

año 5, núm. 9 | julio-diciembre 2021

# CAP JURÍDICA CENTRAL

REVISTA DE LA ACADEMIA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE PICHINCHA  
Y DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS  
Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR



# **CAP JURÍDICA CENTRAL**

---

año 5, núm. 9 (julio-diciembre 2021)

REVISTA DE LA ACADEMIA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE PICHINCHA Y  
DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES DE  
LA UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

CAP JURÍDICA CENTRAL difunde artículos sobre temas relacionados con las ciencias jurídicas en general. Su objetivo es impulsar el estudio riguroso en el campo del Derecho, a través del intercambio de opiniones, análisis y reflexiones sobre los problemas más contemporáneos de la ciencia jurídica en el Ecuador y otros países.

#### CONSEJO EDITORIAL

Manuel Atienza Rodríguez (Universidad de Alicante-España)  
Antonio García Amado (Universidad de León-España)  
Ramiro J. García Falconí (Universidad Central del Ecuador)  
Agustín Grijalva Jiménez (Universidad Andina Simón Bolívar-sede Ecuador)  
Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn-Alemania)  
Alí Lozada Prado (Universidad de Alicante-España)  
Agustín J. Pérez Cruz-Martín (Universidad A' Coruña-España)  
Angélica Porras Velasco (Universidad Internacional SEK-Ecuador)  
Mauricio Pacheco (Universidad Central del Ecuador- Ecuador)  
Eliana Alba Zurita (Universidad Central del Ecuador- Ecuador)

#### ENTIDADES EDITORAS

Colegio de Abogados de Pichincha  
revistacap\_juridica2.1@hotmail.com

Universidad Central del Ecuador  
Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales  
decanato.fjcps@uce.edu.ec | subdecanato.fjcps@uce.edu.ec

#### EDITORES

Angélica Porras Velasco y Mauricio Enrique Pacheco

#### COORDINADORA Y RESPONSABLE CIENTÍFICA

Eliana Alba Zurita

Diseño y diagramación | Estefanía Zumárraga  
Corrección de textos | Marcelo Acuña  
Portada | Christian Echeverría

Editorial Universitaria, 2021  
Ciudadela Universitaria, av. América, s. n.  
Quito, Ecuador  
+593 (02) 2524 033  
editorial@uce.edu.ec

Revista CAP Jurídica Central en línea  
<https://www.publicacionesjurisprudenciace.com.ec>



Los contenidos pueden usarse libremente, sin fines comerciales y siempre y cuando se cite la fuente. Si se hacen cambios de cualquier tipo, debe guardarse el espíritu de libre acceso al contenido.

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

Fernando Sempértegui Ontaneda | RECTOR

María Augusta Espín | VICERRECTORA ACADÉMICA Y DE POSGRADO

María Mercedes Gavilánez | VICERRECTORA DE INVESTIGACIÓN, DOCTORADOS E INNOVACIÓN

Marco Arroyo Posso | VICERRECTOR ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO

Edwin Sánchez Padilla | DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Ramiro García Falconí | SUBDECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

César Muñoz Pazmiño | DIRECTOR DE LA CARRERA DE DERECHO

MIEMBROS DE LA ACADEMIA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE PICHINCHA

Inés Baldeón Barriga

René Bedón Garzón

Alfredo Corral Ponce

César Montaña Galarza | TESORERO

Víctor Granda Aguilar

Alí Lozada Prado

Lenín Navarro Moreno | SECRETARIO

Luis Parraguez Ruiz

Alejandro Ponce Martínez

Angélica Porras Velasco

Hernán Rivadeneira Játiva | PRESIDENTE (†)

Isabel Robalino Bolle

Farith Simón Campaña

Julio César Trujillo (†)

COLABORACIÓN

Andrea Morales Lloré, Iris Franco López



## TABLA DE CONTENIDO

año 5, núm. 9 (julio-diciembre 2021)

Aspectos generales sobre el delito de manipulación genética .....	7
<i>Giovani Criollo-Mayorga</i>	
El acoso laboral en el Ecuador en el contexto del covid-19 .....	25
<i>Andrés Durango Frías</i>	
Una aproximación a la problemática de la extranjerización de tierras de uso agrícola en el Ecuador y a su tratamiento normativo .....	37
<i>Alex Zapatta Carpio, Marcela Alvarado Velásquez</i>	
La brecha de la interculturalidad en el sistema de rehabilitación social: análisis del último eslabón del sistema penal .....	51
<i>Roberto Narváez Collaguazo</i>	
Los nuevos tipos agravados de blanqueo de dinero introducidos en España por la Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril .....	67
<i>Miguel Abel Souto</i>	
Relaciones entre lavado de activos y delitos relativos al urbanismo. Orígenes de la perspectiva española .....	77
<i>Miguel Ángel Núñez Paz</i>	
Instrucciones para los autores. Política editorial .....	87





## Aspectos generales sobre el delito de manipulación genética

Giovani Criollo-Mayorga | iD Universidad Técnica del Norte (Ecuador)

**RESUMEN** La investigación y experimentación científica realizada sobre el genoma humano ha descubierto un amplio campo de posibilidades de intervención para la medicina y para el derecho, el cual se ve enfrentado a la necesidad inexorable de regular determinadas conductas que ponen en peligro a la humanidad. Para ello, el sistema jurídico ecuatoriano ha puesto en funcionamiento los controles extrapenales y, aún más, ha precisado de la intervención penal para contener la manipulación genética, la terapia génica en línea germinal y somática, la clonación y las terapias con células troncales, en su afán de proteger nuevos derechos humanos, que constituyen actualmente una parte indispensable de la dignidad humana.

**PALABRAS CLAVE** Manipulación genética, terapia génica, clonación, delito de peligro abstracto, derechos genéticos.

FECHA DE RECEPCIÓN 30/08/2020      FECHA DE APROBACIÓN 21/01/2021

## Genetic manipulation, gene therapy, cloning, abstract danger crime, genetic rights

**ABSTRACT** Scientific research and experimentation carried out on the human genome has discovered a wide field of intervention possibilities for Medicine and Law, which is faced with the inexorable need to regulate certain behaviors that endanger humanity. For this, the ecuadorian legal system has put into operation extra-criminal controls and, even more, has required criminal intervention, to contain genetic manipulation, germline and somatic gene therapy, cloning and stem cell therapies, in their quest to protect new human rights that currently constitute an indispensable part of human dignity.

**KEY WORDS** Genetic manipulation, gene therapy, cloning, abstract danger crime, genetic rights.

Artículo 214.- Manipulación genética.- La persona que manipule genes humanos alterando el genotipo, con finalidad diferente a la de prevenir o combatir una enfermedad, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

La persona que realice terapia génica en células germinales, con finalidad diferente a la de combatir una enfermedad, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La persona que genere seres humanos por clonación, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

## ACTOS LEGISLATIVOS PREVIOS A LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE MANIPULACIÓN GENÉTICA

En el sistema jurídico ecuatoriano, y de forma previa a la tipificación del delito de manipulación genética, ya existían varias normas jurídicas que, de forma poco sistemática y técnica, regulaban ciertas actuaciones médicas que implican una intervención en el genoma humano. De hecho, la ingeniería genética en la línea somática y en la línea germinal, la fecundación in vitro, la inseminación artificial, la clonación y el consejo genético ya habían recibido cierta atención de algunas autoridades públicas y del legislador, quienes pretendieron normarlas, dejando en claro tanto la paradoja de la ciencia, que se explica desde su contribución a superar los problemas sociales y los peligros que se generan ciertos avances científicos, como la necesaria intervención del derecho penal para contener, regular y proteger bienes jurídicos importantes para las personas y para la humanidad.<sup>1</sup>

En este contexto, el esquema de protección establecido por los controles extrapenales es muy elemental o básico, pero también importante, sobre todo si se toma en consideración el reconocimiento progresivo de nuevos derechos, la afectación que sufren los derechos considerados como clásicos o tradicionales y los progresos que la medicina adquiere de las intervenciones en el genoma humano, lo cual será analizado en líneas posteriores.

### EL CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

En este cuerpo jurídico se establece la posibilidad de emplear ciertas técnicas propias de la manipulación genética, como son la inseminación artificial, la fecundación in vitro, la ingeniería genética y el consejo genético, tanto para diagnosticar y combatir ciertas enfermedades como para facilitar el proceso de reproducción humana que no podía ser realizado de forma natural.

Esta normativa se dictó apenas dos meses después de haberse producido el alumbramiento del primer bebé probeta obtenido en el Ecuador por fecundación in vitro, el 10 de junio de 1992, de manera que la regularización de estas técnicas no puede ser vista, sino como una legislación emergente, dictada al apuro y sin contar con mayores estudios científicos y multidisciplinarios, como se acostumbra en este tipo de normas que regulan los avances de la ciencia y la técnica.

Por esa razón, en los artículos 107, 108 y 109 del código en cuestión, que regulan la inseminación artificial, la ingeniería genética y la fecundación extrauterina, en su orden, no se abordan temas importantes y necesarios para comprender el alcance de la normativa. Por ejemplo, no se define qué debe entenderse por tales procedimientos médicos, y esto resulta extremadamente serio pues en derecho se requiere de una definición que facilite la identificación del objeto de regulación. Tampoco se describen aspectos como la donación de esperma, la inseminación heteróloga, el destino de los embriones humanos sobrantes, las relaciones de filiación derivadas de la reproducción asistida, los procesos de selección de sexo, el titular de la «propiedad» de los embriones humanos, la responsabilidad del equipo médico derivada de un embarazo multifetal, o por un embarazo ectópico, etc., los cuales resultan no solo convenientes, sino estrictamente necesarios para afrontar, seriamente, el reto que plantean los avances en esta materia.

A diferencia de otras legislaciones ya existentes para entonces, como la ley inglesa sobre Maternidad Subrogada de 1985, la Ley española 35/1988 de 22 de noviembre, la ley inglesa de Fertilización Humana y Embriología de 1 de noviembre de 1990, o la ley alemana sobre Protección de Embriones 745/90, el Código de Ética Médica contiene

<sup>1</sup> Martínez-Buján Pérez, C., «La inflación del derecho penal y del derecho administrativo», en *Estudios penales y criminológicos*, N.º 6, 1981-1982, pp. 197-214.

una regulación minúscula y sistemáticamente inadecuada debido a las pocas previsiones con las que se aborda las técnicas médicas antes descritas, las cuales tienen una enorme repercusión en el campo jurídico en aspectos importantes como los anotados.

Pese a lo anterior, lo importante de esta previsión normativa radica en dos hechos que marcarán un nuevo rumbo para las ciencias biomédicas y para las jurídicas: el primero, se refiere al reconocimiento y regulación jurídica de las amplias posibilidades que se abrieron para el diagnóstico médico de enfermedades, para el tratamiento de las patologías, y para la investigación y experimentación genética; y el segundo, se manifiesta en la necesidad de dispensar protección jurídica a los nuevos bienes jurídicos descubiertos por la investigación y experimentación sobre el genoma humano.

Sobre el primer hecho, es necesario destacar que la medicina dispone de una enorme capacidad para realizar el diagnóstico médico mediante el empleo de técnicas como la endoscopia, la arteriografía, el ultrasonido, la tomografía y la resonancia magnética, y también ostenta una amplia capacidad para el tratamiento de la patología mediante los trasplantes, la cirugía laparoscópica y la cirugía robótica. Gracias a estas técnicas los niveles de conocimiento alcanzado sobre las enfermedades y los tratamientos para combatirlos son muy elevados. Pero las posibilidades técnicas abiertas luego de haberse descubierto la ubicación, el posicionamiento y las funciones de los genes humanos, permiten obtener un conocimiento mucho más complejo y preciso de las patologías y de su tratamiento, pues se emplea para ello determinados marcadores biológicos derivados del genoma de cada individuo,<sup>2</sup> gracias a los cuales se obtiene información valiosa sobre una patología determinada, en un paciente en concreto, permitiendo que el equipo médico diseñe un tratamiento específico, valore la respuesta a la medicina prescrita y, además, evalúe el avance de la patología en el caso concreto para tomar decisiones que beneficien la calidad de vida del paciente.

Se trata, por tanto, de un nuevo tipo de medicina, en la cual se administra los medicamentos en función a las particulares características moleculares y genotípicas del paciente,<sup>3</sup> volviendo la intervención terapéutica más efectiva. Por ello se habla de medicina personalizada o de precisión, es decir, una clase de medicina que permite la intervención terapéutica particularizada para cada individuo, gracias a la cual se reemplaza del dogma «one drug fits all», por otro que manifiesta «the right drug, at the right dose, or the right patient».<sup>4</sup> Este cambio del proceder médico se reafirma, además, con la producción de nuevos medicamentos, pues en Estados Unidos los fármacos catalogados como medicina de precisión representan el 27% de los aprobados por la FDA en el 2016, y el 34% de aquellos autorizados en el 2017.<sup>5</sup>

El Código de Ética Médica, al regular las técnicas de inseminación artificial, la ingeniería genética, la fecundación extrauterina y el consejo genético, también reconoce estos importantísimos avances de la medicina, y permitió su aplicación sin mayores restricciones que las de ser practicadas por médicos especialistas, quienes debían disponer, además, de una investigación completa de la patología que afecte al paciente y que justifique la intervención terapéutica (art. 108).

De manera que, al menos normativamente, era posible realizar, para entonces, tanto ingeniería genética en la línea germinal como en la línea somática, clonación, selección del sexo, experimentación sobre embriones sobrantes, etc., sin que se pueda predicar a la conducta como prohibida, pues existía una norma jurídica que habilitaba las intervenciones médicas de este tipo.

2 Feito Grande, L., *El sueño de lo posible: bioética y terapia génica*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1999, p. 86.

3 Rojas Miranda, D., «Medicina de precisión: qué fronteras estamos dispuestos a cruzar para alcanzar ciertos fines. Una reflexión desde la bioética», en *Bioética Complutense*, N.º 35, 2018, pp. 9-11.

4 Grissinger, M., «The five rights. A destination without a map», en *Pharmacy and Therapeutics P&T*, N.º 10, October 2010, p. 542. Versión digital, disponible en la siguiente página web: [https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2957754/PDF/PTJ35\\_10P542.PDF](https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2957754/PDF/PTJ35_10P542.PDF) (última consulta, 20 de agosto de 2020).

5 Romeo Casabona, C. M., Jiménez Iñigo, P. N. y De Miguel Beriain, I., *Retos éticos y necesidades normativas en la actividad asistencial*, Madrid, Fundación Instituto Roche, 2018, p. 91.

En cuanto al segundo hecho, en distintas recomendaciones del Consejo de Europa<sup>6</sup> se demostró que el avance de la investigación y experimentación sobre el genoma humano, suponía nuevos modos de afectación de bienes jurídicos clásicos (vida, integridad, salud), y, por ende, abría la necesidad de reformar los controles jurídicos dispensados para regular los riesgos o afectaciones a los derechos referidos. Pero también se estableció la obligación de identificar, reconocer y dispensar tutela jurídica a una nueva categoría de derechos que emergía como producto de dichas investigaciones.

En este sentido, el Código de Ética Médica reconoce también bienes jurídicos, pues, al regular las técnicas de inseminación artificial, fecundación in vitro e ingeniería genética, se deja en claro que no se trata de un tema meramente ético, sino de una cuestión eminentemente jurídica, ya que estas intervenciones médicas se autorizan para materializar el derecho a la salud de los individuos y de la sociedad, lo que implica eliminar, en cuanto fuera posible, la patología del paciente. Además, la regulación denota un mecanismo de control de los riesgos que existen en las técnicas descritas, los cuales pueden lesionar a bienes jurídicos como la vida, la integridad, la salud, etc., por ello se considera que dichas intervenciones solo pueden realizarse previo consentimiento informado del paciente, y solo una vez que exista la demostración científica de que su realización es necesaria, para lo cual, además, se requiere de un profesional sanitario especializado en estas áreas del conocimiento médico. El control de los riesgos amerita, por tanto, un tratamiento especializado de la patología que se sustenta en la demostración científica de la necesidad de la intervención médica, que tiene como único objetivo restituir la salud.

## LA LEY ORGÁNICA DE LA SALUD

En esta ley se veta la intervención genética sobre las células de línea germinal y células madre, cuando su finalidad es exclusivamente la experimentación y lucro (art. 212), y la clonación de seres humanos (art. 214).

La prohibición del artículo 212 opera en dos casos: el primero se refiere a las intervenciones genéticas realizadas en las células germinales humanas (óvulo y el espermatozoide), por tanto, la prohibición se refiere a la aplicación de terapia génica en la línea germinal, en la cual se produce la alteración del genotipo humano original y naturalmente configurado, provocando que esas modificaciones sean transmitidas o integradas a la descendencia;<sup>7</sup> y el segundo, que refiere a las intervenciones realizadas en las células madre, es decir, en aquellas células que, por no encontrarse aún diferenciadas, pueden experimentar un sinnúmero ilimitado de divisiones y pueden autorrenovarse dando origen a otras células que son especializadas.<sup>8</sup>

Las células madre son también células somáticas, por eso la modificación del genoma no se transmite a las siguientes generaciones. De esto puede colegirse que la prohibición se dirige a la terapia génica en la línea somática, lo cual no parece ser adecuado pues no se trata de una intervención integrativa.

No obstante lo anterior, la norma en cuestión autoriza la realización de estas técnicas (terapia génica en la línea germinal y terapia génica en la línea somática, exclusivamente, pero no de la clonación), cuando exista una finalidad predictiva, diagnóstica o terapéutica que las justifique, lo que debe ser entendido desde los beneficios o ventajas

6 Al respecto pueden consultarse los siguientes documentos: la Recomendación 934 (1982) sobre ingeniería genética; la Recomendación 16 (1984) relativa a la notificación de trabajos en los que se utilice ácido desoxirribonucleico recombinante ADN; la Recomendación 1046 (1986) sobre el uso de embriones y fetos humanos con fines de diagnóstico, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales; y la Recomendación 1100 (1989) sobre el uso de embriones y fetos humanos en la investigación científica.

7 Higuera Guimerá, J. F., *El derecho penal y la genética*, Madrid, Trivium, 1995, 67.

8 Mayani, H., «Las células troncales somáticas: biología y relevancia clínica», en I. Brena Sesma, *Células troncales, aspectos jurídico-filosóficos*, México D. F., UNAM- IJ, 2005, p. 3.

que reportan estas intervenciones médicas para las personas y para la humanidad, en los campos del diagnóstico médico, la medicina preventiva, el diseño de tratamientos novedosos y el desarrollo de nuevos medicamentos.

Pese a lo anterior, es necesario aclarar que la terapia génica en la línea somática se la emplea como mecanismo de tratamiento en casos extremos, ante la no existencia de otras opciones válidas para recuperar la salud del paciente. Implican, por tanto, una intervención que puede comprometer su integridad personal, razón por la cual se deben valorar previamente los riesgos y beneficios derivados de estas terapias. Además, es importante destacar que estas intervenciones son valoradas como un tratamiento médico<sup>9</sup> nuevo o en fase de experimentación, pero bajo la clasificación de experimentación terapéutica o ensayo clínico, lo cual lo reviste de licitud.<sup>10</sup> También suele considerársele como un trasplante, pues se pretende recuperar una función dañada mediante la inserción de órganos, células y tejidos,<sup>11</sup> lo que reafirma el carácter lícito de las intervenciones de este tipo.

Merece especial atención que el segundo inciso del artículo 214 haya previsto la autorización de las terapias integrativas y no integrativas para satisfacer, además, un beneficio eugenésico. Según este presupuesto debe entenderse que su aplicación se realiza exclusivamente con un fin terapéutico preventivo (eugenesia terapéutica), pero no potenciativo de determinados caracteres especiales de los seres humanos, pues en este último caso puede producirse una discriminación de amplias capas sociales de la humanidad.<sup>12</sup>

Desde otro punto de vista, la Ley Orgánica de la Salud establece un catálogo de infracciones administrativas, disponiendo para el efecto que la violación del artículo 212, que prohíbe la intervención genética sobre células de la línea germinal y de la línea somática, con fines de experimentación y lucro, es sancionada con multa y clausura temporal o definitiva del establecimiento en el que se realizó dicha técnica (art. 244); y la violación del artículo 214, que prohíbe la clonación de seres humanos, se sanciona con suspensión del ejercicio profesional, multa y clausura definitiva del establecimiento, sin perjuicio de las demás sanciones civiles y penales que se produzcan como efecto directo de las conductas prohibidas administrativamente (art. 253).

La prohibición del artículo 214 no amerita casos de excepción y eso se explica porque la clonación es considerada como una conducta grave que afecta a la conservación del patrimonio genético humano, así como a su diversidad y variabilidad aleatoria, por ello no puede predicarse la finalidad terapéutica de esta técnica que es rotundamente prohibida por las legislaciones penales.

Además, en ciertos casos, cuando la infracción administrativa reviste indicios de responsabilidad penal, el procesamiento administrativo sancionador no impide la gestión del sistema penal que se ve obligado a resolver este conflicto mediante la aplicación de las conductas tipificadas en la ley penal. Esta última afirmación requiere de una precisión, pues antes de la vigencia del COIP no existía el delito de manipulación genética, lo que impedía la investigación criminal y juzgamiento penal para las intervenciones genéticas no autorizadas en la línea somática, en la línea germinal y la clonación, de manera que la conducta resultaba ser atípica. Pero con el actual sistema penal esa circunstancia se modifica, pues ya existe una norma penal expresa que regula el delito de manipulación genética, tal como se verá en líneas posteriores con mayor detenimiento. Las infracciones derivadas del artículo 212 están sancionadas por el artículo 244, y la

9 Eser, A., «La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética. Aspectos legales y sociopolíticos desde el punto de vista alemán», en M. Barbero Santos, *Ingeniería genética y reproducción asistida*, Madrid, Artes Gráficas Benzal, 1989, p. 289.

10 Romeo Casabona, C. M., «Consideraciones jurídicas sobre las técnicas genéticas», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N.º 12, 1995, pp. 15-38.

11 Feito Grande, L., «Problemas bioéticos en el inicio de la vida: ingeniería genética y clonación», en D. Gracia y F. De Abajo, *La bioética en la educación secundaria*, Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia, Secretaría General Técnica, 2007, p. 137.

12 Soutullo, D., «Actualidad de la eugenesia: las intervenciones en la línea germinal», en *Ludus Vitalis*, N.º 20, 2003, pp. 189-212.

competencia para el conocimiento y resolución le corresponde al comisario de Salud (art. 225). En el caso de la clonación, sancionada por el artículo 253, no se establece quién es el juez competente para investigar y sancionar esta conducta pues el artículo 225 no lo define, razón por la cual existía un vacío legal, que actualmente también es superado por el COIP, pues este lo tipifica como delito.

