas.

En el ámbito urbano y fabril no se dan, sin embargo, las circunstancias para la emergencia de un sistema de servicios domésticos similar al de las minas por varios motivos. En primer lugar, los salarios, especialmente en el caso de los obreros fabriles, son más altos lo que permite que la familia se sostenga con los ingresos del hombre. En segundo lugar, en la ciudad y en los núcleos fabriles existen mejores infraestructuras y servicios de manera que muchas de las actividades de reproducción que realizaban las mujeres en las minas o no requieren tanto

tiempo o se puede recurrir a servicios regulares como cantinas, tiendas, etc. Por otro lado, el desequilibrio entre hombres y mujeres es menor que en el caso de los núcleos mineros, al no existir tantos trabajadores solos existe una menor demanda de estos servicios porque los proporciona la esposa.

6. CONCLUSIONES

A lo largo del trabajo hemos analizado el papel de las mujeres en las explotaciones mineras de la Vizcaya de finales del siglo XIX. Hemos visto que, a pesar de que el trabajo de las mujeres ha sido invisibilizado, tanto en las fuentes como en parte de la historiografía, este trabajo fue central para el sostenimiento de la economía minera. El trabajo femenino en una economía sumergida de servicios domésticos permitía sostener a una mano de obra que, en ocasiones acudía a trabajar a las minas con carácter temporal, sin familia o dejando a la familia en sus localidades de origen. Este trabajo doméstico pobremente remunerado permitía también que los obreros sin familia pudieran sostenerse en un ambiente con servicios e infraestructuras escasos.

7. REFERENCIAS

- Díaz Morlan, Pablo (2002): *Los Ybarra: una dinastía de empresarios 1801-2001*, Marcial Pons.
- Duby, Georges y Michelle Perrot (editores)(2018): *Historia de las mujeres 4: el siglo XIX*, Madrid, Taurus.
- Federici, Silvia (2010): *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación primitiva*, Madrid, Traficantes de sueños.
- Fusi, Juan Pablo (1975): *Política obrera en el País Vasco (1880-1923)*, Madrid, Ediciones Turner.
- García Abad, Rocío y Ruzafa Ortega, Rafael (2009): *Mujeres y niños en las minas de Vizcaya*, Museo de la Minería del País Vasco, Ediciones Beta.
- García Abad, Rocío (2010): *La migración en la cuenca minera de Vizcaya*, Museo de la Minería del País Vasco, Ediciones Beta.
- Goldin, Claudia (1994): "The U-shaped female labour force function in economic development and economic history", NBER Working Paper 4707.

- Montero, Manuel (2005): *La california del hierro. Las minas y la modernización económica y social de Vizcaya*, Ediciones Beta.
- Nash, Mary (2018): “Identidad cultural de género, discurso de la domesticidad y la definición del trabajo de las mujeres en las España del siglo XIX”, en Duby, Georges y Michelle Perrot (editores)(2018): *Historia de las mujeres 4: el siglo XIX*, Madrid, Taurus.
- Pérez-Fuentes, Pilar (1993): *Vivir y morir en las minas, estrategias familiares y relaciones de género en la primera industrialización vizcaína (1877-1913)*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea.
- Pérez-Fuentes, Pilar (2004): “*Ganadores de pan*” y “*amas de casa*”. *Otra mirada sobre la industrialización vasca*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco- Euskal Herriko Unibertsitatea.
- Ruzafa Ortega, Rafael (1998): *Antes de la clase: los trabajadores en Bilbao y la margen izquierda del Nervión (1841- 1891)*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco- Euskal Herriko Unibertsitatea.
- Scott, James (2003): *Los dominados y el arte de la resistencia*, Editorial Txalaparta.
- Scott, Joan W. (2018): “La mujer trabajadora en el siglo XIX”, en Duby, Georges y Michelle Perrot (editores)(2018): *Historia de las mujeres 4: el siglo XIX*, Madrid, Taurus.
- Scott, Joan W. y Tilly, Louise A. (2016): *Women, Work and Family*, Routledge.
- Tilly, Charles (2000): *La desigualdad persistente*, Buenos aires, Editorial Manantial