## LA LEY ORGÁNICA DE DONACIÓN Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CÉLULAS

Este cuerpo jurídico regula el tratamiento e investigación con células humanas progenitoras (no embrionarias ni fetales), hematopoyéticas (art. 52) y con células adultas (no embrionarias ni fetales) (art. 53), con lo cual la posibilidad de realizar terapia génica en la línea germinal y terapia génica en la línea somática<sup>13</sup> con estos tipos de células está autorizada, siempre y cuando no tenga como fin el lucro.

Las células progenitoras a las que se refiere esta norma también son conocidas en la literatura científica<sup>14</sup> como células madre, células troncales, células tallo, células estaminales, células seminales o células precursoras. Su plasticidad y sus capacidades de división, autorrenovación y reconstrucción las hacen muy útiles en las terapias genómicas regenerativas, de ahí su enorme utilidad para el tratamiento de ciertas enfermedades.

Las células hematopoyéticas se encargan de la hematopoyesis y por eso permiten la renovación de las células muertas por células nuevas, por ello su utilidad es importantísima en el recambio y renovación celular,<sup>15</sup> sin embargo de lo anterior, las nuevas investigaciones realizadas en esta clase de células han permitido establecer que también ostentan capacidad de diferenciación en diversos tipos de tejidos, de autorrenovación y de plasticidad lo que ha determinado su uso en terapias regenerativas.<sup>16</sup>

Las fuentes de las que se obtienen los dos primeros tipos de células son muy variadas, pero la ley en cuestión veta el empleo de células progenitoras embrionarias o fetales. Esta prohibición se explica por el afán que tiene el legislador de proteger al embrión humano, pues las células precursoras embrionarias se las obtiene de su masa celular interna (MCI), lo cual genera su destrucción. De hecho, para obtener células progenitoras embrionarias se requiere generar embriones humanos utilizando un procedimiento denominado clonación terapéutica o terapia por transferencia nuclear, el cual se realiza mediante la transferencia del núcleo de una célula somática adulta que es insertado en un óvulo enucleado previamente. De este procedimiento se obtienen células troncales que podrían ser aplicadas en procedimientos terapéuticos.<sup>17</sup>

Esta práctica, contraria a la vida y a la dignidad del ser humano en sus fases primigenias, ha dado como resultado que la Ley Orgánica de Donación Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, establezca una protección mucho más amplia que la establecida en la Constitución y el Código de la Niñez y la Adolescencia, pues en esos cuerpos jurídicos solo se la habilita desde la concepción o anidación del embrión, lo cual es coincidente con la línea jurisprudencial trazada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que considera que la protección jurídica desplegada para el ser

13 Bueren, J. y Gracia, D., «Terapia génica en línea germinal: aspectos científicos y éticos», en C. Ayuso, R. Dal-Ré y F. Palau, *Ética en la investigación de las enfermedades raras*, Madrid, Ergon, 2016, p. 151.

14 Al respecto puede consultarse: Bueno i Torrens, D., *Órganos a la carta. Células madre, clonación terapéutica y medicina regenerativa*, Barcelona, Universidad de Barcelona - Omnis Cellula, 2007.

15 Mera Reina, C., Roa Lara, A. y Ramírez Clavijo, S., «Células madre hematopoyéticas, generalidades y vías implicadas en sus mecanismos de autorrenovación», en *Ciencias de la Salud*, N.º 5, 2007, pp. 67-89.

16 Macías Abraham, C., Del Valle Pérez, L., Hernández Ramírez, P. y Ballester Santovenia, J., «Características fenotípicas y funcionales de las células madre mesenquimales y endoteliales», en *Revista Cubana de Hematología, Inmunología y Hemoterapia*, N.º 4, 2010, pp. 256-275.

17 Urruela Mora, A., «La clonación humana ante la reforma penal y administrativa en España», en *Revista Penal*, N.º 21, 2008, pp. 165-191.

humano opera exclusivamente con la concepción o anidación del embrión, es decir, luego de que han transcurrido catorce días después de la fecundación.

Por otra parte, la prohibición de empleo de las células fetales no encuentra mayor justificación salvo la pretensión de evitar la interrupción del embarazo por fuera de los límites establecidos en la norma penal, o la venta de órganos, tejidos y células de los fetos abortados. En ambos casos la norma penal (arts. 91.1, 95, 96, 97, 98, 99, 118 y 148, 149 y 150 del COIP) y la administrativa (arts. 14, 55, 73, 74, 75, 76 de la Ley Orgánica de Donación Trasplante de Órganos, Tejidos y Células), regulan estas circunstancias vetando el aborto y la venta de órganos, tejidos y células humanas, de manera que la prohibición podría encuadrarse en una medida desproporcionada que impide la investigación científica en beneficio del desarrollo de las ciencias médicas y del derecho a la salud. Para este efecto, debe tomarse en cuenta que las células fetales pueden ser obtenidas de fetos abortados naturalmente o de abortos inducidos, en los casos de no punibilidad del aborto, lo cual no serían objeto de la prohibición.

La ley bajo análisis, además, establece un catálogo de infracciones administrativas que en su esencia rompen con el principio de legalidad al no establecer concretamente la conducta antijurídica abarcada por la norma que tipifica la falta administrativa. Pese a ello se puede colegir, de la lectura del artículo 53, que el realizar tratamientos con células progenitoras y adultas somáticas (no embrionarias ni fetales), y hematopoyéticas, sin contar con autorización de la autoridad sanitaria nacional, constituye la conducta antijurídica sancionable. También constituye infracción administrativa la manipulación de células madre con fines de investigación, cuando existe el ánimo de lucro, cuando no se dispone del consentimiento informado de los partícipes en la investigación, o cuando se haya empleado células madre, embrionarias o fetales (art. 53).

Estas faltas se sancionan con suspensión temporal del ejercicio profesional hasta por cinco años o suspensión definitiva del ejercicio profesional, en caso de reincidencia (art. 78), y la competencia para conocer y resolver las mismas corresponde a la autoridad sanitaria nacional o al organismo designado para el efecto (art. 66).

## **EL REGLAMENTO PARA USO DEL MATERIAL GENÉTICO HUMANO**

En este reglamento se preocupa de regular la investigación biomédica básica en la que se emplea material genético humano (art. 4), y establece, además, todo un plejo de derechos importantísimos con los que se reafirma la vigencia plena de los derechos genéticos.

La fuente inspiradora de esta normativa se la encuentra en varios instrumentos internacionales referidos al genoma humano, tales como la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos y la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, adoptadas por la Unesco, por lo que su importancia no es menor si se toma en cuenta que ello ayuda a entender los derechos comprometidos por la manipulación genética, así como los nuevos derechos que, a propósito de estas investigaciones, se han reconocido normativamente.

El reglamento establece los siguientes derechos: a la protección del genoma humano (art. 1); a su uso consciente y ético (art. 6.a); a utilizarlo para obtener bienestar (art. 6.a); a la disponibilidad personal del genoma humano (art. 6.a); a conocer la identidad genética (art. 6.b); a la protección de la identidad genética (art. 6.b); a conocer la existencia de genes deletéreos, y las predisposiciones a ciertas enfermedades necesaria de ser intervenidas tempranamente (art. 6.c); a rechazar el uso del genoma humano en investigaciones (art. 6.d); a la protección de la información genética (art. 6.e); a la protección reforzada de los derechos antes aludidos en beneficio de menores de edad, discapacitados, y otros grupos vulnerables (art. 6.f); a la intimidad de la información

genética personal (art. 7.a); a la publicación de la información genética cuando contribuya al conocimiento universal y biomédico (art. 7.d); y a no ser discriminado por razones genéticas (arts. 7.c y 8).

Con estas previsiones se impone un equilibrio adecuado entre la libertad de investigación científica y la integridad del genoma humano, pues permite la materialización de la primera, pero dentro de unos límites de contención razonables que no implican una afectación del segundo. Pero, además, se propone nuevas condiciones básicas e indispensables que deben ser tomadas en cuenta para la realización de las terapias previstas en las leyes antes analizadas.

En este contexto, para emplearse ingeniería genética, prevista en el Código de Ética Médica, se ha de tomar en cuenta imperiosamente el esquema básico de derechos del reglamento bajo análisis, que provee protección al genoma humano más allá de la necesidad del criterio del médico especialista y los resultados de una investigación científica que los avale. En igual sentido, para el consejo genético, también previsto en dicha norma, se requerirá cumplir con los requisitos del artículo 11 del reglamento, por lo que, a más del criterio del especialista, se debe proteger los derechos del paciente (dignidad, confidencialidad de la información, consentimiento informado, protección reforzada cuando el paciente está impedido de consentir, etc.), pero también se debe garantizar el tratamiento adecuado de los valiosos datos genéticos obtenidos de las pruebas realizadas, las cuales deben someterse a los principios de pertinencia, calidad, etc. (art. 11). Las terapias génicas en las líneas germinal y somática, amparadas por la Ley Orgánica de la Salud, así como la investigación en células progenitoras y adultas somáticas (no embrionarias ni fetales), y hematopoyéticas, se deben realizar tomando en cuenta que el genoma humano es un bien jurídico que está expresamente protegido y que debe realizarse un uso ético y responsable del mismo; así también, la investigación sobre los tipos de células antes anotados, cuando se trate de investigación biomédica básica, deben someterse a los límites impuestos por el reglamento en cuestión (art. 4).

El reglamento para uso del material genético humano se convierte, por tanto, en el punto de inflexión del bioderecho ecuatoriano, en el cual se permite un desarrollo equilibrado de la ciencia y la técnica en el ámbito del genoma humano y, a la vez, el reconocimiento y protección de nuevos derechos que, en conjunto con los previstos en el ordenamiento constitucional, permiten una construcción más compleja y acabada de la dignidad humana,<sup>18</sup> la cual por cierto tiene como sustrato biológico al genotipo.

Pero, adicionalmente, este cuerpo normativo establece un estándar mínimo de derechos respecto de los cuales ya no se pueden dictar medidas regresivas que impliquen un menoscabo a los nuevos estándares alcanzados. En ese sentido, el artículo 11.8 de la Constitución impide esta situación, pues tiende a valorar como inconstitucional cualquier acción u omisión que los restrinja sin un fundamento válido, proporcional y razonable.

## EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO ORGÁNICO DE GARANTÍAS PENALES

En el año 2009 se publicó el anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos<sup>19</sup> en el cual se describe como delito la alteración del genotipo, con finalidad distinta a la supervivencia humana y la clonación (art. 122).

El tipo penal en cuestión se inspira en el artículo 154 del Código Penal para el Distrito Federal de México, según se reconoce expresamente en el anteproyecto, por

18 Benda, E., «Dignidad humana y derechos de la personalidad», en E. Benda, W. Maihofer, J. Vogel, C. Hesse y W. Heyde, *Manual de derecho constitucional*, Barcelona, Marcial Pons, 2001, p. 136.

19 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, *Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales. La constitucionalización del derecho penal*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2009, p. 9.

ende, su génesis legislativa es foránea y extraña a la realidad ecuatoriana, pues no responde al verdadero estado de desarrollo de la ciencia y la técnica que en materia genómica existía para entonces en Ecuador. Sin embargo de ello, el esfuerzo encomiable de los autores del anteproyecto, en esta materia, radica en la necesidad de que el sistema penal ecuatoriano sea congruente con los estándares de protección de derechos humanos, derivados tanto de los instrumentos internacionales dictados a propósito del enorme desarrollo de la ingeniería genética y la biotecnología como de las previsiones constitucionales que regulan los distintos aspectos del genoma.

El anteproyecto fue reemplazado por el proyecto de Código Orgánico Integral Penal, el cual, luego de los debates legislativos, fue promulgado el 10 de febrero de 2014, estableciéndose sistemáticamente el delito de manipulación genética como parte de los delitos contra los derechos del buen vivir, previstos en el Libro Primero (la infracción penal), título IV, capítulo III, sección primera (Delitos contra el derecho a la salud).

Como producto de esta tipificación penal existen varias cuestiones que deben ser aclaradas. Una de ellas se refiere a la eficacia y suficiencia de los controles extrapenales, pues en principio estos controles deben haber sido ineficaces en la gestión de los riesgos provocados por las intervenciones en el genoma humano. Para las fechas en las que se elaboró el anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales y el proyecto de Código Orgánico Integral Penal, no existía ningún estudio que avale estos aspectos, lo que hace imposible determinar si las medidas de control extrapenal fueron inútiles para solucionar los conflictos derivados de la manipulación genética.

Otra cuestión se refiere a la justificación de la intervención penal, pues según el artículo 195 de la Constitución ecuatoriana se habla de la existencia y vigencia de un derecho penal de ultima ratio, lo que implica que las posibilidades de intervención penal se reducen dramáticamente a aquellos supuestos en los que los mecanismos de control extrapenal son insuficientes, de manera que la intervención penal parecería ser apresurada e injustificada.

Una cuestión adicional se refiere a la sobrerregulación de las conductas, que son abarcadas por el delito de manipulación genética, pues varios sectores del derecho se dedican a normar los mismos aspectos como se ha establecido antes. La existencia de múltiples sectores sancionadores requiere de una necesaria armonización de las disposiciones legales, para dar certeza al ciudadano en cuanto a la norma jurídica que regula una determinada conducta prohibida, de manera que el efecto comunicativo que se pretende a través de la norma penal no quede en entredicho por la existencia de las otras normas administrativas que la matizan, como ocurre, por ejemplo, en la posibilidad de realizar terapia génica en la línea germinal con fines experimentales, la cual está prohibida por la Ley Orgánica de la Salud, pero avalada por el COIP cuando existe una finalidad terapéutica.

## **EL DELITO DE MANIPULACIÓN GENÉTICA PREVISTO EN EL COIP**

Cuando el legislador ecuatoriano emplea el nombre de «manipulación genética» para configurar varias conductas con relevancia penal previstas en el artículo 214 del COIP, lo hace distinguiéndola de la terapia génica en la línea germinal y de la clonación, lo cual hace necesario que se aclare esta diversidad de términos empleados.

La manipulación genética, que generalmente es confundida con la ingeniería genética, puede ser definida como la intervención humana dirigida a cambiar la estructura original del patrimonio genético de las especies biológicas, con el fin de dotar de nuevas características genéticas a una célula que originalmente o naturalmente no las

tiene.<sup>20</sup> También el término manipulación genética se emplea para referirse al uso de componentes biológicos de las especies vivas, en el cual no se realiza una modificación del caudal genético aleatoriamente reconfigurado, sino que la intervención humana está destinada para coadyuvar en el proceso reproductivo, tal como ocurre en las técnicas de reproducción asistida,<sup>21</sup> en las que se manipulan células germinales con esta finalidad.

La «manipulación genética» posee, por tanto, una doble acepción. En sentido restrictivo y propio, la manipulación genética se refiere a la modificación artificial de la conformación original del ADN, lo que permite la generación de nuevos genotipos mediante las técnicas de terapia génica en la línea germinal, terapia génica en la línea somática, CRISPR, prime editing, etc.; y, en sentido amplio e impropio, abarca también las intervenciones médicas sobre células germinales para coadyuvar en el proceso reproductivo que no puede conseguirse de forma natural mediante las técnicas de inseminación artificial, fecundación *in vitro*, en sus distintas modalidades, clonación, etc.).

La ingeniería genética, en cambio, es una ciencia, parte de la biotecnología, gracias a la cual se puede realizar la manipulación del patrimonio genético de las especies vivas, mediante el empleo de varias técnicas dirigidas a alterar, sustituir, reemplazar o modificar el caudal hereditario de alguna especie. Se trata, por tanto, de un área de conocimiento específico, mientras que la manipulación genética constituye el nombre genérico que se utiliza para designar una o varias técnicas de esa área de conocimiento que existe para llevar adelante las modificaciones al genoma.<sup>22</sup>

Tomando en consideración lo anteriormente establecido, el legislador ecuatoriano emplea la expresión «manipulación genética» en sentido restrictivo y en sentido amplio, por ello el artículo 214 del COIP, en sus dos primeros apartados, establece conductas penales que implican la modificación artificial del patrimonio genético del ser humano (la manipulación de genes humanos destinada a la alteración del genotipo humano y la terapia génica en células germinales, sin finalidad terapéutica); y, en el apartado tercero, se sanciona la generación de seres humanos por clonación, es decir, aquella intervención humana que no está destinada a la modificación del genotipo sino a la creación de un individuo con similar ADN a otro, por vía de reproducción asexual.

Pero adicionalmente a lo anterior, el primer apartado del artículo 214 del COIP, emplea la frase «la persona que manipule genes humanos», lo que significa que el legislador evita la obsolescencia del tipo penal y anticipa su aplicación a nuevas técnicas que puedan crearse en el futuro para manipular genes humanos, por ello, dentro de este apartado se incluye cualquiera otra técnica con la que se pueda alterarlos, modificarlos o sustituirlos, pero que sea distinta a la terapia génica en línea germinal, pues esta última se encuentra regulada en el segundo apartado del artículo 214. En este sentido, las técnicas de donación mitocondrial, ingeniería genética de mejora o perfectiva, edición genética y CRISPR/Cas9<sup>23</sup> se estima que pueden ser abarcadas por el primer apartado del artículo 214 del COIP.

Desde un punto de vista científico, no toda manipulación genética puede ser motivo de la conminación penal, sino solamente un grupo reducido de conductas, pues de otro modo podría superarse en mucho los límites de la intervención penal,<sup>24</sup> por eso se establece que únicamente las conductas que son abarcadas por los dos primeros apartados del tipo penal son las siguientes: a) la modificación del ADN realizada ex-

20 Romeo Casabona, C. M., «Los adelantos científicos y tecnológicos, motores de la calidad de vida en las sociedades modernas: la doble cara de Jano», en *Revista Internacional de Estudios Vascos*, N.º 7, 2010, pp. 177-206.

21 Morillas Cuevas, L., «Manipulación genética: límites jurídico generales y frontera penal. La respuesta del Código Penal español», en I. Benítez Ortuzar, *Genética humana en el tercer milenio. Aspectos éticos y jurídicos*, Madrid, Akal Ediciones, 2002, p. 178.

22 Romeo Malanda, S., *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y derecho penal*, Bilbao, Comares, 2006, p. 247.

23 Lamm, E., «Prácticas prohibidas: alteración genética», en DELS., N.º 2, 2017, pp. 1-4.

24 Penchaszadeh, V., «Aspectos éticos en genética médica», en S. Bergel y J. Cantú, *Bioética y genética: II Encuentro Latinoamericano de Bioética y Genética*, Buenos Aires, cátedra UNESCO de Bioética, 2000, p. 295.

clusivamente en las bases nucleicas de un codón que dé lugar a la formación, pese a la manipulación de un mismo tipo de proteína; b) la modificación de un codón que genere un aminoácido diferente, aunque ello permita obtener una determinada proteína con similar funcionalidad; y c) la modificación de un codón que produzca un aminoácido diferente, que a su vez genere una cierta proteína final, pero funcionalmente distinta.<sup>25</sup>

Y, finalmente, otra de las conductas penalmente reprochables es la clonación humana, es decir, aquella que se realiza mediante la partición de embriones, la transferencia de núcleos de células embrionarias o fetales y la transferencia de núcleos de células de individuos nacidos.<sup>26</sup> En esta técnica no requiere que la generación de seres humanos sean idénticos, pues en el ser clónico el ácido desoxirribonucleico mitocondrial es distinto y eso se debe a que esta clase de ADN es transmitido únicamente por las mujeres a sus hijos y están sometidas a los cambios que generan en la gestación.

## MANIPULACIÓN GENÉTICA COMO DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO

Para abordar este tema se requiere precisar qué tipos de bienes jurídicos son los que resultan afectados por las conductas abarcadas en el delito de manipulación, pues la doctrina penal identifica tanto bienes jurídicos individuales como colectivos, los cuales son menoscabados en formas distintas.

Entre dichos bienes se encuentran los siguientes: dignidad humana;<sup>27</sup> integridad genética; identidad genética; inalterabilidad del patrimonio genético; libre desarrollo de la personalidad; libertad de decisión; integridad y diversidad de la especie humana; irrepitibilidad del ser humano; derecho a la no discriminación por razones genéticas;<sup>28</sup> derecho a la vida humana prenatal; la dotación genética derivada de padre y madre; derecho a la intimidad;<sup>29</sup> etc.

Este listado de derechos permite entender que el delito previsto en el artículo 214 del COIP se trata de un delito que tiene como característica la pluriofensividad de las conductas incriminadas, ya que protege y tutela tanto bienes jurídicos individuales como colectivos, pero se debe aclarar que esta categorización se establece tomando en consideración que la afectación a los bienes jurídicos debe ser principal y necesaria,<sup>30</sup> pues de otra manera se pervierte el criterio de pluriofensividad. La afectación, por lo tanto, debe ser material a los dos tipos de bienes jurídicos que están descritos en la norma penal, aunque ello implique que el legislador la establezca solo en base a una referencia indirecta de la norma penal.

En este sentido, el artículo 214 del COIP es un delito pluriofensivo, pues el legislador, en los apartados del artículo analizado, trata de impedir que se altere fatalmente el genoma de la especie humana, por lo que en principio se tutela bienes jurídicos de naturaleza colectiva, pero también protege bienes jurídicos de naturaleza individual pues exige un resultado material para cada una de las conductas descritas en los tres apartados que conforman dicho artículo, lo cual solo puede establecerse en función de la protección desplegada para un bien jurídico de esta categoría.

De hecho, cuando en el primer enunciado de la norma jurídica en referencia se prevé la alteración del genotipo humano sin finalidad terapéutica, el bien jurídico descrito

25 Romeo Casabona, C. M., *Del gen al derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 349.

26 Palacios Alonso, M., «Consideraciones sobre la clonación», en I. Benítez Ortuzar, *Genética humana en el tercer milenio. Aspectos éticos y jurídicos*, Madrid, Akal Ediciones, 2002, p. 49.

27 López Peregrín, M., «Ingeniería genética, reproducción asistida y derecho a la salud», en J. Martos Núñez, *Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1997, p. 37.

28 Messina de Estrella Gutiérrez, G., *Bioderecho*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, pp. 110-111.

29 Figueroa Yáñez, G., «Información genética y derecho a la identidad personal», en S. Bergel y J. Cantú, *Bioética y genética: II Encuentro Latinoamericano de Bioética y Genética*, Buenos Aires, cátedra UNESCO de Bioética, 2000, p. 136.

30 Gracia Martín, L. y Escuchuri Aisa, E., *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 95.

es el genotipo humano, es decir, un bien de naturaleza individual, pero debe entenderse que el genotipo constituye, a su vez, una parte integrante del genoma humano y, en este sentido, la referencia indirecta es a un bien jurídico de naturaleza colectiva. Lo propio ocurre con el segundo apartado de la norma en cuestión, pues en él se proscribía la terapia génica en la línea germinal, sin finalidad terapéutica, que afecta a un bien jurídico individual (el genotipo), y se tutela un bien jurídico colectivo, pues se altera el patrimonio genético humano. En igual sentido, cuando se prohíbe la clonación el legislador tutela el bien jurídico individual del ser clónico (el derecho a tener un genoma aleatoriamente reconfigurado por la naturaleza),<sup>31</sup> pero la referencia indirecta del precepto considera también al genoma humano como bien jurídico colectivo que se afecta por no haber sido naturalmente conformado.

Ahora bien, tomando en cuenta lo anterior es necesario establecer que para dispensar la tutela de los bienes jurídicos colectivos, el legislador emplea generalmente la técnica legislativa de los delitos de peligro.<sup>32</sup> Esta clase de delitos implican anticipar las barreras de protección del derecho penal en un momento previo a la afectación real o efectiva del bien jurídico protegido, para lo cual el legislador toma en cuenta dos aspectos que son indispensables para su configuración: a) la peligrosidad de conducta; y b) la altísima probabilidad de la afectación del bien jurídico protegido. En estas circunstancias el principio de lesividad material queda matizado ya que la intervención penal ocurre sin que se lesione el bien, sino solo su tranquilidad, lo cual de por sí es criticable y constitucionalmente objetable, y ello se debe a que el injusto se basa en la imposibilidad de disfrutar, de forma segura, el bien jurídico protegido.<sup>33</sup>

Los delitos de peligro se subdividen en delitos de peligro concreto y peligro abstracto. En los primeros, el peligro es un elemento del tipo penal que debe ser verificado por el juzgador en cada caso en concreto; pero en los últimos, el peligro no es sino una presunción establecida por el legislador en la redacción de la norma jurídica penal, gracias a la cual se desvalora una conducta que genera peligro para un determinado bien jurídico.<sup>34</sup> Para construir esta presunción el legislador emplea los conocimientos derivados de reglas técnicas y reglas de experiencia, que permiten obtener una valoración ex ante del peligro de la conducta, sin embargo de ello, esta presunción debe aceptar prueba en contrario, pues de esta forma se respeta la presunción de inocencia y permite al sujeto activo de la infracción desvirtuar el desvalor de la acción, por ello se debe entender que en esta clase de delitos apenas existe una presunción iuris tantum.

En este contexto, cuando el legislador ecuatoriano establece en el artículo 214 del COIP, como conductas desvaloradas la alteración del genotipo y la terapia genética en la línea germinal, sin una finalidad terapéutica, y la clonación lo hace tomando en cuenta tanto a un bien jurídico colectivo o supraindividual (genoma humano) como la presunción del peligro que la conducta representa para este bien jurídico, por lo tanto, se trata de un delito de peligro abstracto.

Pero, adicionalmente a lo anterior, la norma jurídica en cuestión hace referencia a un bien jurídico individual que resulta afectado por: a) la modificación del genotipo, la cual ocurre por la intervención médica mediante una de las técnicas antes descritas (donación mitocondrial, ingeniería genética de mejora o perfectiva, edición genética y CRISPR/Cas9), y por la terapia génica en línea germinal, ambas sin finalidad terapéutica; y b) por la imposibilidad de la reconfiguración natural del genotipo efectuada por la clonación.

31 Peris Riera, J., *La regulación penal de la manipulación genética en España (Principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías)*, Madrid, Civitas, 1995, p. 97.

32 Gómez Rivero, M., «Delitos relativos a la manipulación genética (artículos 159 a 162)», en M. Gómez Tomillo, *Comentarios prácticos al Código Penal*, Navarra, Arazandi, 2015, p. 269.

33 Mendoza Buergo, B., «La configuración del injusto (objetivo) de posdelitos de peligro abstracto», en *Revista de Derecho Penal y Criminología* RDPC, n.º 9, 2002, pp. 39-82.

34 Luzón Peña, D., *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 162.

Desde otro punto de vista, hay que destacar que en la estructura del tipo penal del artículo 214 las tres conductas previstas prevén un resultado material: la alteración del genotipo, en el caso del apartado primero, la alteración de las células germinales, en el caso del apartado segundo; y la creación de humanos con un mismo genotipo, en el caso de la clonación. Ello implica que se puede hablar de un delito de resultado cuando haya una afectación a un bien jurídico individual.

Estas afectaciones a bienes jurídicos individuales y colectivos de forma principal, permite ubicar al tipo penal del artículo 214 dentro de la categoría de delitos de peligro abstracto, pero bajo la modalidad de peligro-lesión, en la cual se pone en peligro el bien colectivo y se lesiona a un bien individual.

En este sentido, cuando el legislador ecuatoriano establece en el primer apartado que se sanciona la manipulación de genes (conducta) que altera el genotipo (resultado), se lesiona el bien individual (integridad genética en su dimensión subjetiva) y se pone en peligro abstracto el bien colectivo (integridad genética en su dimensión colectiva) por la producción reiterada de estas conductas.

En el caso del apartado segundo, se sanciona la terapia genética en la línea germinal sin finalidad terapéutica (conducta) que también altera el genotipo (resultado), se lesiona el bien individual (integridad genética subjetiva) y se pone en peligro abstracto el bien colectivo (integridad genética en su dimensión colectiva) por la producción reiterada de estas conductas; y en el apartado tercero se sanciona la clonación (conducta) que genera seres humanos (resultado), se lesiona el bien individual<sup>35</sup> (identidad e irrepetibilidad) y se pone en peligro abstracto el bien colectivo (desarrollo evolutivo de la especie humana), también por la producción reiterada de estas conductas.

## MANIPULACIÓN GENÉTICA Y SIMBOLISMO PENAL

Una de las características atribuidas a la legislación penal, que tipifica como delitos varias conductas relacionadas con el genoma humano, es aquella que se refiere a la función eminentemente simbólica.<sup>36</sup> Para ello se argumenta en aspectos como la imposibilidad técnica de la realización de las conductas previstas en el tipo penal, o el abusivo recurso al derecho penal para resolver los problemas de la sociedad sin aplicar los controles extrapenales de los que dispone el sistema jurídico.

Cuando se habla de derecho penal simbólico se designan a aquellas normas penales en las cuales no se protege de forma exclusiva a ningún bien jurídico, ni tampoco se aplican los fines instrumentales de la legislación punitiva, lo que las vuelve ilegítimas, pues las normas así caracterizadas solamente producen efectos tranquilizadores en una sociedad en la que abunda el populismo penal.

Si partimos de la confrontación de estos últimos elementos con la tipificación del delito de manipulación genética en el Ecuador, se podría llegar a la conclusión de que las conductas descritas cumplirían una función eminentemente simbólica, pues aquellas, al ser puestas en el contexto del estado de la ciencia y de la técnica existente en el país, serían prácticamente irrealizables en los actuales momentos debido a un pobre desarrollo de la libertad de investigación científica en estos campos. En efecto, en Ecuador, entre 1996 y 2013, la producción de artículos científicos era inferior a los 1000 por año; y para el año 2017 estaba apenas ubicado en el puesto 90 del ranking de producción científica mundial por debajo de Brasil (15), México (29), Argentina (37), Chile (45), Colombia (50), Venezuela (62), Cuba (63) y Perú (74).<sup>37</sup> La producción científica ecua-

35 De Miguel Beriain, I., «¿Existe un derecho a la identidad genética?», en *Arbor, Ciencia, Pensamiento y Cultura*, N.º 730, 2008, pp. 261-276.

36 Romeo Malanda, S., *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y derecho penal*, Bilbao, Comares, 2006, p. 182.

37 Scimago Institutions Ranking, «SIR Ranking of Ecuador», *Scimago Institutions Ranking*. Versión digital, disponible en la siguiente página web: <https://www.scimagojr.com/countrysearch.php?country=ec>. (última consulta, 10 de julio de 2020).

toriana sobre cuestiones genéticas apenas representa el 0,03% de los datos generados a nivel mundial y el 0,80% de la producción latinoamericana.<sup>38</sup> Recién en 1998 se implementan las técnicas moleculares en el campo de la genética humana, animal y vegetal lo que permitió que se conocieran en profundidad el estado de las técnicas de genética y biología molecular en la investigación básica y aplicada.

Desde esta perspectiva, el artículo 214 del COIP debería ser considerado como una norma jurídica de carácter reaccionario en la que se pone de manifiesto no un verdadero afán de protección de bienes jurídicos, sino apenas la imagen de que existe un legislador que está presto a resolver los problemas actuales generados por las intervenciones biotecnológicas en el genoma humano y, esta finalidad, que sería la que se pretende conseguir con la tipificación del delito de manipulación genética, es la que deslegitimaría la intervención penal y configuraría como derecho penal simbólico.

Además de esta situación, desde la vigencia del COIP, hasta hoy, tampoco se ha producido un solo proceso judicial en el que se haya aplicado cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 214, hecho éste que ha caracterizado también a las legislaciones en donde se tipificó la manipulación genética, como España (art. 159 del Código Penal, Perú (art. 324 del Código Penal), Colombia (art. 132 del Código Penal), Bolivia (art. 277 del Código Penal), y Venezuela (art. 40 de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo), en donde tampoco se ha presentado un solo caso de procesamiento penal sobre el tema en cuestión, lo que confirmaría la caracterización de la norma ecuatoriana como un derecho penal simbólico.

Sin embargo de lo anterior, y construyendo una argumentación contraria, que es más adecuada a la realidad ecuatoriana, es importante destacar que las hipótesis descritas en el artículo 214 en referencia, no contienen una función exclusivamente simbólica, pues en ellas se consignan, en primer lugar, nuevos bienes jurídicos sumamente importantes y dignos de protección por la vía de la intervención penal, y respecto de los cuales existe una referencia y un sustrato constitucional concreto.<sup>39</sup>

El derecho a la no discriminación; la protección jurídica aún de las formas más elementales de vida humana;<sup>40</sup> la integridad personal genética; la libertad de decisión; la intimidad; la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético no patológico; la identidad e irrepetibilidad; la dotación genética doble de la línea genética femenina y masculina;<sup>41</sup> y la supervivencia de la especie humana, constituyen, en su mayoría, bienes jurídicos nuevos, que han sido reconocidos y elevados a la categoría de derechos fundamentales por ser parte de las condiciones indispensables que garantizan la realización de los individuos así como la supervivencia del sistema social.

En menor parte, como en el caso del derecho a la dignidad o la libertad de decisión, los descubrimientos biotecnológicos en materia de genoma humano permiten descubrir nuevas dimensiones de los clásicos derechos humanos, que antes no se las podía llegar a conocer debido a las serias limitaciones científicas y tecnológicas existentes, gracias a las cuales se dispensa de una mayor protección jurídica a estos derechos.

Desde otra perspectiva, si bien es cierto que la tipificación de la manipulación genética en Ecuador puede explicarse desde el punto de vista político por la crisis social existente debido al incremento de la delincuencia, debe tomarse en cuenta que la reacción legislativa procura regular los efectos negativos de los avances científicos que suceden de forma muy apresurada, por ello se prefirió que la norma penal despliegue

38 Leone, P. y Paz y Miño, C., *Genética en el Ecuador: 30 años*, Quito, Edición de la Sociedad Ecuatoriana de Genética Humana e Instituto de Investigaciones Biomédicas, Universidad de las Américas, 2016, p. 89.

39 Roxin, C., «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?», en R. Hefendehl, *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 451.

40 Muñoz Conde, F., «Protección de los derechos fundamentales en el Código Penal. Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte General)», en *Derecho y Cambio Social*, N.º 22, 2011, pp. 1-11.

41 Romeo Casabona, C. M., «Protección de bienes jurídicos e intervención en el genoma humano», en D. Borrillo, *Genes en el estrado*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Estudios Sociales Avanzados, 1996, p. 160.

toda su fuerza preventiva en aras de salvaguardar bienes jurídicos tan importantes como los que se han descrito en líneas anteriores.

Con ello no se pretende, en forma alguna, justificar la deficiente técnica legislativa empleada por el legislador para regular las conductas penales descritas en el artículo 214 del COIP, sino que se considera más importante el hecho de que exista una respuesta legislativa ante los serios problemas que genera el avance científico y tecnológico en el área del genoma humano, lo cual ha sido previsto y regulado con mucha anterioridad en otras legislaciones.

Otro argumento importante que legitima la intervención penal en la tipificación del delito de manipulación genética es que ello permite la apertura de las discusiones y de los debates, a todos los niveles, sobre los serios problemas generados por la ciencia y la técnica en cuanto a la intervención biotecnológica del genoma humano. Las técnicas empleadas por los científicos, los beneficios que se derivan de la investigación básica y de la investigación aplicada en esta área, los impactos producidos por la obtención de los nuevos conocimientos y de su aplicación práctica, los beneficios económicos que genera el desarrollo biotecnológico, la reformulación de los clásicos derechos humanos así como de muchos conceptos jurídicos (paternidad, maternidad, identidad genética, etc.), constituyen apenas un minúsculo contenido de los temas que pueden discutirse gracias a la tipificación penal, siendo el principal de todos ellos obviamente la protección de los derechos humanos y la limitación del poder punitivo del Estado. Esas discusiones y debates permiten la construcción de una verdadera conciencia social en estos temas, y habilitan un control social de los avances en las investigaciones sobre el genoma humano.

Se trata, en definitiva, no de una exclusiva función simbólica la que se contiene en la norma que regula el delito de manipulación genética en Ecuador, sino apenas de una mera función simbólica, de la cual están provistas todas las normas penales.

## REFERENCIAS

- Benda, Ernesto, «Dignidad humana y derechos de la personalidad», en Ernesto Benda, Werner Maihofer, Juan Vogel, Conrado Hesse y Wolfgang Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*, Barcelona, Marcial Pons, 2001.
- Bueno i Torrens, David, *Órganos a la carta. Células madre, clonación terapéutica y medicina regenerativa*, Barcelona, Universidad de Barcelona, Omnis Cellula, 2007.
- Bueren, Juan y Gracia, Diego, «Terapia génica en línea germinal: aspectos científicos y éticos», en Carmen Ayuso, Rafael Dal-Ré y Francesc Palau, *Ética en la investigación de las enfermedades raras*, Madrid, Ergon, 2016.
- De Miguel Beriain, I., «¿Existe un derecho a la identidad genética?», *Arbor, Ciencia, Pensamiento y Cultura*, N.º 730, 2008.
- Eser, Albin, «La moderna medicina de la reproducción e ingeniería genética. Aspectos legales y sociopolíticos desde el punto de vista alemán», en Marino Barbero Santos, *Ingeniería Genética y reproducción asistida*, Madrid, Artes Gráficas Benzal, 1989.
- Feito Grande, Lydia, *El sueño de lo posible: bioética y terapia génica*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1999.
- Feito Grande, Lydia, «Problemas bioéticos en el inicio de la vida: ingeniería genética y clonación», en Diego Gracia y Francisco De Abajo, *La Bioética en la educación secundaria*, Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia, Secretaría General Técnica, 2007.
- Figuroa Yáñez, Gonzalo, «Información genética y derecho a la identidad personal», en Salvador Bergel y José María Cantú, *Bioética y genética: II Encuentro Latinoamericano de Bioética y Genética*, Buenos Aires, cátedra UNESCO de Bioética, 2000.
- Gracia Martín, Luis y Escuchuri Aisa, Estrella, *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

- Gómez Rivero, María del Carmen, «Delitos relativos a la manipulación genética: (artículos 159 a 162)», en Manuel Gómez Tomillo, Comentarios prácticos al Código Penal, Navarra, Arazandi, 2015.
- Grissinger, Matthew, «The Five Rights. A Destination Without a Map». Pharmacy and Therapeutics P&T, N.º 10, october 2010. Versión digital, disponible en la siguiente página web: [https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2957754/pdf/ptj35\\_10p542.pdf](https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2957754/pdf/ptj35_10p542.pdf).
- Higuera Guimerá, Juan Felipe, El derecho penal y la genética, Madrid, Trivium, 1995.
- Lamm, Eleonora, «Prácticas prohibidas: alteración genética», DELS. N.º 2, 2017. Versión digital, disponible en la siguiente página web: <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/practicas-prohibidas-alteracion-genetica>
- Leone, Paola y Paz y Miño, César, Genética en el Ecuador: 30 años, Quito, Edición de la Sociedad Ecuatoriana de Genética Humana e Instituto de Investigaciones Biomédicas-Universidad de las Américas, 2016.
- López Peregrín, María del Carmen, «Ingeniería genética, reproducción asistida y derecho a la salud», en Juan Antonio, Martos Núñez, Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1997.
- Luzón Peña, Diego Manuel, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- Macías Abraham, Consuelo, Del Valle Pérez, Lázaro, Hernández Ramírez, Porfirio y Ballester Santovenia, José, «Características fenotípicas y funcionales de las células madre mesenquimales y endoteliales», Revista Cubana de Hematología, Inmunología y Hemoterapia, N.º 4, 2010.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos, «La inflación del derecho penal y del derecho administrativo», Estudios Penales y Criminológicos, N.º 6, 1981-1982.
- Mayani, Héctor, «Las células troncales somáticas: Biología y relevancia clínica», en Ingrid Brena Sesma, Células troncales, aspectos jurídico-filosóficos, México D. F., UNAM-IIIJ, 2005.
- Mendoza Buergo, Blanca, «La configuración del injusto (objetivo) de posdelitos de peligro abstracto», en Revista de Derecho Penal y Criminología RDPC, N.º 9, 2002.
- Mera Reina, Claudia, Roa Lara, Angélica y Ramírez Clavijo, Sandra, «Células madre hematopoyéticas, generalidades y vías implicadas en sus mecanismos de auto-renovación», Ciencias de la Salud, N.º 5, 2007.
- Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela, Bioderecho, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999.
- Morillas Cuevas, Luis, «Manipulación genética: límites jurídico generales y frontera penal. La respuesta del Código Penal español», en Ignacio Benítez Ortuzar, Genética humana en el tercer milenio. Aspectos éticos y jurídicos, Madrid, Akal Ediciones, 2002.
- Muñoz Conde, Francisco, «Protección de los derechos fundamentales en el Código Penal. Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte General)», Derecho y Cambio Social, N.º 22, 2011.
- Palacios Alonso, Marcelo, «Consideraciones sobre la clonación», en Ignacio Benítez Ortuzar, Genética humana en el tercer milenio. Aspectos éticos y jurídicos, Madrid, Akal Ediciones, 2002.
- Penchaszadeh, V., «Aspectos éticos en genética médica», en Salvador Bergel y José María Cantú, Bioética y genética: II Encuentro Latinoamericano de Bioética y Genética, Buenos Aires, cátedra UNESCO de Bioética, 2000.
- Peris Riera, Jaime Miguel, La regulación penal de la manipulación genética en España. (Principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías, Madrid, Civitas, 1995.
- Rojas Miranda, Daniela, «Medicina de precisión: qué fronteras estamos dispuestos a cruzar para alcanzar ciertos fines. Una reflexión desde la bioética», Bioética Complutense, N.º 35, 2018.

- Romeo Casabona, Carlos María, Jiménez Iñigo, Pilar y De Miguel Beriain, Iñigo, *Retos éticos y necesidades normativas en la actividad asistencial*, Madrid, Fundación Instituto Roche, 2018.
- Romeo Casabona, Carlos María, Jiménez Iñigo, Pilar y De Miguel Beriain, Iñigo, «Los adelantos científicos y tecnológicos, motores de la calidad de vida en las sociedades modernas: la doble cara de Jano», *Revista Internacional de Estudios Vascos*. N.º 7, 2010.
- Romeo Casabona, Carlos María, Jiménez Iñigo, Pilar y De Miguel Beriain, Iñigo, «Protección de bienes jurídicos e intervención en el genoma humano», en Borrillo, Daniel, *Genes en el estrado*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Estudios Sociales Avanzados, 1996.
- Romeo Casabona, Carlos María, Jiménez Iñigo, Pilar y De Miguel Beriain, Iñigo, *Del gen al derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- Romeo Casabona, Carlos María, Jiménez Iñigo, Pilar y De Miguel Beriain, Iñigo, «Consideraciones jurídicas sobre las técnicas genéticas», *Anuario de Filosofía del Derecho*, N.º 12, 1995.
- Romeo Malanda, Sergio, *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y derecho penal*, Bilbao, Comares, 2006.
- Roxin, Claus, «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?», en Roland Hefendehl, *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid, Marcial Pons, 2007.
- Scimago Institutions Ranking, «SIR Ranking of Ecuador», Scimago Institutions Ranking. Versión digital, disponible en la siguiente página web: <https://www.scimagojr.com/countrysearch.php?country=ec> (última consulta, 10 de julio de 2020).
- Soutullo, Daniel, «Actualidad de la eugenesia: las intervenciones en la línea germinal», *Ludus Vitalis*, N.º 20, 2003.
- Urruela Mora, Asier, «La clonación humana ante la reforma penal y administrativa en España», *Revista Penal*, N.º 21, 2008.

## NORMATIVA

Asamblea Nacional Legislativa, *Ley Orgánica de la Salud*, Registro Oficial 423, Suplemento, de 22 de diciembre de 2006.

Asamblea Nacional Legislativa, *Ley Orgánica de Donación, Trasplante de Órganos, Tejidos y Células*, Registro Oficial 398, de 4 de marzo de 2011.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, *Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales. La constitucionalización del derecho penal*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2009.

Ministerio de Salud Pública, *Reglamento para uso del material genético humano en Ecuador*, Quito, Dirección Nacional de Normalización y Programa Nacional de Genética del Ministerio de Salud Pública, 2013.

Ministerio de Salud Pública, *Código de Ética Médica*, Registro Oficial 5, de 17 de agosto de 1992.





## El acoso laboral en el Ecuador en el contexto del covid-19

Andrés Durango Frías<sup>1</sup> | iD Universidad de Otavalo (Ecuador)

**RESUMEN** Este trabajo contiene una revisión de la Ley Orgánica Reformativa a la Ley Orgánica de Servicio Público y al Código del Trabajo para prevenir el acoso laboral, en la cual se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico el acoso laboral. Sobre esta base se abordará la incidencia de la pandemia por el covid-19 en la modalidad contractual laboral por excelencia en estos tiempos: el teletrabajo. Para finalizar, haremos una revisión de lo que se conoce como ciberacoso laboral o violencia digital laboral, términos que aún no forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

**PALABRAS CLAVE** Acoso, teletrabajo, *burnout*, discriminación, violencia.

FECHA DE RECEPCIÓN 11/06/2021    FECHA DE APROBACIÓN 30/09/2021

## Mobbing in Ecuador within the context of covid-19

**ABSTRACT** This work contains a review of the Organic Law Reforming the Organic Law of Public Service and the Labor Code to prevent Workplace Harassment, with which workplace bullying was introduced into our legal system. On this basis, the incidence of the covid-19 pandemic will be addressed in the labor contractual modality par excellence in these times, teleworking. Finally, we will review what is known as cyberbullying or digital workplace violence, terms that are not yet part of our legal system.

**KEY WORDS** Harassment, telework, burnout, discrimination, violence.

## INTRODUCCIÓN

En el año 2017, con la promulgación de la Ley Orgánica Reformativa a la Ley Orgánica de Servicio Público y al Código del Trabajo para prevenir el Acoso Laboral, publicada en el Registro Oficial Suplemento N.º 116, el legislador introdujo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano el *mobbing* o acoso laboral.

<sup>1</sup> Abogado por la UCE, especialista y magíster por la UASB, docente a tiempo parcial en Derecho Mercantil de la Universidad de Otavalo.

Con esta ley se reconoce como derecho del trabajador el no ser sujeto a acoso laboral y obliga a los empleadores a:

Art. 5.- Implementar programas de capacitación y políticas orientadas a identificar las distintas modalidades del acoso laboral, para prevenir el cometimiento de toda forma de discriminación, hostigamiento, intimidación y perturbación que se pudiera generar en la relación laboral entre los trabajadores y de éstos con el empleador. (Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Servicio Público y al Código del Trabajo para prevenir el Acoso Laboral, 2017, p. 3)

Asimismo, se incorporó al acoso como una nueva causa para dar por terminado el contrato de trabajo por parte del empleador y trabajador, previo trámite de visto bueno, estableciéndose como elemento diferenciador, respecto de la petición que pueda hacer uno y otro, el hecho de que si el trabajador en su solicitud presentare: «indicios fundados de haber sufrido acoso laboral, le corresponde al empleador o empleadora presentar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad» (Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Servicio Público y al Código del Trabajo para prevenir el Acoso Laboral, 2017, art. 9, p. 4).

En este sentido, era necesario mirar al acoso desde el nuevo contexto en el que se desenvuelve el Ecuador y el mundo, debido a la pandemia de covid-19. Por ello, se realiza una revisión doctrinaria de lo que se entiende por acoso laboral, análisis del concepto de acoso laboral en nuestra legislación, para finalmente arribar al teletrabajo y sus posibles formas de acoso a través de una investigación de tipo documental con enfoque cualitativo. La importancia de este trabajo radica en realizar un vistazo actual al acoso laboral conforme las últimas reformas legales, considerando que ésta es una figura relativamente nueva y novedosa en nuestra legislación.

## ACOSO LABORAL

El acoso se ha convertido en un problema social y omnipresente que puede impedir que los «individuos de una sociedad se conviertan en miembros aceptados y con iguales derechos en los grupos o comunidades sociales a los que pertenecen o desean integrarse» (Pörhölä y Kinney, 2010, p. 12).

El mobbing o acoso laboral no es la única forma de acoso que puede estar presente en los distintos aspectos de la vida cotidiana, también se exterioriza el acoso escolar o bullying, acoso sexual, acoso inmobiliario o blockbusting, acoso físico o stalking y el ciberacoso, pero todas ellas comparten los elementos propios del acoso, es decir, una comunicación hostil, abusiva o poco ética por parte de una persona que ejerce poder sobre otra y produce un daño (Pörhölä y Kinney, 2010, p. 103).

La palabra mobbing fue utilizada por primera vez por el profesor Heinz Leymann en la década de los 80, quien recogió el término que ya había utilizado el zoólogo y etnólogo austriaco Konrad Lorenz (1903-1989), ganador del Premio Nobel, compartido en 1973 por su estudio del comportamiento animal.

Para Leymann, el acoso laboral «es la situación en que una persona ejerce una violencia psicológica extrema de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo que finalmente provoca el abandono del lugar de labores» (Rojo-Cervera, 2005, pp. 15-16).

Uno de los más reconocidos conocedores del tema, el psicólogo español Piñuel (2001), lo define como:

El deliberado y continuado maltrato verbal y modal que recibe un trabajador, por parte de otro u otros, que se comportan con él cruelmente con vistas a lograr su aniquilación o destrucción psicológica y a obtener su salida de la organización a través de diferentes procedimientos (p. 52).

En el trabajo de Diazgranados (2014) trae a colación la definición que ha facilitado el inspector de trabajo español Manuel Velásquez Fernández, quien señala que el mobbing es:

Un comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos, a causa del cual el afectado/a es objeto de acoso y ataques sistemáticos y durante mucho tiempo, de modo directo o indirecto, por parte de una o más personas, con el objetivo y/o el efecto de hacerle el vacío. (p. 14)

La definición de acoso laboral ha sido ampliamente discutida, tanto es así que, por ejemplo, en el trabajo de Camacho (2018) señala que internacionalmente no existe un concepto consolidado y único de acoso laboral, y expone las definiciones que han proporcionado los «autores más reconocidos sobre el tema», de ahí que, Einarsen se refiere a *bullying* en el trabajo; Marie France Hirigoyen habla de acoso moral; Harald Ege dice que el *mobbing* es una forma de terror psicológico en el lugar del trabajo, efectuando un análisis y comentario sobre los mismos.

Sin embargo, lo cierto es que en la mayoría de ellas se puede establecer que el acoso laboral supone un comportamiento reiterado a lo largo del tiempo, que produce principalmente un daño psicológico laboral, derivado de las relaciones interpersonales en el lugar de trabajo.

Entre las principales conductas de acoso laboral se tienen cinco grupos (Barrado y Prieto, 2016, p. 29-30):

El primer grupo de conductas engloba los actos del acosador que buscan disminuir la posibilidad de comunicación del acosado con el resto de los compañeros, privándole de su derecho a expresarse o hacerse escuchar. En segundo lugar, están los actos del acosador que intentan que la víctima no tenga contacto social a través de presiones a los compañeros o asignándole un puesto que le aisle de sus compañeros. En tercer lugar, aquellas actuaciones del sujeto activo que desembocan en una desacreditación de la víctima, con una pérdida de su reputación, tanto personal como laboral. En cuarto lugar, se hallan las actuaciones del acosador dirigidas a disminuir la ocupación de la víctima a través de su desacreditación profesional, como pueden ser no asignar a la víctima ningún trabajo o asignarle tareas sin cesar o que se encuentren por debajo de sus capacidades profesionales.

Por último, aquellas conductas que atacan a la salud tanto física como psíquica de la víctima, obligándola a realizar trabajos que de alguna manera sean perjudiciales para la salud, amenazarlo o, incluso, atacarlo físicamente.

De todas ellas, se presentan las actuaciones que tiene como objeto desacreditar o provocar pérdida de la reputación de la víctima en el ámbito personal-laboral, mediante actos que pueden devenir en acoso sexual. Para autoras como Mariblanca Staff y Haydée Méndez, el acoso sexual es una forma de discriminación laboral, porque puede darse el caso de que la víctima tema quejarse debido a que sería objeto de represalias (Staff y Méndez, 2001, p. 307).

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el acoso sexual en el trabajo se presenta principalmente de dos formas. La primera sucede, por ejemplo, cuando se condiciona a la víctima para que acceda a comportamientos de carácter sexual, mediante promesas de mejoras laborales como la permanencia en el empleo, aumentos de salario. La segunda sucede en un ambiente laboral hostil en el que la conducta da lugar a situaciones de intimidación o humillación de la trabajadora hostigada (OIT, 2013, p. 9).

El acosador laboral puede utilizar varios métodos, inclusive sin llegar a la violencia física, a fin de conseguir su objetivo, cualquiera que sea éste (abandono del lugar de trabajo, traslado a otro lugar, etc.), como señalan Piñuel o Lyemann; sin embargo, aun cuando en la agresión no llegue a haber contacto físico, pero sí hostigamiento de tipo sexual, nos encontraríamos en la órbita del acoso laboral, más allá de los efectos de tipo criminal que hubiere lugar.

El acoso laboral es un problema social que tiene efectos no solo en el trabajador, como la depresión y ansiedad, dos de las complicaciones psicopatológicas más frecuentes (Fuertes, 2004, p. 56) sino también en la empresa.

Para finalizar esta primera parte, es importante no confundir el *mobbing* o acoso laboral con el síndrome de desgaste emocional profesional o *burnout* (estar quemado en el trabajo), que al parecer es ocasionado como una consecuencia de la frustración derivada de la forma y condiciones en que se presenta el trabajo al no cumplir con las expectativas profesionales del empleado (Olano, 2017).

Las causas del síndrome de agotamiento profesional son múltiples y en una misma persona pueden concurrir varias de éstas, con distinta intensidad a lo largo de tiempo (Sepúlveda, 2008, p. 13). Entre las principales causas tenemos: personalidad previa, estado civil, edad, falta de formación, conflicto de valores, falta de estímulos.

La mayoría de los investigadores especializados coinciden en el hecho de que el burnout o desgaste profesional no se origina por las mismas razones que se genera la violencia o el acoso psicológico laboral, donde son importantes las relaciones interpersonales. Por el contrario, este fenómeno es la consecuencia de un estrés crónico laboral y organizacional que finaliza en un estado de agotamiento emocional y de fatiga con una alta desmotivación al realizar las funciones y tareas propias del trabajo (Olano, 2017).

## DEFINICIÓN LEGAL DE ACOSO LABORAL

El art. 1 de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Servicio Público y al Código del Trabajo para prevenir el Acoso Laboral define al acoso laboral como todo comportamiento atentatorio a la dignidad de la persona, ejercido de forma reiterada y potencialmente lesivo, cometido en el lugar de trabajo o en cualquier momento en contra de una de las partes de la relación laboral o entre trabajadores, que tenga como resultado para la persona afectada el menoscabo, maltrato, humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral.

El acoso laboral es incompatible con el respeto a la dignidad humana, asumiéndose así una visión coherente con el rechazo de otras conductas que lesionan derechos fundamentales, como es el caso del acoso sexual. Con todo, no se puede perder de vista que el acoso laboral no solo afecta a la dignidad, sino que puede lesionar a una pluralidad de derechos fundamentales de la víctima. De allí su reproche jurídico y su sanción (Caamaño y Ugarte, 2014). Dicho de otro modo, constituye una conducta que lesiona diversos bienes jurídicos que derivan de dicho derecho a la dignidad de la persona, tales como la integridad física y psíquica, igualdad, derecho a una vida digna, integridad personal y no discriminación, etc.

La definición es bastante general, en donde, por ejemplo, no se conoce el verbo rector que configura la agresión como sí lo hacen otras legislaciones como la chilena y la argentina, ya que únicamente se refiere a todo comportamiento atentatorio.

Tampoco se puede distinguir el medio por el cual se emplean los *comportamientos atentatorios*, que hace un símil con la definición chilena, la cual se refiere a «cualquier medio»; quedaría a un criterio amplio que permita dar cabida a las infinitas posibilidades por medio de las cuales una creatividad desquiciada, perversa, ambiciosa o envidiosa pudiera pretender canalizar su objetivo de perjudicar a su víctima. Así, entonces, más que la vía o medio (*v. gr.*: dichos, gestos, comunicaciones escritas, etc.), lo importante será la agresión y el resultado lesivo de ésta en materia laboral, lo que deberá ser determinado en cada caso por los tribunales (Caamaño y Ugarte, 2014, p. 74).

Nótese que, al parecer, la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Servicio Público y al Código del Trabajo para prevenir el Acoso Laboral da una luz de qué actos podrían considerarse comportamientos atentatorios cuando, en el artículo cinco, señala como obligación de los empleadores el implementar programas de capacitación y políticas orientadas a identificar las distintas modalidades del acoso laboral para prevenir el cometimiento de toda forma de discriminación, hostigamiento, intimidación y perturbación, sin que se desarrolle una definición y alcance de los mismos.

Resulta necesario traer a colación el caso chileno, ya que su Dirección del Trabajo, mediante varios dictámenes, ha esclarecido aspectos que se encuentran descritos en la legislación de acoso laboral, por ejemplo, el dictamen N.º 3519/034, de fecha 9 de agosto de 2012, que se refiere a las conductas que ocasionen menoscabo, maltrato o humillación, que es resultado del acoso laboral, que tienen similitud a la descrita en nuestra norma, y

señala que las mismas deben entenderse como cualquier acto que cause mengua o descrédito en su honra o fama o que implique tratar mal de palabra u obra o que los hiera en su amor propio o en su dignidad, o bien, que amenacen o perjudiquen la situación laboral o las oportunidades de empleo de dichos afectados (Caamaño y Ugarte 2014).

En cuanto al bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo, que también tiene similitud a la nuestra, el legislador chileno ha entendido que la conducta de acoso laboral se configura no solo cuando la acción del empleador o del o los trabajadores ocasiona un perjuicio o daño laboral directo en su situación al interior de la empresa, sino también cuando por la creación de un ambiente hostil y ofensivo del trabajo se pone en riesgo su situación laboral u oportunidades en el empleo (Caamaño y Ugarte, 2014).

Por otro lado, queda suelta la forma en la que se cometen los actos atentatorios, pues se limita a señalar que los mismos deben ser reiterativos, como si toda forma de agresión pudiera tener la misma temporalidad y donde se excluiría, por ejemplo, aquellas agresiones de único comportamiento; de ahí que el inspector de trabajo deberá valorar las agresiones que se pongan en su conocimiento (Caamaño y Ugarte, 2014).

El acoso laboral puede ser considerado como discriminatorio, inclusive cuando sea motivado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; o por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 11.2).

Es menester traer a colación el hecho de que poco menos de un año después de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Servicio Público y al Código del Trabajo para prevenir el Acoso Laboral, mediante Registro Oficial, Suplemento 175 de 05 de febrero de 2018, entró en vigencia la Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, cuerpo normativo que tiene como objeto y finalidad prevenir y erradicar todo tipo de violencia contra las mujeres: niñas, adolescentes, jóvenes, adultas y adultas mayores, en toda su diversidad, en los ámbitos público y privado.

Señala esta norma que la violencia puede estar presente en varios ámbitos de la vida cotidiana de una mujer, como el entorno familiar o doméstico, educativo, deportivo, espacio público o privado, y por supuesto el laboral. Si bien el numeral 3 del art. 12 de la ley al tratar el entorno laboral en el cual se puede presentar actos de violencia no constituirían acoso laboral, tales como condicionar la contratación, negativa a contratar a la víctima de violencia de género, no acceso a igual remuneración que los hombres por igual tarea o función, impedimento a las mujeres de que se les acredite el período de gestación y lactancia, sí se describen otros actos que entrarían en la órbita del acoso laboral como la permanencia en el trabajo a través de favores de naturaleza sexual, el descrédito público por el trabajo realizado; es decir, en esta norma encontraríamos dos comportamientos atentatorios a la dignidad (de las mujeres en específico) los cuales, sin duda alguna, tendrían como resultado para la persona afectada el menoscabo, maltrato, humillación o bien que amenace o perjudique su situación laboral.

Así mismo, este cuerpo normativo reconoce como derecho de las mujeres el evitar que, por causas de violencia, tengan que abandonar su espacio laboral, y obliga al ente rector del trabajo a elaborar y aplicar protocolos institucionales para promover denuncias de violencia, acoso laboral y sexual, en el ámbito laboral en contra de las mujeres. En resumen, la definición de acoso laboral es bastante amplia y general, en donde el acoso sexual en el trabajo constituiría un acto atentatorio por ser contrario a la dignidad humana, diferenciándose de otras legislaciones por el hecho de no estar expresamente señalada en la norma que define y regula el acoso laboral.

## ACOSO LABORAL Y EL COVID-19

Como ya es de conocimiento general, mediante Acuerdo Ministerial N.º 00126-2020 de 11 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud Pública declaró el estado de emergencia sanitaria a fin de prevenir un posible contagio masivo en la población debido al covid-19. Con posterioridad, el presidente de la República, el Ministerio de Salud Pública y el COE nacional dispusieron medidas para evitar la propagación de la pandemia, algunas de ellas que inclusive se mantienen en la actualidad.

Entre estas medidas se encontraban las restricciones de movilidad, exceptuándose de esta restricción las personas y actividades relacionadas con seguridad pública, privada, servicios de emergencias y agencias de control, servicios de salud de la red pública integral y de la red privada complementaria, sectores estratégicos, servicios de emergencia vial, sector exportador y toda su cadena logística, prestación de servicios básicos como agua potable, electricidad, recolección de basura, entre otros.

Ello derivó en que el Ministerio de Trabajo genere medidas adicionales de prevención para que los servidores públicos y trabajadores puedan cumplir sus actividades utilizando modalidades y mecanismos que velen por el derecho supremo a la salud y la vida (Acuerdo Ministerial MDT-2020-076). Es así que mediante acuerdos ministeriales dicha cartera de Estado ha emitido directrices y normas tendientes a regular la aplicación del teletrabajo emergente durante la declaratoria de emergencia sanitaria, directrices para la aplicación de la deducción, modificación, entre otras, calendarización para pagos de sueldos y regulación emergente de vacaciones. Posteriormente, frente a los efectos negativos en la economía mundial producidos por la pandemia, en el mes de junio de 2020 entró en vigencia la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del covid-19, que tiene por objeto establecer medidas de apoyo humanitario, necesarias para enfrentar las consecuencias derivadas de la crisis sanitaria, a través de medidas tendientes a mitigar sus efectos adversos dentro del territorio ecuatoriano, que permitan fomentar la reactivación económica y productiva del Ecuador, con especial énfasis en el ser humano, la contención y reactivación de las economías familiares, empresariales, la popular y solidaria, y en el mantenimiento de las condiciones de empleo.

La Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, en el capítulo que trata sobre las medidas para la sostenibilidad del empleo, regula sobre los acuerdos para la preservación del empleo, contrato especial emergente, reducción emergente de la jornada laboral, goce de vacaciones, la priorización de contratación a trabajadores, profesionales, bienes y servicios de origen local, y la estabilidad de trabajadores de la salud.

Regulaciones emergentes que se expidieron para hacer frente a la crisis provocada por el covid-19, inobservando algunos principios esenciales del derecho laboral, concretamente, los principios de intangibilidad, progresividad, no regresividad y de irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores; del principio de la integridad y oportunidad de las remuneraciones, aunque dadas las circunstancias, muchas de tales medidas se consideraron legítimas (Monesterolo, 2020, p. 114).

### ¿TELETRABAJO UNA NUEVA MODALIDAD CONTRACTUAL PARA ACOSAR?

De todas las regulaciones y reformas en materia laboral que se han expedido durante la emergencia sanitaria, la que ha marcado un antes y un después en las relaciones de trabajo en nuestro país, no solo porque cambió la forma tradicional e histórica de ver al lugar de trabajo, sino porque el entorno en el cual se desenvuelve es nuevo, es aquella relativa al teletrabajo.

Ya en el año 2016, mediante acuerdos ministeriales MDT-2016-0190 y MDT-16-0090-A, el Ministerio de Trabajo expidió las normas técnicas para regular el teletrabajo

en el sector público y privado, respectivamente. En dichos acuerdos ministeriales, que posteriormente fueron reformados mediante acuerdos ministeriales MDT-2018-0002-A y MDT-2018-0002B, respectivamente, se establecía que tienen preferencia en la aplicación y aprobación del teletrabajo, las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas y adultos mayores. Sin embargo, hasta antes de la emergencia sanitaria era una modalidad contractual poco utilizada.

Una vez que el Ecuador entró en emergencia sanitaria debido al covid-19, el Ministerio de Trabajo mediante Acuerdo Ministerial N.º MDT-2020-076 de 12 de marzo de 2020 (reformado por los acuerdos N.º MDT-2020-265 y MDT-2021-08), expide las directrices para la aplicación del teletrabajo emergente durante la declaratoria de la emergencia sanitaria, cuyo objeto es viabilizar y regular la aplicación del teletrabajo emergente.

El Ministerio de Trabajo dejó establecido que el acogerse o no a esta modalidad, era absolutamente potestativo del empleador. Esto en razón de que la parte empleadora es la que tiene siempre la facultad de dirigir, organizar y supervisar el trabajo y, por ende, es a la que le corresponde decidir, analizadas las circunstancias y tipo de actividad, si era o no procedente acogerse a esta modalidad laboral. En caso de hacerlo, debía simplemente informar al Ministerio sobre el inicio y el fin de la modalidad, con la indicación de los trabajadores que se sometían a la misma. Es importante destacar que, mediante este cambio emergente, solo se facultaba modificar el lugar del trabajo, no así el resto de las condiciones de trabajo (Monesterolo, 2020, p. 88).

Posteriormente, la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario introdujo al teletrabajo como una modalidad de contratación y ya no de forma emergente, en cuyo caso no procede, ha de entenderse, la terminación de la declaratoria de emergencia sanitaria como causal de finalización de dicha modalidad contractual (Monesterolo, 2020, p. 89).

El Código del Trabajo de Ecuador define al teletrabajo como forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo.

Esta modalidad de trabajo se puede desarrollar en varios modelos, tomando como referencia el lugar seleccionado por el teletrabajador para realizar sus actividades, utilizando medios de telecomunicación y tecnología (Vallejo, 2020), así tenemos el efectuado en el domicilio del trabajador, telecentros, oficinas satélite, telecottage y móviles, nómadas itinerantes.

El artículo innumerado posterior al art. 16 del Código del Trabajo prevé cuatro formas:

1. Autónomos, son aquellos que utilizan su propio domicilio o un lugar escogido para desarrollar su actividad profesional, puede ser una pequeña oficina, un local comercial. En este tipo se encuentran las personas que trabajan siempre fuera de la empresa y solo acuden a la oficina en algunas ocasiones.
2. Móviles, son aquellos teletrabajadores que no tienen un lugar de trabajo establecido y cuyas herramientas primordiales para desarrollar sus actividades profesionales son las tecnologías de la información y la comunicación, en dispositivos móviles.
3. Parciales, son aquellos teletrabajadores que laboran dos o tres días a la semana en su casa y el resto del tiempo lo hacen en una oficina.
4. Ocasionales, son aquellos teletrabajadores que realizan sus actividades en ocasiones o circunstancias convenidas.

De estas cuatro formas de teletrabajo, el teletrabajador puede o no tener contacto con el empleador y demás compañeros de trabajo. Con ello me vino la duda, de si con esta nueva modalidad contractual, se pueden presentar eventos de acoso laboral.

Si bien es cierto, aun cuando con el teletrabajo no se tenga contacto físico alguno o se lo tenga de modo parcial u ocasional, necesariamente el empleador va a ejercer labores de control y dirección de forma remota y el trabajador deberá reportar sus actividades de la misma manera; de igual forma la interacción con los compañeros de trabajo será mediante mecanismos tecnológicos remotos.

Las conductas de acoso en el trabajo con esta nueva interacción laboral pudieron no haberse suspendido; por el contrario, se pudo haber producido un cambio del medio empleado para acosar, ya que al no haber contacto físico los medios tecnológicos serían la herramienta predilecta.

Este acto de acosar, importunar, hostigar, incomodar a alguien en el que se introduce tecnologías de la información y mayormente redes sociales se lo conoce como ciberacoso o cyberbullyng. (Tébar, 2014).

El ciberacoso puede ser de tres tipos: 1) hostigamiento, que se produce cuando se envían imágenes o videos denigrantes, seguimiento por medio de software espía, envío de virus informáticos, 2) exclusión, cuando un grupo determinado niega el acceso o expulsa de foros, chats o redes sociales a la víctima, y 3) manipulación, cuando se produce una mala utilización de la información procedente de redes sociales, ya que se difunde de un modo no adecuado por quienes integran esa red o plataforma o cuando se accede con la clave de otra persona para realizar acciones que pueden perjudicar a este usuario (Tébar, 2014).

Los informes más prestigiosos, incluso de instituciones políticas, sobre ciertas experiencias extranjeras avanzadas, alertan que no existe una definición suficientemente consensuada sobre acoso cibernético como violencia digital laboral, lo que desafía al sistema para activar políticas eficaces (Molina, 2019); sin embargo, Molina llega a entender al acoso cibernético en el trabajo, como lo denomina, a toda conducta intimidatoria intencional repetitiva dirigida a causar daño (físico y psíquico) por el uso de dispositivos digitales, haciendo gran análisis de los medios empleados y temporalidad de los mismos.

Ante esta falta de consenso, y debido a que se considera como un fenómeno emergente, Molina infiere que en el enfoque originario del acoso cibernético en el trabajo se deben incorporar aquellos que son propios del acoso presencial, como la intencionalidad, el desequilibrio del poder y la repetición de la conducta.

Resulta intrigante ver como Molina (2019) hace un análisis de las decisiones judiciales españolas en cuanto al ciberacoso laboral en el contexto de la conflictividad sindical e infiere que el problema no está necesariamente en la empresa, que es un campo abonado de conflictos, sino en los canales de solución, de ahí que, por ejemplo, en un primer escenario, el control pleno tecnológico de la actividad productiva, podría ser constitutivo de una violación al derecho a la intimidad e incluso integridad, pero no pueden ser considerados como ciberacoso laboral, aunque en determinados entornos de control desmedido sí puede resultar objetivamente en un entorno intimidatorio y hostil, como, por ejemplo, el no respetar el derecho a la desconexión.

Señala también que en la experiencia judicial se confirma que una cosa es la constatación de conflictos constantes, de malestar enquistado, de mala educación de personas, jefes y empleados y otra cosa es calificarla como acoso en sentido estricto. Sin embargo, señala que la tendencia está cambiando, pues cada vez hay más doctrinas que muestran una actitud de cero tolerancia a actitudes de «mala educación», sobre todo cuando median situaciones de índole sexual en relación con las empleadas mujeres (gritos, comentarios obscenos) y aquellos desenvueltos por razones sindicales (Molina, 2019).

Lo cierto es que los empleadores, cualquiera sea su voluntad y nivel propio de concienciación social sobre las nuevas fronteras de violencia y acoso relacionado con el trabajo, producto de los procesos de transformación digital de la sociedad y más aún con la pandemia del coronavirus, se ven obligados a prevenir obligatoriamente la violencia y acoso cibernéticos en el trabajo como riesgos psicosociales emergentes (Molina, 2019, p. 203).

En este caso, los literales b), c) y l) del art. 28 de la Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, dispusieron que el ente rector del trabajo elabore, diseñe armonice y aplique normativas, programas y protocolos tanto en el sector público como en el privado para prevenir, erradicar y promover la presentación de denuncias y sancionar casos de discriminación, acoso laboral y/o toda forma de violencia contra mujer.

Es así como el Ministerio de Trabajo mediante Acuerdo N.º MDT-2020-244 de 25 de noviembre de 2020 expidió el «Protocolo de prevención y atención de casos de discriminación, acoso laboral y/o toda forma de violencia contra la mujer en los espacios de trabajo».

El artículo 3 del Protocolo pone énfasis en señalar que todos quienes formamos parte de una relación de trabajo somos responsables de mantener relaciones de respeto y equidad con sus jerárquicos superiores, empleador y con sus compañeras o compañeros de trabajo, ejecutando de manera eficiente sus actividades; quienes, además, tienen la responsabilidad de denunciar cualquier exceso del cual se crean víctimas en la relación laboral.

De igual forma, presta especial atención al trámite de denuncia, diferenciándose entre uno y otro cuando se trata del sector público o privado; señalando, además, cuál sería la sanción a imponerse en caso de determinarse que un trabajador o empleador incurriera en acoso laboral y/o violencia contra la mujer, aspecto que para efectos prácticos, en mi opinión, no es de gran utilidad, ya que el resultado sería el mismo aun cuando este protocolo no hubiese salido a la luz, puesto que al encontrarse en la ley como «infracción» sancionable ya se podría iniciar el procedimiento de régimen disciplinario o visto bueno, como corresponda.

El prenombrado protocolo del Ministerio de Trabajo no señala nada en cuanto a actos u agresiones de acoso laboral y/o violencia que puedan presentarse en teletrabajo, aun cuando el protocolo está dirigido a prevenir y dar atención a casos de discriminación, acoso laboral y/o toda forma de violencia contra la mujer en los espacios de trabajo, debiendo asumir que en caso de haberlos se debe seguir las mismas reglas para su denuncia.

La importancia de este protocolo radica en la prevención, ya que el mismo debe ser registrado, implementado y reportado cada año al Ministerio del Trabajo, en conjunto con el programa de Prevención de Riesgos Psicosociales, de conformidad con los formatos y lineamientos que emita la Dirección de Seguridad, Salud en el Trabajo y Gestión Integral de Riesgos de esa Cartera de Estado.

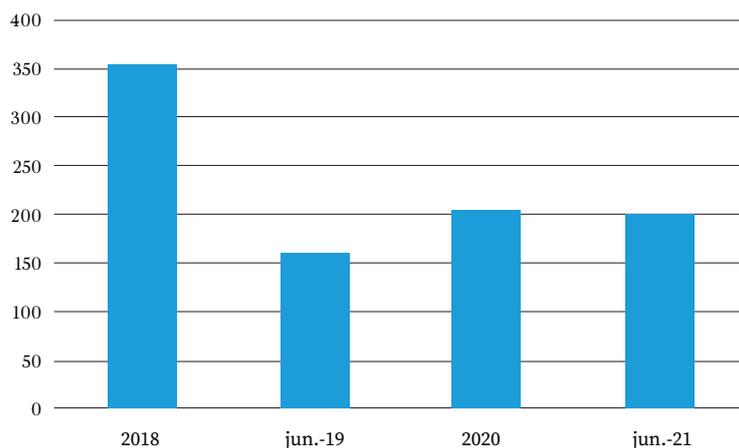
Sin embargo de aquello, el país no cuenta con un detalle o guía de riesgos psicosociales que debieran considerarse, ya que se toman como referencia la normativa y notas técnicas españolas y de otras legislaciones; de ahí que en el departamento de seguridad ocupacional o seguridad industrial de cada empresa se deberá establecer, en su matriz de riesgos, a qué factor de riesgo psicosocial está expuesto un teletrabajador a fin de prevenirlo y cuya evaluación debe efectuarse anualmente.

Finalmente, el acoso cibernético como violencia digital laboral que puede estar presente en esta modalidad de trabajo, si bien es un fenómeno emergente, como lo señala Molina (2019), actualmente puede constituirse en una novel forma de acosar y, de presentarse en nuestro país, los actos atentatorios estarán determinados por las conductas intimidatorias intencionales y repetitivas dirigidas a causar daño (físico y psíquico) por el uso de dispositivos digitales, debiendo el inspector de trabajo valorar los elementos propios del acoso presencial, como son la intencionalidad, el desequilibrio del poder y la repetición de la conducta.

## RESULTADOS

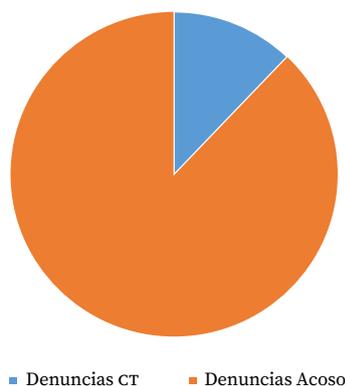
Consideré importante incluir algunos datos estadísticos respecto a las denuncias presentadas por acoso, con base en la poca información disponible, cuya fuente de consulta se encuentra detallada en la bibliografía (ver Figura 1).

Figura 1. Denuncias por acoso laboral



En el año 2018, el Ministerio del Trabajo recibió 359 denuncias por acoso; para el año 2019, teniendo en cuenta que los datos recopilados por primicias.ec son hasta el mes de noviembre de 2019, se presentaron 159; durante el año 2020 se registraron 204 y hasta el 30 de junio del año en curso 150 denuncias (ver Figura 2).

Figura 2. Denuncias 2020-2021



Por su parte, desde el 16 de marzo de 2020 hasta el 30 de junio de 2021, el Ministerio de Trabajo del Ecuador recibió 48.878 denuncias, de ellas 354 corresponden a denuncias por acoso, las que representan apenas el 0,72 % del universo de denuncias presentadas, sin que en esta información se precise cuántas de ellas corresponden a trabajo presencial y teletrabajo, así como la edad y sexo de los denunciados.

Lo cierto que más allá de la estadística, que es importante, ahora ya se visibiliza el acoso en el trabajo, el cual puede ayudar al ente de control a dirigir la política pública encaminada sobre todo a prevenir este fenómeno emergente que afecta a los trabajadores.

## CONCLUSIONES

El acoso laboral es una figura relativamente nueva en el Ecuador y presenta en su aplicación grandes desafíos. En vista de cómo se ha tratado, su definición es bastante amplia y general, en donde el acoso de índole sexual que puede presentarse en el trabajo

constituiría un acto atentatorio por ser contrario a la dignidad humana, aunque este tipo de hostigamiento no esté expresamente señalado en la norma.

Asimismo, las regulaciones de prevención sobre el acoso expedidas por el Ministerio del Trabajo resultan insuficientes y más aún cuando estamos frente a aquéllas que se pueden presentar en teletrabajo, de ahí que el departamento de seguridad ocupacional o seguridad industrial de cada empresa deberá realizar un estudio de riesgos psicosociales, a fin de identificar los factores de riesgo psicosocial a los que está expuesto un teletrabajador y con ello prevenir el acoso y, de presentarse un evento de éstos, denunciarlo.

Desde el inicio de la pandemia por el covid-19, esto es marzo de 2020, se ha registrado un incremento del 28% en denuncias por acoso respecto de aquellas presentadas en el año 2019, debiendo puntualizar que gran parte de los empleadores en ese año optaron por la modalidad del teletrabajo.

El reto es importante, puesto que se requieren reformas legales en el sentido de que prevenga, trate y sancione el acoso en el trabajo en todas sus formas, en las que se incluyan a aquellas que se generen en teletrabajo y no tan solo se presuponga que están reguladas basados en elementos que rayan la subjetividad.

## REFERENCIAS

- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial, Suplemento 449, 20 de octubre.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2005). *Código del Trabajo*. Registro Oficial, Suplemento 147, 16 de diciembre.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2017). *Ley Orgánica Reformativa a la Ley Orgánica de Servicio Público y el Código del Trabajo para prevenir el Acoso Laboral*. Registro Oficial 116, 9 de noviembre.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2018). *Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres*. Registro Oficial, Suplemento 175, 05 de febrero.
- Caamaño Rojo, E. y Ugarte, José. (2014). El acoso laboral: tutela y prueba de la lesión de los derechos fundamentales. *Ius et Praxis*, 20(1), 67-90. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000100004>
- Camacho Ramírez, A. (2018). *Acoso laboral o mobbing*. Editorial Universidad del Rosario. Recuperado de <https://elibro.net/es/lc/uotavalo/titulos/117661>
- De Miguel Barrado, V. y Prieto, Jorge. (2016). El acoso laboral como factor determinante en la productividad empresarial: el caso español. *Perspectivas* (38), 25-44. Redalyc. Recuperado de <https://redalyc.org/articulo.oa?id=425948032003>
- Diazgranados Quimbaya, L. (2014). *El acoso laboral. Análisis conceptual y comparado*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia. Colección Jus Laboral N.º 1.
- Fuertes Rocañin, J. (2004). *Acoso laboral... !Mobbing! psicoterrorismo en el trabajo*. España: Aran Ediciones S. L.
- Piñuel, I. (2001). *Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*. Santander, España: Sal Terrae.
- Tébar Martínez, M. (2014). *Educación en las nuevas tecnologías. Educar en el ciberacoso*. Ardapal Interactive Media S. L. Recuperado de <https://books.google.com.ec/books?id=9IJVBQAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=inauthor:%22Manuel+T%C3%A9bar+Mart%C3%ADnez%22&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwjH6LO-Gi-3vAhU5RzABHZO8DBgQ6AEwAnoECAEQAg#v=onepage&q&f=false>
- Maili, P. y Terry A. Kinney. (2010). *El acoso, contexto, consecuencias y control*. Barcelona, España: Editorial UOC. Recuperado de <https://elibro.net/es/lc/uotavalo/titulos/56243>

- Machado, Jonathan. (2019). En 20 meses se han reportado 518 denuncias por acoso laboral. *Primicias.ec*, 28 de agosto. Nota completa en <https://www.primicias.ec/noticias/sociedad/acoso-laboral-trabajadores-empleadores/>
- Ministerio del Trabajo. (25 de noviembre de 2020). *Protocolo de prevención y atención de casos de discriminación, acoso laboral y/o toda forma de violencia contra mujer en los espacios de trabajo*. Acuerdo Ministerial MDT-2020-244 Registro Oficial Suplemento 355
- Ministerio del Trabajo. (2021). *Cifras*. Recuperado de <https://www.trabajo.gob.ec/cifras-21-de-mayo-de-2021/> <https://www.trabajo.gob.ec/cifras-08-de-julio/>
- Molina Navarrete, C. (2019). *El ciberacoso en el trabajo: cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*. España: Wolters Kluwer. Recuperado de <https://elibro.net/es/lc/uotavalo/titulos/123683>
- Monesterolo Lencioni, G. (2020). Impacto del covid-19 en las relaciones laborales en el Ecuador. *Revista Facultad de Jurisprudencia*, (8), 79-118. Recuperado de <https://doi.org/10.26807/rfj.vi8.314>
- Olano Escobar, O. (2017). *El acoso psicológico como factor de riesgo laboral ¿realidad o tabú en una empresa de turismo en Quito?* (Tesis de maestría en Desarrollo del Talento Humano). Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10644/5437>
- Organización Internacional del Trabajo. (2013). *Acoso sexual en el trabajo y masculinidad. Exploración con hombres de la población general. Centroamérica y República Dominicana* (1.ª ed.). Recuperado de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/--ro-lima/--sro-san\\_jose/documents/publication/wcms\\_210223.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/--ro-lima/--sro-san_jose/documents/publication/wcms_210223.pdf)
- Rojo, J. V. y Cervera, Ana. (2005). *Mobbing o acoso laboral*. Madrid, España: Editorial Tebar Flores. Recuperado de <https://elibro.net/es/lc/uotavalo/titulos/51917>
- Staff Wilson, M. y Méndez, Haydée. (2001). *El acoso sexual: un problema laboral*. Panamá: Instituto de la Mujer, Universidad de Panamá.
- Sepal. (2008). *Guía de prevención del burnout para profesionales de cuidados paliativos*. España: Aran Ediciones S. L. Recuperado de <https://books.google.com.ec/books?id=defVRqO6xlQC&printsec=frontcover&dq=Gu%C3%ADa+de+prevenci%C3%B3n+del+Burnout+para+profesionales+de+cuidados+paliativos&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwi-r7r5i-3vAhWsSTABHVQmBFYQ6AEwAHoECAA-QAg#v=onepage&q=Gu%C3%ADa%20de%20prevenci%C3%B3n%20del%20Burnout%20para%20profesionales%20de%20cuidados%20paliativos&f=false>
- Vallejo Lara, G. (2020). *Análisis de la implementación del teletrabajo en el sector privado en Ecuador: casos prácticos* (tesis de maestría en Derecho de la Empresa). Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10644/7791>
- Zapata, B. (2021). Cada mes entre 2 y 26 personas denuncian acoso laboral en Ecuador, acción que puede terminar en trauma, parálisis facial y otras dolencias. *El Universo.com*, 3 de mayo de 2021. Nota completa <https://www.eluniverso.com/noticias/economia/cada-mes-entre-2-a-26-personas-denuncian-acoso-laboral-en-ecuador-accion-que-puede-terminar-en-trauma-paralisis-facial-y-otras-dolencias-nota/>



## Una aproximación a la problemática de la extranjerización de tierras de uso agrícola en el Ecuador y a su tratamiento normativo

Alex Zapatta Carpio | iD Universidad Central del Ecuador-Sipae (Ecuador)  
Marcela Alvarado Velásquez<sup>1</sup> | iD Sipae-Land Matrix (Ecuador-Latinoamérica)

**RESUMEN** Este artículo tiene el objetivo de desarrollar un análisis histórico jurídico o, si se quiere, jurídico histórico, con respecto al tema de la adquisición de tierras de uso agrícola en el Ecuador por parte de empresas extranjeras. Para el efecto, se ubica tanto el contexto general como el específicamente histórico de la extranjerización y acaparamiento de tierras como parte los procesos de acumulación capitalista, tanto en el ámbito general de América Latina cuanto en el ámbito específico del Ecuador. A partir de esos elementos, el artículo se centra en el análisis de la normativa ecuatoriana, particularmente de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales (2016) en lo referente a la habilitación que hace ese cuerpo normativo de la inversión extranjera para la adquisición de tierras. En la parte final del artículo se establecen algunos lineamientos que deberían ser considerados en una posible reforma a dicha ley.

**PALABRAS CLAVE** Extranjerización de la tierra, acaparamiento de tierras, colonización de tierras, Revolución Ciudadana, Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, inversión extranjera, Ecuador.

FECHA DE RECEPCIÓN 20/06/2021      FECHA DE APROBACIÓN 30/09/2021

### An approach to the foreignization and its treatment of land for agricultural use in Ecuador

**ABSTRACT** The objective of this article is to develop a legal historical analysis or, historical legal analysis, regarding the issue of the land acquisition for agricultural use in Ecuador by foreign companies. For this purpose, it is located the general context and the specifically historical context of foreignization and land grabbing as part of the capitalist accumulation processes, in the general sphere of Latin America and in the specific sphere of Ecuador. Based on these elements, the article focuses on the analysis of the Ecuadorian regulations, particularly the Organic Law of Rural Lands and Ancestral Territories (2016) in relation to the qualification that this regulatory body makes of foreign investment for land acquisition. The final part of the article establishes some guidelines that should be considered in a possible reform of said law.

**KEY WORDS** Land foreignization, land grabbing, Organic Law of Rural Lands and Ancestral Territories, foreign investment, Ecuador

## BREVE NOTA METODOLÓGICA<sup>1</sup>

La problemática de la adquisición de tierras por parte de empresas extranjeras, públicas o privadas, por las dimensiones que ha adquirido a nivel mundial, ha generado una

<sup>1</sup> Alex Zapatta C. Abogado. Docente de la Universidad Central del Ecuador. Investigador asociado al Sistema de Investigación sobre la Problemática Agraria en el Ecuador (SIPAE). Marcela Alvarado. Geógrafa. Investigadora asociada al SIPAE y al proyecto Land Matrix.

creciente preocupación en varios espacios: de organismos internacionales, de entidades públicas, de entes académicos, de organizaciones agrarias, de activistas sociales, etc. De hecho, en la actualidad hay múltiples investigaciones y análisis sobre dicha temática que, en términos generales, ha recibido la denominación de «extranjerización de tierras». Para organizar el artículo, se hizo una revisión de varios de esos estudios. De forma adicional, al mismo tiempo que se organizó un breve recuento de las políticas estatales respecto a la adjudicación de tierras a empresas extranjeras o el fomento para que aquéllas adquieran tierras, se indagó sobre como la legislación ecuatoriana ha abordado la temática a partir de la segunda mitad del siglo XIX y, de forma más reciente, a partir de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales (2016) que, en esencia, fue la ley agraria del gobierno denominado de la «Revolución Ciudadana». Se realizó un análisis de esa ley y, a partir de dicho análisis, se generó algunos lineamientos de lo que podría ser una reforma a ese cuerpo normativo en el ámbito específico de la extranjerización de tierras. En la construcción del artículo fue muy importante la revisión de la base de datos de Land Matrix.<sup>2</sup>

### ALGUNOS ELEMENTOS GENERALES EN TORNO A LA EXTRANJERIZACIÓN DE LAS TIERRAS EN AMÉRICA LATINA

Identificada como «extranjerización» o «globalización» de la tierra, se trata de un fenómeno que, sin ser nuevo, ha tenido un importante desarrollo en lo que va del siglo XXI, caracterizado por la adquisición de miles de hectáreas de tierras con potencial minero, agrícola, ganadero, forestal o turístico en países del África, Asia o América Latina, ya sea por parte de agencias estatales extranjeras así como por parte de las corporaciones globales y de empresas cuyo origen está en algún país latinoamericano que, como parte de su política de expansión, se han embarcado en inversiones regionales.

La extranjerización de las tierras es un proceso que se venía articulando desde fines del siglo XX. De allí que, en países como la Argentina, para inicios del siglo XXI, el proceso de extranjerización de las tierras ya había entrado en una fase de consolidación; de hecho, para el año 2006, según estimaciones de la Federación Agraria Argentina, el 10% del territorio de ese país, es decir, 270.000 km<sup>2</sup>, se encontraban en manos extranjeras (Klipphan y Enz 2006). Para dimensionar lo que supone tal superficie, téngase presente que la misma equivale a la superficie total de todo el Ecuador.

Desde el 2005, la extranjerización de las tierras, empezó a mostrar una tendencia marcada e inquietante. Para el año 2011, un agudo observador hacía la siguiente constatación:

Pero, sucede que desde hace más de un lustro —lo que tiene la crisis alimentaria— gobiernos e inversionistas privados están comprando o arrendando vertiginosas extensiones de tierras fértiles, sobre todo en países en desarrollo como los asiáticos Sudan, Pakistán, Kazajstán, Camboya, Uganda, Birmania, Indonesia, Laos, Turquía; los africanos Camerún, Madagascar, Nigeria, Ruanda, Zambia y Zimbabue y los latinoamericanos: Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Perú y Ecuador. Los máximos compradores son Corea del Sur, que adquirió 2,3 millones de hectáreas, China, que se hizo de 2 millones, Arabia Saudita que compró 1,6 millones en Indonesia y Sudán, y los Emiratos Árabes Unidos adquirieron 1,3 millones en Paquistán, Sudán, Filipinas y Argelia. Pero también se hicieron de tierras India, Japón, Egipto, Bahreín, entre otros. Igualmente se están sumando al *boom* de adquisiciones territoriales consorcios privados como el corporativo ruso Renaissance Capital, la trasnacional coreana Daewo Logistics, así como Morgan Stanley, Landkom, Benetton, Mitsui y el holding saudí Bil Laden Group. (Bartra 2011)

Las características del actual proceso de concentración y extranjerización de la tierra están dadas por la escala (tanto en relación a la superficie de las tierras adquiridas cuanto al monto de las inversiones involucradas); porque conforman un acaparamiento de control

<sup>2</sup> Land Matrix es una base de datos pública, de acceso libre de grandes transacciones de tierras (GTT), iniciativa independiente que promueve la transparencia y la rendición de cuentas en las decisiones sobre las GTT, registra casos y los difunde.

(no solo de la tierra sino también de otros recursos como el agua y la agrobiodiversidad) lo que implica relaciones políticas de poder; y, por su articulación a los procesos de acumulación capitalista en respuesta a la convergencia de múltiples crisis (alimentaria, energética / combustible, ambiental y financiera) (Borras *et al.* 2013). Es decir, corporaciones y Estados buscan mecanismos de sortear la convergencia de múltiples crisis y buscan oportunidades de inversión. A esta dinámica se suma, según los mismos autores, la necesidad de recursos de los nuevos centros de capital tanto de los BRICS: (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica) como de ciertos países de ingresos medios.

De acuerdo a Borras *et al.* (2013), los países de América Latina en donde ocurre concentración y extranjerización de la tierra son Uruguay, Paraguay, Brasil, Argentina, Bolivia, Perú, Ecuador, Guatemala, Honduras, a esta lista se sumarían los procesos de acaparamiento verde en Chile, México y parte de los países del Caribe.<sup>3</sup>

La adquisición de tierras por parte de Estados o corporaciones extranjeras se da principalmente a través de la compra directa o arrendamiento de largo plazo, sin embargo, también se da a través de otras modalidades (Borras *et al.* 2013).

Los procesos de extranjerización y concentración en América Latina se vuelven especialmente evidentes en los rubros de exportación,

[...] siendo los principales: soja y granos (trigo); biocombustibles (caña de azúcar); productos de exportación tradicionales (azúcar, café, frutos tropicales); productos de exportación no tradicionales (frutas frescas, verduras, etc.); y productos forestales [materia prima para producción de madera y celulosa]. (Soto y Gómez 2014).

Por lo demás, interesa destacar que, en América Latina, junto a las lógicas de acumulación de capital o, mejor dicho, como parte de esas lógicas, hay elementos que han estimulado los recientes procesos de concentración-extranjerización de la tierra (Soto y Gómez 2014):

- Una creciente demanda en los rubros que se prestan para concentración: fibra, alimentos de exportación, agrocombustibles; cambios tecnológicos y organizacionales que permiten una producción a gran escala y necesitan importantes inversiones en infraestructura para ser rentables;
- La inseguridad de los mercados financieros que estimula inversiones en tierras;
- La disponibilidad de capitales especulativos;
- Los tratados de libre comercio con la Unión Europea (UE) y los Estados Unidos de América, que facilitan el acceso a mercados internacionales;
- Los acuerdos multilaterales de integración a nivel regional;
- Las políticas públicas que promueven la inversión y la compra de tierras por parte de extranjeros; y
- Una débil regulación del mercado de tierras.

## ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA EXTRANJERIZACIÓN DE LAS TIERRAS EN AMÉRICA LATINA

Es necesario recordar que la extranjerización de la tierra no es un fenómeno nuevo, puesto que tal dinámica, con sus particularidades históricas y modalidades específicas, fue parte consustancial de los procesos de colonización que experimentaron los pueblos del África y el Asia a lo largo del siglo XIX e inicios del XX.

En América Latina, tanto a lo largo del siglo XIX como del siglo XX (por lo menos hasta inicios de los años 60 en algunos países), la extranjerización de la tierra se presentó

<sup>3</sup> Por acaparamiento verde se entiende los procesos de transacciones de tierras de gran escala que son justificados para la conservación y protección ambiental o mitigación del cambio climático. Para mayor ampliación ver Tittor, Anne (2017).

de múltiples maneras: relacionadas con la construcción de ferrocarriles, la explotación mineral, agrícola o forestal. Tales prácticas eran políticamente justificadas por los gobernantes de entonces como una condición necesaria para alcanzar el «progreso técnico»; de allí que, curiosamente, en México, a los extranjeros que acaparaban tierras se les llegó a denominar «doctores» (Arredondo 1963).

Es ampliamente conocido en los estudios históricos, e incluso literariamente se ha novelizado, la presencia en América Latina de la bananera de capitales estadounidenses United Fruit Company, la que adquirió extensas propiedades en Centro y Sur América, en esta región, particularmente en Colombia y en el Ecuador.

Las empresas extranjeras que se adueñaron de extensas superficies en América Latina, no solo que acapararon tierras, que desplazaron a poblaciones originarias y sobreexplotaron a los trabajadores agrícolas, sino que, además, se involucraron en masacres, conspiraciones y golpes de Estado, llegando inclusive a propiciar, en no pocos casos, la intervención política y militar de las potencias de las cuales eran originarias.

Son tales antecedentes los que explican que, en la redacción de las leyes agrarias de gran parte de los países de América Latina, expresamente se haya establecido limitaciones a que las personas extranjeras, sean jurídicas o naturales, puedan adquirir tierras dentro de la geografía nacional. En el caso de México, tal limitación llegó a tener rango constitucional en la Carta política de 1917:

Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas, tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, o para obtener concesiones de explotación de minas, aguas o combustibles minerales en la República Mexicana. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus Gobiernos, por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. 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 (art. 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reformó la de 5 de febrero de 1857).

## **LAS RAZONES QUE ESTÁN DETRÁS DE LOS CUESTIONAMIENTOS A LA EXTRANJERIZACIÓN DE LAS TIERRAS**

Más allá de las implicaciones que la extranjerización de la tierra tiene respecto a la soberanía de los Estados, las naciones y los territorios de pueblos de raíces ancestrales o las comunidades locales, implicaciones de por sí muy complejas, la extranjerización o globalización de las tierras, es un fenómeno que está asociado a cuestiones que van en contravía de las aspiraciones de justicia agraria y ambiental reivindicadas por los pueblos de América Latina y el resto del mundo; así, la extranjerización de las tierras:

- Está indisolublemente asociada a dinámicas de acaparamiento de tierras;
- Está inalterablemente relacionada con la pérdida de soberanía alimentaria de los pueblos;
- Generalmente, está asociada con el despojo (muchas veces violento) de tierras y territorios de pueblos originarios o de las comunidades locales;
- Habitualmente está relacionada con casos de precarización de las condiciones laborales de los trabajadores agrícolas;
- Regularmente está vinculada con violencia, ya sea ésta estructural, cultural o directa;
- Inevitablemente está anclada al deterioro y destrucción de ecosistemas naturales, a la consiguiente expansión de la frontera agrícola y/o a la intensificación del aprovechamiento productivo de los suelos y el agua;
- De forma corriente, está relacionada con lógicas de acaparamiento de las aguas;

- Casi siempre está vinculada a corrupción de funcionarios estatales o a negocios turbios entre particulares;
- Siempre está asociada a la influencia política de las élites «nacionales» que la promueven, se involucran y benefician de la transferencia de tierras a capitales extranjeros; así como a la influencia política que, inmediatamente, adquieren los nuevos acaparadores de tierras.

Después de lo señalado, se vuelve necesario plantearse la pregunta de si reivindicar disposiciones claras que limiten la extranjerización de las tierras es una expresión de un chauvinismo jurídico agrario?

La respuesta es un tajante no. Se cuestiona las implicaciones políticas, sociales y ambientales que ha tenido el proceso de extranjerización de las tierras a gran escala, en el pasado y en el presente, en los países del Asia, África y América Latina.

Dicho de otro modo, lo que está en cuestión no es el que los extranjeros, más aún si residen en el país, puedan adquirir en dominio, posesión o en arriendo tierras para actividades agrícolas; lo que está en cuestión son los procesos de acaparamiento de tierras por parte de empresas extranjeras y las ya referidas consecuencias políticas, sociales y ambientales que de ello se derivan.

La noción de extranjerización de las tierras no se aplica con relación a la adquisición de tierras por parte de ciudadanos extranjeros que radican en un país habiéndose integrado al mismo en calidad de productores. Específicamente, en referencia al Ecuador, no puede perderse de vista que en este país residen miles de familias de otras nacionalidades, especialmente colombianas y venezolanas que, huyendo del conflicto interno en el primer caso o, de la crisis económica en el segundo, han llegado en busca de oportunidades de rehacer su vida y la de sus familias; muchos de ellos, por su pasado campesino, buscando una opción en la agricultura.

Paradójicamente, y de forma insólita, son esos campesinos, la mayoría de ellos colombianos, los que por encontrarse asentados en las zonas de frontera, de acuerdo a la legislación vigente, poca o ninguna posibilidad tienen de titularizar sus posesiones.

## **ANTECEDENTES DE LAS POLÍTICAS DEL ESTADO ECUATORIANO EN TORNO AL ACCESO DE LOS EXTRANJEROS A LAS TIERRAS DE USO AGRÍCOLA**

Desde la segunda mitad del siglo XIX, varias disposiciones legales favorecían la adjudicación de tierras «baldías» en favor de inmigrantes o colonos extranjeros, eso sí, europeos. Así, en 1849, se promulgó un decreto que ofrecía tierras a los inmigrantes europeos, sean éstos labradores o artesanos. En 1892 se emitió un Decreto Legislativo adjudicando tierras en la provincia de Esmeraldas en favor de una compañía inglesa; en 1897, mediante un Decreto Supremo, se ofrece la concesión de tierras baldías para grupos de inmigrantes (Tobar 1993).

En las primeras décadas del siglo XX se acentuó la tendencia de favorecer la adquisición de tierras por parte de los extranjeros, tendencia que se expresó nítidamente a mediados de los años 20, tras la Revolución Juliana.<sup>4</sup>

Desde entonces, y por los años siguientes, la extranjerización de la tierra en el Ecuador se desarrolló a través de dos modalidades: la primera, que se concretó en los

<sup>4</sup> Tras el magnicidio de Alfaro en enero de 1912 y consolidada la derechización del liberalismo, que pasó a ser dócil instrumento político de la burguesía agraria, agroexportadora y bancaria, en julio de 1925 se produjo un golpe de Estado dirigido por un grupo de jóvenes idealistas oficiales del Ejército, en lo que será conocida como la Revolución Juliana. Aunque son indiscutibles los alcances sociales e institucionales de la Revolución Juliana, no es menos cierto que, sobre todo durante el gobierno de Isidro Ayora, ésta no superó los márgenes impuestos por las lógicas de la colonialidad; de allí su afán en atraer migrantes europeos que, en teoría, eran los llamados a modernizar el agro.

esfuerzos por atraer la inmigración europea ofertando una serie de beneficios, entre ellos, la dotación de extensas superficies de tierras. La segunda modalidad se concretó en la habilitación legal para favorecer las inversiones extranjeras directas en la adquisición de tierras, a precios irrisorios, para reconvertir productivamente las plantaciones cacaoteras arruinadas por la crisis generada en la primera mitad de esa década (de los años 20) tanto por problemas fitosanitarios, cuanto, comerciales.

En cuanto a la primera modalidad, a más de reformas a las normas migratorias para favorecer la inmigración europea, en 1927 se emitió un Decreto Ley orientado a favorecer la presencia de inmigrantes europeos en zonas con potencial agrícola de las provincias de Esmeraldas y Pichincha (Tobar 1993).

Entre la segunda década de los 20 y a lo largo de los años 30, el Estado se involucró en algunos proyectos, todos fracasados, para atraer la migración de origen europeo, a fin de que éstos «a través de colonias agrícolas, puedan transformar extensas tierras baldías en altamente productivas utilizando las tecnologías agrícolas más avanzadas». De esos proyectos, sobresalen los siguientes (Pérez 1954):

- Año de 1926. Contrato celebrado entre el gobierno del Ecuador y la colonia austriaca, en base al cual un grupo de colonos austriacos se instalaron en Mindo (noroccidente de Pichincha). Como entre los austriacos ninguno era agricultor, no hubo el desarrollo agrícola esperado. Al cabo de un año, aburridos y enfermos, los colonos volvieron a su país.
- Inicios de los años 30. Contrato del gobierno del Ecuador con el Dr. Karel Vohnout, para traer inmigrantes checos y eslovacos hacia la Amazonía, especialmente a las actuales provincias de Napo y Pastaza. Se trabajó una detallada planificación para asegurar el éxito de este proyecto, pero Vohnout, incumplió los requisitos formales fijados para efectivizar el contrato, y ahí quedó el asunto.
- 1934-36. Acuerdo con un supuesto Comité Internacional de Inmigración, en base al cual, el gobierno ecuatoriano otorgaría suficientes tierras a dicho Comité para que luego éste los reparta entre los colonos. Se expidieron algunos decretos para hacer realidad este proyecto; sin embargo, con el transcurso del tiempo, se hizo evidente que el referido Comité Internacional o ya había dejado de existir o, quizá, nunca existió en realidad.
- 1939. El gobierno del Ecuador suscribió un contrato con The New World Resettlement Fund Inc., para facilitar la llegada al Ecuador de inmigrantes españoles para que formen colonias agrícolas; proyecto que, como los demás, no pasó más allá de la firma de documentos con la expresión de intenciones y compromisos.

La segunda de las modalidades señaladas, la de adquisición directa de tierras por empresas extranjeras para la reconversión productiva de haciendas cacaoteras en bananeras, fue exitosa. En efecto, entre los años 20 y 30, algunas empresas bananeras de capitales internacionales, adquirieron extensas propiedades en el Litoral, especialmente en la provincia del Guayas, entre otras las siguientes (Uggen 1993):

- La Ecuadorian Corporation, de capitales estadounidenses que, en la segunda mitad de los años 20, adquirió varias haciendas situadas a lo largo de la línea del ferrocarril entre Milagro y Naranjito;
- La W.R. Grace y Cía. Propietaria de una importante línea naviera. En el sector de Milagro adquirió los terrenos del antiguo Ingenio Rocafuerte.
- La comunidad Echeverría, de capitales chilenos, en 1933 adquirió catorce propiedades ubicadas entre Milagro y Yaguachi.
- La frutera Sudamericana, de accionistas extranjeros y ecuatorianos. En los años 30 adquirió las haciendas La Elvira, Nueva América, María Esther, La Florida y Balao Chico.
- La Compañía Agrícola del Guayas, subsidiaria de la United Fruit Company, adquirió extensas propiedades ubicadas entre el sur de la provincia del Guayas y la

parte costanera de la provincia del Cañar. La propiedad más grande que llegó a adquirir fue la hacienda Tenguel.

Tal llegó a ser el nivel de concentración de tierras por las empresas extranjeras en el Ecuador que, en 1938, durante el gobierno del general Alberto Enríquez Gallo, se vio la necesidad de dictar una ley para limitar la superficie de las propiedades de las empresas bananeras, fijándola en una extensión máxima de ochenta mil hectáreas (Tobar 1993).

## SITUACIÓN ACTUAL DE LA EXTRANJERIZACIÓN DE TIERRAS EN EL ECUADOR

Aunque este artículo se refiere específicamente a la extranjerización de tierras de uso agrícola, no puede dejar de subrayarse que miles y miles de hectáreas dentro de la geografía nacional se encuentran bajo el control de empresas y capitales extranjeros que han orientado sus inversiones hacia el sector minero, forestal o turístico.

Aunque es cierto que la problemática de la extranjerización de las tierras en el Ecuador aún no ha alcanzado las dimensiones que tiene en otros países de América Latina como en el Brasil, la Argentina o el Paraguay, ello no significa que no haya empresas y capitales extranjeros invertidos en la adquisición de tierras en este país.

Conforme a la base de datos de Land Matrix (revisada a marzo del 2021), en los últimos años, en el Ecuador se han registrado 24 grandes transacciones de tierras (cada una de ellas de más de 200 hectáreas ya sean por compra venta, concesión o arrendamiento) que han involucrado una superficie total de 318.346 hectáreas.<sup>5</sup>

En diez de dichas transacciones hay participación de empresas extranjeras, transacciones que cubren una superficie de 281.997 hectáreas, principalmente para el desarrollo de actividades mineras, pero también para hidrocarburos y camaroneras. En el resto de transacciones se observa participación del Estado ecuatoriano y de personas naturales y jurídicas dedicadas a actividades turísticas, de conservación, de producción de agro-combustibles y de explotación forestal. Se han registrado inversiones de capitales provenientes de Venezuela, Canadá, Uruguay, Chile, Bermudas, China, Suecia, Inglaterra y Australia (Alvarado 2019; Land Matrix 2021).<sup>6</sup>

En la siguiente tabla se presenta en detalle las grandes transacciones de tierras en el Ecuador, en superficies mayores a 200 hectáreas, por parte de empresas extranjeras (ver Tabla 1):

No han faltado casos en que algunos ciudadanos extranjeros se han visto perversamente implicados en disputas de tierras con comunidades de origen ancestral, especialmente en el Litoral; mientras que, por otro lado, se ha documentado denuncias sobre extremas condiciones de precarización laboral en haciendas vinculadas con una empresa japonesa que, desde los años 60, se ha dedicado a la siembra y exportación de fibra de abacá, cuestión que ha derivado en una histórica sentencia judicial.<sup>7</sup>

Mirando en perspectiva, Luciano Martínez (2012) advierte que,

[...] existen procesos de extranjerización de la tierra, que muestran que tampoco son nuevos y que existe la posibilidad de que puedan incrementarse, sobre todo en territorios donde hay disponibilidad de tierra y donde todavía la presión demográfica no es tan alta, es decir, en la Costa y Amazonía.

5 Una gran transacción de tierras se entiende como «la transferencia de derechos de uso, control o la propiedad de tierra a través de la venta, arrendamiento o concesión, a partir de 200 hectáreas que han ocurrido a partir del año 2000 y han implicado un cambio en el uso del suelo» (Venencia, Agüero y Seghezzi 2018, 4).

6 Un análisis pormenorizado sobre las grandes transacciones de tierras en el Ecuador se puede consultar en el artículo de Marcela Alvarado (2019).

7 Hace poco tiempo, en el marco del proceso judicial N.º 23571201901605 llevado por la Unidad Judicial Contra la Violencia a la Mujer o Miembros del Núcleo Familiar del cantón Santo Domingo, se dictó una histórica sentencia en contra de la empresa en referencia por violación a los derechos humanos y laborales de los trabajadores de sus plantaciones.

Tabla 1. Grandes transacciones de tierras en el Ecuador con participación de empresas extranjeras (2000-2021).

Tipo	Año	Superficie (ha)	Ubicación	Intención	Estado	Compañía	Accionistas	Inversión (país)
Compra de tierras	2009	1.347	El Aromo	Hidrocarburos	Inicio	Refinería del Pacífico	Petroecuador; pdvsa Ecuador s.a. (pdv Andina s.a.; pdvsa América s.a.)	Ecuador; Venezuela
	2008	110.334	Sumaco Galeras	Hidrocarburos	Abandonado	Ivanhoe Energy Ecuador Inc.		Canadá
Concesión	2010	223	Guayaquil	Camarones	En operación	Consave C.A.	Aeequs Corporation Holding S.A.; Moxley Corporation S.A.	Ecuador; Uruguay
Concesión	2010	4.839	Cotacachi	Minería	Inicio	codelco-enami ep	codelco - enami ep	Chile; Ecuador
Concesión	2017	39.600	Sevilla Don Bosco	Minería	Inicio	Ecuasolidus S.A.	Aurania Resources Ltd.	Bermudas
Concesión	2012	9.786	El Pangui	Minería	Inicio	Ecuacorriente s.a.	Consorcio Tongling/CRCC (Tongling Nonferrous Metals Group Holding Company Co. Ltd. / China Railways Construction Corporation)	China
Concesión	2002	41.760	San Juan Bosco	Minería	Inicio	Explorcobres s.a.	Consorcio Tongling/crcc (Tongling Nonferrous Metals Group Holding Company Co. Ltd. / China Railways Construction Corporation)	China
Concesión	2016	56.161	Zamora, Yantzaza	Minería	Inicio	Aurelian Ecuador s.a.	Lunding Gold	Canadá, Suecia
Concesión	2017	13.156	Alto Tambo	Minería	Inicio	Newcrest Ecuador s.a.	Newcrest Exploration Holding Pty Ltd; Newcrest International Pty Ltd	Australia
Concesión	2017	6.138	Malimpia	Minería	Inicio	Valle Rico Resources vrr s.a.	Mather Nicholas; Solgold plc	Australia; Inglaterra

Fuente: Land Matrix 2021

## MARCO CONSTITUCIONAL Y NORMATIVO VIGENTE EN RELACIÓN AL ACCESO A LAS TIERRAS POR PARTE DE PERSONAS JURÍDICAS Y NATURALES EXTRANJERAS

Desde la Ley de Patrimonio Territorial del Estado de 1927, hasta la actualidad, pasando por todas las Constituciones que ha tenido el Ecuador desde 1929, lo mismo en las leyes agrarias que en las de seguridad nacional, se han establecido prohibiciones, restricciones o limitaciones a que los extranjeros puedan acceder a la propiedad sobre la tierra, eso sí, única y específicamente en las zonas de frontera o de seguridad nacional.

Con la salvedad antes señalada, respecto al conjunto de la geografía nacional, no se han establecido normas que proscriban o regulen la adquisición o arriendo de tierras por parte de extranjeros.

La Constitución del 2008 marca un cambio al establecer una expresa prohibición a que los extranjeros, sean éstos personas jurídicas o naturales, puedan adquirir tierras o recibir concesiones no solo en zonas de seguridad nacional, sino también a las áreas ambientalmente protegidas; tal es el alcance del segundo párrafo del artículo 405:

Las personas naturales o jurídicas extranjeras no podrán adquirir a ningún título tierras o concesiones en las áreas de seguridad nacional ni en áreas protegidas, de acuerdo con la ley.

Siete años después de la entrada en vigencia de la Constitución de Montecristi, a inicios del año 2016, se aprobó la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales (LOTRYTA) a instancias del bloque parlamentario afín al Gobierno de la «Revolución Ciudadana».

Dicho cuerpo normativo expresamente habilita la adquisición de tierras por parte de empresas públicas extranjeras o de compañías privadas extranjeras, a través de modalidades tales como la compra (que en la citada ley se la identifica como adquisición), el arrendamiento, contratos de usufructo o asocio. Véase al respecto las regulaciones del artículo 20 del citado cuerpo normativo:<sup>8</sup>

Art. 20.- Inversión extranjera. Las empresas públicas extranjeras en garantía de la soberanía alimentaria, podrán adquirir, arrendar o tomar en usufructo, tierras rurales en el territorio nacional para proyectos de producción agraria, previa autorización de la Autoridad Agraria Nacional, de conformidad con lo previsto en el reglamento de esta ley.

Las empresas públicas extranjeras podrán participar en proyectos agrarios de interés nacional en asocio con empresas públicas nacionales, compañías de economía mixta, personas naturales o jurídicas privadas, comunidades o empresas comunitarias, siempre y cuando estas mantengan la propiedad de la tierra.

Las compañías extranjeras privadas podrán participar de manera directa o en asocio con empresas públicas nacionales, compañías de economía mixta, compañías privadas o con asociaciones o cooperativas comunitarias en proyectos agrarios.

La inversión extranjera para compra, arrendamiento o usufructo de tierra rural, se realizará en una extensión que no dé lugar a concentración de la tierra ni a especulación, de conformidad con esta Ley y otras normas que sean aplicables.

La inversión extranjera en materia agraria deberá procurar la generación de capacidad productiva, empleo, la incorporación de componentes nacionales y la transferencia de tecnología, así como contribuir a garantizar la soberanía alimentaria.

<sup>8</sup> A lo largo del debate legislativo de dicha ley desde finales del año 2014, el artículo sobre la inversión extranjera sobre la tierra tuvo varias modificaciones. La más significativa fue la objeción parcial presidencial con respecto del informe del segundo debate. Véase, al respecto, el texto aprobado por la Asamblea Nacional y el texto que hace parte de la objeción parcial del entonces presidente Correa Delgado:

Informe de segundo debate (enero 2016): Las empresas públicas extranjeras en garantía de la soberanía alimentaria, no podrán adquirir, arrendar o tomar en usufructo, en forma directa o a través de terceros, tierras rurales en el territorio nacional para proyectos de producción agraria.

Objeción parcial (febrero 2016): Las empresas públicas extranjeras en garantía de la soberanía alimentaria, podrán adquirir, arrendar o tomar en usufructo, tierras rurales en el territorio nacional para proyectos de producción agraria, previa autorización de la Autoridad Agraria Nacional, de conformidad con lo previsto en el reglamento de esta ley.

Es decir, en un contexto global de procesos de acaparamiento y extranjerización de la tierra, fue el Gobierno de la «Revolución Ciudadana» el que, tras la objeción parcial, habilitó la adquisición de tierras por parte de empresas extranjeras públicas, puesto que nunca estuvo en discusión la posibilidad de adquisición de tierras por parte de corporaciones privadas.

Puesto que, como cualquier otra norma, inevitablemente y aunque solo sea en el aspecto formal, tiene que ajustarse al marco constitucional, la LOTRYTA, establece limitaciones y excepciones a la posibilidad de adquisición de tierras por empresas o personas extranjeras en las zonas de seguridad nacional y áreas protegidas. Tales limitaciones y excepciones se encuentran establecidas en los artículos 21 y 63, literal a):

Artículo 21.- Limitaciones especiales. Queda prohibida la transferencia de la propiedad de tierras rurales en favor de personas naturales o jurídicas extranjeras, en una franja de veinte kilómetros paralela a las líneas de frontera, de conformidad con la Ley. Tampoco podrán adquirir a ningún título tierras rurales en las áreas de seguridad ni áreas protegidas.

Artículo 63.- Exclusiones. No pueden ser adjudicatarios de tierras rurales estatales:

a) Las personas extranjeras dentro de los veinte kilómetros adyacentes a las fronteras del país, áreas de seguridad, áreas protegidas de conformidad con la Ley; y aquellas que por su estatus migratorio no les esté permitido ejercer actividades económicas en forma permanente;

El Reglamento General para la Aplicación de la LOTRYTA, aprobada en enero del año 2017 por el expresidente Correa Delgado, aunque hace referencia a «requisitos» que se deben cumplir para la autorización de la inversión extranjera, pública o privada, en realidad no establece requisitos *stricto sensu* sino la obligación de presentar lo que, en el ámbito de la administración pública, se conoce como «documentos habilitantes», esto es: que los interesados justifiquen tener domicilio legal en el país, y que presenten tanto un plan de inversión como un plan productivo.

Tras la aprobación de la ley y su reglamento el intelectual Diego Delgado Jara (2017) denunció que, en realidad, lo que se había aprobado es «la entrega de tierras rurales del país para las corporaciones extranjeras».

El que hubo una deliberada intención por favorecer la adquisición de tierras por parte de empresas extranjeras, públicas o privadas, se confirma con el hecho de que la Asamblea Nacional, al aprobar el referido cuerpo normativo, no reformó o derogó normas del Código Civil que vienen desde el siglo XIX que, abiertamente, favorecen la adquisición de tierras por parte de los extranjeros.

El Código Civil, presente en el marco jurídico ecuatoriano desde 1861, cuya versión vigente se debe a una codificación del año 2005 (con reformas posteriores), garantiza a los extranjeros, ojo, aunque no vivan en este país, las mismas condiciones y derechos que a los ecuatorianos; tal es el alcance de los artículos 15 y 43 de ese cuerpo legal:

Art. 15.- Los bienes situados en el Ecuador están sujetos a las leyes ecuatorianas, aunque sus dueños sean extranjeros y residan en otra nación.

Esta disposición no limita la facultad que tiene el dueño de tales bienes para celebrar, acerca de ellos, contratos válidos en nación extranjera.

Pero los efectos de estos contratos, cuando hayan de cumplirse en el Ecuador, se arreglarán a las leyes ecuatorianas.

Art. 43.- La ley no reconoce diferencia entre el ecuatoriano y el extranjero, en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código.

## ALGUNAS CONCLUSIONES

Si las normas citadas merecen un comentario, habría que centrarlo en el contenido del artículo 20 de la LOTRYTA y su reglamentación, en tanto está concebido y formulado para favorecer la posibilidad de que las empresas públicas y las corporaciones empresariales extranjeras puedan invertir en la adquisición de tierras en el Ecuador.

Ni la ley ni su reglamento instituyen regulaciones en relación a las inversiones en la adquisición de tierras por parte de los extranjeros; por el contrario, establecen criterios para habilitar tales inversiones, por lo tanto, para dotarles de seguridad jurídica.

Las normas citadas no se formularon teniendo presente a los inmigrantes provenientes de otros países latinoamericanos, sean éstos colombianos, venezolanos, peruanos, ha-

tianos o de otra nacionalidad, que pretendan adquirir tierras para producirlas y, con ello, tener una fuente de ingresos y aporte a la soberanía alimentaria. Al contrario, dado que la mayoría de los inmigrantes, especialmente colombianos, viven en las zonas de frontera que, por lo mismo, forman parte de las zonas de seguridad nacional, aquellos tienen expresadas limitaciones de orden legal para adquirir tierras por su condición de «extranjeros».

No deja de ser meramente declarativo y sin la más mínima eficacia jurídica el contenido del penúltimo párrafo del citado artículo 20 de la LOTRYTA, en el sentido de que «La inversión extranjera para compra, arrendamiento o usufructo de tierra rural, se realizará en una extensión que no dé lugar a concentración de la tierra ni a especulación [...]», puesto que los supuestos establecidos en esa ley para determinar la concentración de la tierra son generales, imprecisos y, lo que es más, no se precisa cuál es el límite de la superficie de la propiedad agraria a partir del cual se puede considerar que hay concentración de la tierra.

Por lo demás, no puede dejar de señalarse que la apuesta de la LOTRYTA por favorecer la adquisición de tierras por parte de empresas extranjeras, públicas o privadas, claramente va en dirección opuesta a varias de las disposiciones constitucionales en las que se constituye a la soberanía alimentaria como el eje de la política agraria del Estado, sobre todo aquellas orientadas a promover políticas redistributivas que permitan el acceso del campesinado a la tierra, al agua y otros recursos productivos (art. 281, numeral 4) y, a prohibir el latifundio y la concentración de la tierra (art. 282). De allí que se vuelva necesaria una reforma a la ley en cuestión.

Por último, no puede dejar de subrayarse que la LOTRYTA expresa con absoluta claridad la concepción que tuvo el gobierno de la «Revolución Ciudadana» con respecto al ámbito de lo agrario; sin duda, en clave de su fomento y modernización, al mismo tiempo, en desmedro de la clave de su transformación, clave ésta reivindicada por los movimientos campesinos e indígenas.

Ajustes que se debería considerar con respecto al tratamiento normativo que se da a la extranjerización de las tierras en el Ecuador

Al margen de la necesidad de pensar en una revisión y reforma integral de la LOTRYTA, se impone la urgente necesidad de trabajar una reforma específica en relación al tratamiento que da ese cuerpo normativo al tema de la extranjerización de la tierra; reforma que, entre otros aspectos, debería considerar cuestiones como las siguientes:

- Prohibir expresamente que las tierras que, por cualquier mecanismo, hayan pasado a manos de extranjeros, sean éstos personas naturales o jurídicas, puedan ser objeto de procedimientos judiciales o extrajudiciales en el extranjero, cuestión que debe constar en el instrumento contractual de adquisición de tierras por los extranjeros.
- Fijar de límites máximos a la superficie de las tierras que los extranjeros, sean éstos personas jurídicas o naturales, puedan adquirir dentro del territorio nacional.
- Prohibir de modo absoluto la adquisición de tierras por parte de extranjeros, sean éstos personas jurídicas o naturales, o en asocio con ecuatorianos, en tierras o territorios de dominio o posesión de nacionalidades, pueblos, comunas o comunidades de raíces ancestrales, sean indígenas, montuvios, cholos o afrodescendientes.
- Declarar la nulidad y sin valor legal alguno a los títulos de propiedad obtenidos por extranjeros, sean personas jurídicas o naturales, o en asocio con ecuatorianos, sobre tierras o territorios legítimamente reivindicadas por las nacionalidades, pueblos, comunas o comunidades de raíces ancestrales, sean indígenas, montuvias, de cholos o afrodescendientes, que se hayan inscrito en algún registro de la propiedad a partir del año 1998 cuando, con la Constitución aprobada ese año, se reconocieron los derechos colectivos de esos pueblos.
- Otorgar un tratamiento particularizado a los inmigrantes latinoamericanos que han llegado al Ecuador huyendo de conflictos internos, persecuciones, crisis económicas, etc., posibilitando que éstos, al igual que los pequeños productores nacionales,

puedan beneficiarse de adjudicaciones de tierras del patrimonio del Estado, de acceso a crédito público para la adquisición de tierras, etc.

- Considerar en dicha ley, las excepciones establecidas en el artículo 40 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado respecto a la posesión, adquisición y concesiones de tierras en las zonas de seguridad de frontera y en las áreas reservadas de seguridad; esto es: excepción de los espacios poblados y urbanos ubicados en dichas zonas; así como también las adquisiciones de tierras y concesiones realizadas por: 1. Matrimonios y uniones de hecho legalmente reconocidos, de ecuatorianas y ecuatorianos con extranjeros, cuya sociedad conyugal y de hecho tengan por lo menos cinco años de duración; y, 2. Personas jurídicas nacionales cuyos socios extranjeros se encuentren domiciliados en el país por el lapso de por lo menos cinco años, continuos e ininterrumpidos.
- Garantizar la protección jurídica a las posesiones consolidadas por inmigrantes latinoamericanos, aún en las zonas consideradas de seguridad nacional.
- Regular con precisión las condiciones para la adquisición de tierras por parte de empresas mineras, forestales y turísticas de capitales mayoritariamente extranjeros, estableciendo límites máximos a la superficie de tales adquisiciones. Este planteamiento se justifica porque la ley que se propone reformar no tiene por objeto de regulación solo las tierras de uso agrícola, sino, en general, las tierras rurales.
- Derogar el artículo 15 del Código Civil.

A más de lo señalado, hasta donde se conoce, está pendiente la elaboración del reglamento para la comprobación y establecimiento de concentración de tierras, que está establecido en la Ley de Tierras Rurales (en su Transitoria Décima Novena), norma que debería elaborarse en consulta y con la participación de los movimientos campesinos e indígenas, las universidades y entidades que han acompañado los procesos en pos de la justicia agraria.

## REFERENCIAS

- Alvarado, Marcela. 2019. «Grandes transacciones de tierras en el Ecuador en el contexto de acaparamiento global de tierras». En *Grandes transacciones de tierra en América Latina. Sus efectos sociales y ambientales. Land Grabbing*, editado por Martín Simón, 1.<sup>a</sup> ed., 120-37. Buenos Aires: Fundapaz.
- Arredondo, Alberto. 1963. *La cuestión de la tierra III. Las reformas agrarias en el mundo*. Manuales para campesinos. México: Centro de Estudios y Documentación Sociales.
- Asamblea Nacional Constituyente. 2008. *Constitución de la República del Ecuador*. <https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial-web/publicaciones/registro-oficial/item/4864-registro-oficial-no-449>.
- Asamblea Nacional del Ecuador. 2016a. *Informe del segundo debate sobre el Proyecto de Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales*.
- Asamblea Nacional del Ecuador. 2016b. *Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales*.
- Bartra, Armando. 2011. «Hambre. Dimensión alimentaria de la gran crisis». *Revista Mundo Siglo XXI*, 26, VII: 11-24.
- Borras Jr., Saturnino M., Cristóbal Kay, Sergio Gómez, y John Wilkinson. 2013. «Acaparamiento de tierras y acumulación capitalista: aspectos clave en América Latina». *Revista Interdisciplinaria de Estudios Agrarios*, 38: 75-103.
- Congreso Constituyente. 1917. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la de 5 de febrero de 1857*. Querétaro.
- Congreso Nacional del Ecuador. 2005. *Código Civil* (codificación).

- Delgado, Diego. 2017. «Entreguismo imparable. Tierras rurales del Ecuador para las multinacionales». *Revista El Observador*, 13 de julio de 2017. <http://jcelobservador.blogspot.com/2017/07/entreguismo-imparable-tierras-rurales.html>.
- Klipphan, Andrés y Daniel Enz. 2006. *Tierras S. A.: Crónicas de un país rematado*. Buenos Aires: Aguilar.
- Land Matrix. 2021. Base de datos pública de grandes transacciones de tierra. The Land Matrix. 2021. <https://landmatrix.org/>.
- Martínez, Luciano. 2012. «El caso de Ecuador». En *Dinámicas del mercado de la tierra en América Latina y el Caribe: concentración y extranjerización*, editado por Fernando Soto y Sergio Gómez, 231-52. Roma: FAO. <http://www.fao.org/3/i2547s/i2547s.pdf>.
- Pérez, Edmundo. 1954. *Colonización e inmigración en el Ecuador*. Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana.
- Presidencia de la República de Ecuador. 2016. *Objeción Parcial del proyecto de Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales*.
- Presidencia de la República de Ecuador. 2017. *Decreto Ejecutivo 1283 Reglamento General para la Aplicación de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales*.
- Soto, Fernando y Sergio Gómez, eds. 2014. *Reflexiones sobre la concentración y extranjerización de la tierra en América Latina*. FAO. <http://www.fao.org/3/i3075s/i3075s.pdf>.
- Tittor, Anne. 2017. «Acaparamiento verde». InterAmerican Wiki: Termis – Concepts – Critical Perspectives. [www.uni-bielefeld.de/cias/wiki/g\\_Green\\_Grabbing.html](http://www.uni-bielefeld.de/cias/wiki/g_Green_Grabbing.html).
- Tobar, Leopoldo. 1993. *Diccionario de derecho agrario y términos afines*. Quito: Pudeleco.
- Uggen, John. 1993. *Tenencia de la tierra y movilizaciones campesinas: zona de Milagro*. Quito: ACLAS.
- Venencia, Cristian, José Luis Agüero y Lucas Seghezso. 2018. «Dinámicas de las grandes transacciones de tierras en América Latina y el Caribe». Informe Técnico. Salta: INENCO CONICET - FUNDAPAZ. [https://www.landcoalition.org/sites/default/files/documents/resources/informe\\_tecnico\\_ndegl\\_puntofocal.pdf](https://www.landcoalition.org/sites/default/files/documents/resources/informe_tecnico_ndegl_puntofocal.pdf).





## La brecha de la interculturalidad en el sistema de rehabilitación social: análisis del último eslabón del sistema penal

Roberto Narváez Collaguazo | iD Consejo de la Judicatura de Ecuador

**RESUMEN** La rehabilitación social forma parte del sistema penal, al ser en este espacio institucional en donde se cumple la sanción o pena impuesta, después de un proceso judicial, a quien rompe con la norma establecida. En el marco de un Estado que reconoce constitucionalmente los derechos de la diversidad cultural, ese sistema debería incorporar consideraciones de tipo intercultural. El Estado en su institucionalidad evidencia la persistencia de una visión unicultural, en donde el ejercicio de los derechos de la diversidad cultural se encuentra limitado, siendo ésta una constante en el sistema judicial y, por tanto, también en el sistema de rehabilitación social. El sistema de rehabilitación social tiene que manejar a esa población diversa, siendo su accionar homogenizante, pues no considera las particularidades culturales. Para el análisis, se toma como estudio de caso el Centro de Privación Provisional de Libertad de Putuimi, ubicado en la Amazonía ecuatoriana, sus dinámicas administrativas y de gestión de prisión sin una consideración de la diversidad cultural.

**PALABRAS CLAVE** Interculturalidad, plurinacionalidad, sistema punitivo, rehabilitación social, diversidad cultural, privación de libertad.

FECHA DE RECEPCIÓN 20/07/2021

FECHA DE APROBACIÓN 20/09/2021

## The gap of the interculturality in the social rehabilitation system: The last link of the penal system

**ABSTRACT** Social rehabilitation is part of the penal system, as it is in this institutional space where the sanction or sentence imposed is fulfilled, after a judicial process, to those who break with the established norm. Within the framework of a State that constitutionally recognizes the rights of cultural diversity, this system should incorporate intercultural considerations. The State in its institutionality evidences the persistence of a unicultural vision, where the exercise of the rights of cultural diversity is limited, this being a constant in the judicial system and, therefore, also in the social rehabilitation system. The social rehabilitation system has to manage this diverse population, its actions being homogenizing, since it does not consider cultural particularities. For the analysis, the Putuimi Provisional Deprivation of Liberty Center, located in the Ecuadorian Amazon, is taken as a case study, its administrative dynamics and prison management without considering cultural diversity.

**KEY WORDS** Interculturality, plurinationality, punitive system, social rehabilitation, cultural diversity, deprivation of liberty.

## INTRODUCCIÓN

Ecuador, signatario de diversos tratados internacionales de derechos humanos relacionados sobre pueblos y nacionalidades indígenas, tiene obligación de asumirlos e integrarlos en su normativa interna, pero sobre todo considerarlos en su práctica institucional. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,<sup>1</sup> el Convenio 169 de la Or-

1 ONU Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 1966.

ganización Internacional del Trabajo,<sup>2</sup> y la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas,<sup>3</sup> son instrumentos en donde se desarrollan una serie de principios y derechos que los estados deben otorgar a los miembros de pueblos y nacionalidades indígenas.

La Constitución del Ecuador expone varios principios, entre ellos los de plurinacionalidad —entendida como el reconocimiento de la existencia en el territorio de un Estado nación, de diversas nacionalidades, con sus representaciones simbólicas, instituciones representativas y territorio— y el principio de interculturalidad, como el reconocimiento de la necesidad de interacción entre las diversas culturas que conforman el Ecuador plurinacional sin discriminación.

Este artículo analizará las consideraciones sobre interculturalidad en el marco de la ejecución penal, esto es, en el cumplimiento de las sentencias de personas indígenas procesados judicialmente por la justicia ordinaria, y sobre quienes se ha establecido penas privativas de libertad a ser ejecutadas en el sistema de rehabilitación social. Así, se discutirá sobre los aspectos que la imposición de esta medida genera en la forma social y cultural de los indígenas sentenciados.

Para realizar el abordaje, se plantea un acercamiento al ejercicio de la interculturalidad en el sistema de rehabilitación ecuatoriano, a partir del estudio de caso del Centro de Privación Provisional de Libertad de Putuimi (CPPL-P), ubicado en la Amazonía ecuatoriana, donde se podrá conocer ciertas particularidades del desenvolvimiento de la población privada de libertad perteneciente a pueblos y nacionalidades indígenas, evidenciando los limitantes de la aplicación del principio constitucional de interculturalidad.

Para la investigación se desarrolló un modelo conceptual metodológico, con un acercamiento a la interpretación de los conflictos de la diversidad cultural, mediante el análisis de los esquemas sociopolíticos estatales, bajo condiciones de opresión y discriminación hacia los pueblos indígenas, identificando el choque del reconocimiento de la diversidad cultural con la estructura estatal y destacando los conflictos entre la diversidad étnica y la construcción estatal unicultural,<sup>4</sup> e incorporando visiones críticas respecto a la deconstrucción del colonialismo, impulsando la interrelación de las sociedades a partir de la construcción de espacios de diálogo.<sup>5</sup>

En cuanto a la perspectiva de derecho, nos acercaremos desde el neoconstitucionalismo, posición que considera la universalidad del principio de interculturalidad.<sup>6</sup> En el ámbito de la ejecución penal, se discutirá las consideraciones en cuanto a privación de libertad como un modelo que limita un ejercicio real del derecho penal, en el sentido de los principios que debe cumplir, entre ellos la rehabilitación,<sup>7</sup> así se confrontarán posiciones disímiles buscando un análisis crítico respecto al sistema de rehabilitación social.

2 Convención 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, 5 de septiembre de 1991.

3 ONU Asamblea General, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, 2007.

4 Rodolfo Stavenhagen, «Derechos humanos y ciudadanía multicultural: Los pueblos indígenas», en *Demócratas, liberales y republicanos*, ed. Jean Francois Prud'homme (México, D. F.: El Colegio de México, 2000), 79-89; Rodolfo Stavenhagen, «Conflictos étnicos y Estado: Conclusiones de un análisis comparativo nacional», *Estudios sociológicos*, El Colegio de México, A. C., XIX, núm. 1, enero-abril (2001): 3-25; María Teresa Sierra, «Del derecho consuetudinario a la justiciabilidad de los derechos indígenas: el legado de Rodolfo Stavenhagen a la antropología jurídica», *Desacatos; Tlalpan*, n.º 57 (2018): 156-65.

5 Slavoj Žižek, «Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional», en *Estudios culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo* (Buenos Aires: Paidós, 1997); Slavoj Žižek, *En defensa de la intolerancia* (Buenos Aires: Ediciones Sequitur, 2008).

6 Ramiro Ávila Santamaría, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos: una mirada desde el garantismo penal* (Quito: Ediciones Legales, EDLE. Universidad Andina Simón Bolívar, 2013); Ramiro Ávila Santamaría, «El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad (Reflexiones sobre la constitución de leyes penales y el rol de los parlamentos y los jueces)», en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, ed. Miguel Carbonell (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 307-49.

7 Eugenio Zaffaroni, «La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo», *THEMIS: Revista de Derecho*, 1997; José Ávila, «El derecho de ejecución penal de cara al presente siglo: problemas, orientaciones, retos y perspectivas», *Revista electrónica Centro de Estudios de Derecho Penitenciario*, 2011; Mariana Laurini y Anatilde Senatore, «Derechos humanos y ejecución penal. Desafíos para la intervención», en *Violencia y sistema penal*, de Roberto Bergalli, Iñaki Rivera, y Gabriel Bombini (Mar del Plata: Ediciones del Puerto, 2008), 448; David Garland, *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea* (Barcelona: Gedisa, 2005); Karla Encalada Falconí, *Rusticidad, indígenas en la cárcel y racismo legal. Una etnografía del sistema de justicia estatal y las élites en Riobamba, Ecuador* (Buenos Aires: Editorial Antropofagia, 2016).

La parte metodológica consideró un abordaje inductivo con una mirada etnográfica, a través de entrevistas a profundidad que fueron aplicadas entre mayo de 2019 y mayo de 2020, a varias personas privadas de libertad del CPPL-P, así como a directores de la institución penitenciaria y funcionarios. La metodología permitió un análisis crítico con una confrontación de la información de campo con los planteamientos conceptuales y teóricos desarrollados en la parte pertinente.

## EL ESTADO MONOCULTURAL

En la década de 1990, el movimiento indígena planteó el reconocimiento del Estado a la diferencia cultural del país. La base teórica de las demandas se sustentaban en la composición diversa de la población que «se distingue de acuerdo con ciertos atributos étnicos».<sup>8</sup>

La exigencia hacia el Estado se encuadraba en principios de derechos humanos. Esta lucha cuaja en 1998 en la Constitución del Ecuador, que reconoce al Estado como plurinacional y multiétnico, y se empieza a garantizar a los pueblos y nacionalidades indígenas sus derechos como colectivos humanos; una diversidad que «aun formando parte de la sociedad política, son culturalmente diferentes a la mayoría» a la cual se le reconoce una diferencia, con una comprensión y visión del mundo particular, y sobre la cual se requiere una «protección jurídica diferenciada».

Diez años después, la Constitución de 2008, no limita el reconocimiento a aspectos identitarios, sino que incorpora deferencias de índole política al reconocer la plurinacionalidad; es decir, al ejercicio propio de su cultura y de sus instituciones.

## LA DIVERSIDAD CULTURAL, PLURINACIONALIDAD E INTERCULTURALIDAD

El proceso de globalización, como expresión moderna y resultado del liberalismo, mantiene la noción de uniformidad e igualdad de todos los individuos frente al Estado; sin lograr establecer una uniformidad cultural, y más provocando el renacimiento de identidades, acompañadas de luchas y procesos que han ido creciendo y multiplicándose.<sup>9</sup>

La diversidad étnica ha coexistido históricamente en un espacio territorial y en una relación no equitativa, plural ni justa en América Latina, marcada por los actores hegemónicos, quienes desarrollaron el marco de ordenamiento jurídico y administrativo de la institucionalidad pública. Maldonado,<sup>10</sup> identifica las relaciones desiguales como de «sometimiento y asimilación» de las culturas indígenas, en donde la coexistencia antes señalada se ha limitado a compartir un espacio territorial, sin permitir canales y dinámicas para una interrelación de sus diversos actores.

El surgimiento de las identidades étnicas, como expresión de la diversidad, destapó la necesidad de reconocimiento por parte de los Estados, originando la interpretación conceptual a través del multiculturalismo y la interculturalidad. Velasco Gómez<sup>11</sup> señala que el multiculturalismo emerge con una serie de demandas que se refieren principalmente al reconocimiento de identidades, prácticas, instituciones y derechos

8 Sierra, «Del derecho», 14.

9 Edwin Cruz-Rodríguez, «Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia», *Dikaion* 22, N.º 2 (2013): 379-83; Boaventura De Sousa Santos, «Las paradojas de nuestro tiempo y la plurinacionalidad», en *Plurinacionalidad: democracia en la diversidad* (Quito: Abya Yala, 2009), 24-25; Héctor Díaz Polanco, *Elogio de la diversidad. Globalización, multiculturalismo y etnofagia* (México, D. F.: Siglo XXI Editores, 2006); Stavenhagen, «Conflictos: Conclusiones».

10 Salvador Maldonado, «El derecho a las diferencias de las identidades étnicas y el Estado nacional», *Revista Alteridades*, Universidad Autónoma Metropolitana, 7, N.º enero-junio (1994): 45-57.

11 Ambrosio Velasco Gómez, «Multiculturalismo, Nación y Federalismo», *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* XLVII, N.º 191 (2004): 68-85.

de grupos minoritarios, frente a una cultura dominante promovida e impuesta desde el Estado.

El reconocimiento a la diversidad cultural, en la Constitución de 1998, fue el inicio de discusiones que reafirmaban los derechos de la diversidad y que en 2008 se concretan con los enunciados de plurinacionalidad e interculturalidad. Desde esta perspectiva, entendemos interculturalidad como el «proceso y proyecto políticos, sociales, epistémicos y éticos de relación y descolonización dentro de una sociedad plurinacional». <sup>12</sup> Es decir, la interculturalidad corresponde a la implementación del carácter diverso del estado, rompiendo las relaciones hegemónicas, en una práctica que construya las relaciones y articulación entre la diversidad cultural del país.

Díaz Polanco <sup>13</sup> da ciertas líneas para el ejercicio real de la diversidad de nacionalidades al interior de un Estado, plantea que para la coexistencia de sistemas culturales distintos, tienen que darse las «condiciones necesarias» para una «convivencia necesaria de varios enfoques doctrinales, de carácter comprensivo que permite a los individuos construir distintas visiones del mundo, de los fines de la existencia y concepciones de lo que para cada uno de ellos constituye una vida buena». <sup>14</sup>

En lo conceptual, la interculturalidad plantea aspectos más allá de la relación entre culturas diferentes, y tiene relación con la construcción de un Estado que refunde las instituciones y políticas de la sociedad, bajo criterios que reconozcan y confronten la «colonialidad, el racismo y la racialización, la desigualdad y el carácter uninacional y monocultural del Estado»; <sup>15</sup> es decir, cambios profundos del modelo social y político del país, y de sus instituciones. Walsh plantea la interculturalidad como «un proyecto que asume la decolonialidad como requisito obligatorio» <sup>16</sup> de una manera activa y dinámica.

De esta manera, el ejercicio pleno de la plurinacionalidad y de la interculturalidad, requiere un proceso de cambios en la estructura del estado. Por ello, los preceptos constitucionales no son el fin del camino, sino el inicio del mismo, para lo cual se requiere de discusiones mucho más profundas que eviten la simple incorporación de «consideraciones étnicas» <sup>17</sup> dentro del Estado, y tiendan a una transformación social, <sup>18</sup> con la construcción de un Estado que permita la convivencia en la diversidad y el ejercicio de los derechos de los colectivos sociales y culturales, rompiendo cualquier posibilidad de que esa convivencia se convierta en lo que Zizek denomina una «coexistencia híbrida y mutuamente intraducible». <sup>19</sup>

## LAS RELACIONES INTERCULTURALES AL INTERIOR DEL CENTRO DE PRIVACIÓN PROVISIONAL DE LIBERTAD DE PUTUIMI

### EL CONCEPTO DE REHABILITACIÓN SOCIAL Y LA INTERCULTURALIDAD

Como centro de detención, ya sea temporal o para el cumplimiento de penas, la cárcel reproduce el concepto planteado por Kalinsky, esto es, «lugares donde se reproduce con mayor intensidad la dinámica criminógena, ya que se trata de zonas marginadas pero

12 Catherine Walsh, «Interculturalidad crítica y pluralismo jurídico: Reflexiones en torno a Brasil y Ecuador», en *Interculturalidad y (de) colonialidad. Ensayos desde el Abya Yala* (Quito: Abya Yala, Instituto de Culturas Indígenas ARY, 2012), 156.

13 Díaz Polanco, *Elogio de la diversidad*.

14 Díaz Polanco, 14.

15 Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, sociedad. Luchas (De) coloniales de nuestra época* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Abya Yala, 2009).

16 Walsh, 174.

17 Bartolomé Clavero, *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas y constituciones mestizas*, Siglo XXI Editores (México, D. F.: Siglo XXI Editores, 2008).

18 Walsh, *Interculturalidad, Estado*; Roberto Narváez Collaguazo, «La justicia en un Estado plurinacional con garantismo penal: interculturalidad en ciernes», *FORO Revista de Derecho* 34, N.º julio-diciembre (2020): 123-45.

19 Zizek, S. «Multiculturalismo», 24.

funcionales al sistema de control social, donde se ejerce violencia».<sup>20</sup> La autora identifica al menos tres juegos de reglas de convivencia: la primera relacionada con el discurso desde el cuidador, es decir, desde la institucionalidad pública a cargo de la ejecución de la pena; el práctico, relacionado con las condiciones reales que vive la población privada de libertad; y, los códigos intracarcelarios que determinan la convivencia de los detenidos, y que se relaciona con los lenguajes, códigos, roles, funciones.

Según la Constitución y la normativa vigente, la persona con sentencia ejecutoriada al ser declarada culpable y sancionada con pena de privación de libertad deberá cumplir su pena en centros de rehabilitación;<sup>21</sup> siendo el fin del sistema de rehabilitación social la «rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos».<sup>22</sup>

Así, el sistema de rehabilitación social busca la reinsertación de las personas sancionadas con prisión a la sociedad; encontrándose aquí el primer limitante de la interculturalidad, pues se parte de una visión unicultural en donde existe una única sociedad, y no una pluralidad de sociedades y culturas.

Los cuestionamientos a este sistema, inician por la reinsertación buscada por el sistema de rehabilitación social bajo una noción monocultural con una rehabilitación dirigida a una sociedad occidental. De esta manera, una persona de la diversidad cultural tendría su marco de rehabilitación para reinsertarlo bajo esa construcción social, despojándola de sus particularidades culturales propias, visión del mundo, formas de relacionamiento y demás características y cultura propia.

Respecto a la garantía de derechos, el sistema de rehabilitación social debería buscar «Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social».<sup>23</sup> Al respecto, el Convenio 169 de la OIT señala que los Estados signatarios del mismo deben tomar consideración de las costumbres y derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, en lo particular cuando exista pronunciamiento sobre asuntos penales, por parte de autoridades y tribunales, debe tener en cuenta «las costumbres de dichos pueblos en la materia».<sup>24</sup>

De manera tácita, el instrumento internacional antes indicado, señala dos aspectos de importancia, el primero sobre la imposición de sanciones dictadas por la norma legal deberá «tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales»;<sup>25</sup> y, el segundo, que se consideren sanciones distintas al encarcelamiento.

La razón de la discusión nos lleva justamente a analizar la pertinencia de la privación de libertad de individuos de pueblos y nacionalidades indígenas, no solo en el sentido de unos derechos establecidos en la Constitución y convenciones. Además de los tratados internacionales, la jurisprudencia internacional tiene un desarrollo progresivo en el marco de garantizar derechos de la diversidad cultural. Desde la sentencia del caso *Awas Tingni* se reconoce los sistemas normativos propios de los pueblos y nacionalidades indígenas, como:

[U]na totalidad abstracta, el que sustenta otros derechos más específicos como el derecho de la propiedad comunal sobre tierras, territorios y recursos naturales, en ausencia de un título formal en conformidad con el derecho estatal, teniendo el mismo valor que el mismo.<sup>26</sup>

La Corte IDH vincula el derecho de los pueblos indígenas a sus sistemas normativos propios, remitiéndose a la Declaración Americana de los Derechos del Hombre,<sup>27</sup> en el sentido de «prácticas y revitalizar sus tradiciones y costumbre culturales»; es así que se reconoce

20 Beatriz Kalinsky, «La metodología de investigación antropológica en ambientes criminógenos. Un estudio de caso», *Gazeta de Antropología*, N.º 20 (2004): 4.

21 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 77.12.

22 *Ibid.*, art. 201.

23 *Ibid.*, art. 57.1.

24 *Convenio 169* OIT, art. 9.2.

25 *Ibid.*, art. 10.1.

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos, «Sentencia», *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (blog), 31 de agosto de 2001.

27 IX Conferencia Internacional Americana, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, 1948, art. 11 y art. 43.

un marco de derechos en donde la integralidad cultural es la base de interpretación de las formas de vida particulares de los pueblos y nacionalidades indígenas, y en esa medida, cualquier limitación a estos derechos genera una ruptura de la forma de vida tradicional.

En el mismo sentido, el avance en la jurisprudencia interna incorpora las consideraciones de derechos, como la sentencia en el caso «Universidad Intercultural Amawtay Wasi»,<sup>28</sup> en donde establece principios para considerar en casos relacionados con pueblos ancestrales, entre ellos los de continuidad histórica, diversidad cultural, interculturalidad e interpretación intercultural; con lo cual se logre una «adecuada y verdadera administración de justicia, más aún la constitucional, se deben observar principios con perspectiva intercultural».

- a) El de la Continuidad Histórica: el cual plasma que los pueblos y nacionalidades indígenas, no obstante, su colonización, sus secuelas estructurales, están presentes con sus identidades diferenciadas del resto de las sociedades nacionales, haciendo uso de sus costumbres, culturas, normas, instituciones jurídico-político-religiosas, nociones filosóficas e idiomas, asentados en territorios indígenas en los cuales ejercen el autogobierno comunitario.
- b) El de la Diversidad Cultural: a partir del cual, la función de la ley, en este caso de las normas, es la de preocuparse en considerar no solo relación entre el Estado y la ciudadanía, sino «las identidades entre los pueblos», es decir, tomar en cuenta la presencia de los distintos pueblos indígenas, con sus instituciones, sus costumbres y sus filosofías en relación con otros pueblos no indígenas que comparten un mismo territorio nacional.
- c) El de la Interculturalidad: el cual tiene que ver con el diálogo fundamentalmente epistémico; no se trata de un diálogo en el cual los pueblos indígenas sean los convidados de piedra: el diálogo intercultural, como lo señala Oscar Guardiola Rivera, no es otra cosa que: «el diálogo entre las diferencias epistémicas que, al existir posiciones hegemónicas, son luchas cognitivas que tienen que ver con el modo en que diferentes pueblos hacen uso de diversas formas de producir y aplicar conocimiento, para relacionarse entre sí, con otros, con la naturaleza, con el territorio, con la riqueza, con la sociedad diversa».
- d) El de la Interpretación Intercultural: el cual no es otra cosa que la obligatoriedad de poner en marcha una nueva lectura, una nueva forma de interpretar las situaciones y las realidades nacionales, con un enfoque sustentado en la diversidad cultural, más aun tratándose de pueblos indígenas.<sup>29</sup>

Dentro de la sentencia de la Corte Constitucional en el «Caso Waorani»,<sup>30</sup> esta aborda con mayor fuerza el manejo de los casos judiciales en los que se encuentren miembros de pueblos y nacionalidades indígenas, y conmina a las autoridades a aplicar la legislación bajo un análisis hermenéutico de interpretación intercultural. Puntualmente la sentencia señala:

[C]onsiderando los usos y costumbres de los miembros de los pueblos cuya presunta responsabilidad está siendo objeto de juzgamiento, generando un ejercicio hermenéutico a través de la interpretación de sus instituciones propias, sus costumbres, filosofía y cosmovisión, generando un diálogo epistémico en el que se reflejen las diferencias que puedan existir entre las normas hegemónicas y las propias de los pueblos ancestrales, con el objeto de lograr mecanismos de coordinación y cooperación, tendientes a la solución de un conflicto sin que se genere la afectación de los derechos colectivos de estos grupos humanos.<sup>31</sup>

28 Ecuador, Corte Constitucional, «Sentencia 008-09-SAN-CC», *Causa 0027-09-AN* (blog), 29 de abril de 2013.

29 *Ibid.*

30 Ecuador, Corte Constitucional.

31 Ecuador, Corte Constitucional, «Sentencia 004-14-SCN-CC», *Juicio Caso 0072-14-CN* (blog), 6 de agosto de 2014.

De esta manera el conflicto, en cuanto a la rehabilitación social, inicia desde el procesamiento mismo de los miembros de nacionalidades y pueblos indígenas, y es una expresión de los límites en el ejercicio de la interculturalidad.<sup>32</sup> Al no considerar las particularidades culturales, la existencia de sistemas normativos indígenas, el Estado no incorpora los principios constitucionales.

### LA IMPOSICIÓN DE PENAS EN UN CONTEXTO DE PLURINACIONALIDAD

No solamente el sistema de rehabilitación social no cumple una pertinencia cultural para miembros de pueblos y nacionalidades indígenas, en el sentido de dirigir una resocialización y rehabilitación en el marco de una cultura occidental, sino que rompe con los aspectos propios de los miembros de los pueblos indígenas. Es claro cuando la Corte Constitucional desarrolla una serie de consideraciones sobre la interculturalidad,<sup>33</sup> determinando la necesidad de un análisis con criterios de interculturalidad para no afectar al principio de diversidad étnica y cultural, y a los derechos colectivos reconocidos constitucionalmente.

De esta manera, la norma penal debe ser aplicada dentro del principio de diversidad étnica y cultural;<sup>34</sup> es decir, se establece la necesidad de un análisis intercultural para ejercer los principios de diversidad étnica y cultural, así como los derechos colectivos.

Como se mencionó, el Convenio 169 de la OIT establece varias consideraciones que debe tener el Estado, y sus instituciones, en cuanto a la diversidad cultural, entre ellas las relacionadas con los sistemas de justicia propios, y sobre la ejecución de penas a través de medios alternativos a la cárcel. El COIP, por su parte, recoge en sus disposiciones generales que el procedimiento para infracciones en jurisdicción indígena deberá ser conforme a «lo dispuesto en la Constitución de la República, en los tratados e instrumentos internacionales ratificados por el Estado, en el COFj y en las leyes respectivas».<sup>35</sup>

En la misma línea, la sentencia de la Corte Constitucional del caso conocido como La Cocha 2 establece taxativamente las consideraciones culturales de población indígena procesada judicialmente, y enfáticamente penas distintas al encarcelamiento:

[L]a justicia penal ordinaria, en el conocimiento de casos que involucren a ciudadanos indígenas, y en cumplimiento de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente el Convenio 169 de la OIT, de manera obligatoria y en todas las fases procesales tendrá en cuenta sus particularidades características y condiciones económicas, sociales y culturales, y especialmente, al momento de sancionar la conducta, el juez o jueces deberán de perseverar en dar preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento, coordinando con las principales autoridades indígenas concernidas en el caso.<sup>36</sup>

Es así que la rehabilitación social, de acuerdo a la Constitución,<sup>37</sup> debe ser implementada a través de un organismo técnico<sup>38</sup> encargado de las políticas y de los aspectos administrativos de los centros de privación de libertad, con representantes de la Función Ejecutiva y profesionales; el organismo estará presidido por un ministro designado por el presidente de la República; siendo éste el espacio donde deben discutirse los aspectos relacionados con la interculturalidad.

Así, es preciso justamente identificar todos estos elementos como elementos de ruptura en los casos en que se procesa a miembros de pueblos y nacionalidades indígenas en la justicia ordinaria, y son sujetos a las penas impuestas a través de este sistema

32 Roberto Narváz, «¿Un ejercicio de aplicación de la justicia intercultural? El caso waorani en la Amazonía ecuatoriana», *Revista Antropologías del Sur*, año 3, n.º 6 (2016): 163-79.

33 Ecuador, Corte Constitucional, «Sentencia 004-14-SCN-CC»; Ecuador, Corte Constitucional, «Sentencia 113-14-SEP-CC», *Juicio 0731-10-EP* (blog), 30 de julio de 2014; Ecuador, Corte Constitucional, «Sentencia 008-09-SAN-CC».

34 Ecuador, Corte Constitucional, «Sentencia 113-14-SEP-CC», 22.

35 Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento 180, 10 de febrero de 2014, Disposición General Segunda.

36 Ecuador, Corte Constitucional, «Sentencia 113-14-SEP-CC».

37 Ecuador, *Constitución 2008*, art. 201.

38 *Ibid.*, art. 202.

punitivo, en donde se manifiestan brechas no solo en el ejercicio de la interculturalidad, sino sobre todo en el marco de ejecución penal en relación con las particularidades culturales de los individuos, y por ello es pertinente analizar la realidad del CPPL-P, como estudio de caso en donde se puede exponer las condiciones en las que vive los miembros de pueblos y nacionalidades indígenas privados de libertad como consecuencia de procesos penales dentro del sistema de justicia ordinario.

### DINÁMICAS EN EL CPPL-P

Podría decirse que el CPPL-P guarda la herencia de la Colonia Penal Agrícola de Mera,<sup>39</sup> que respondía al sistema de tratamiento de detenidos heredado del siglo XVIII, en donde una de las formas de castigo consistía en las colonias penales, a manera de prisiones al aire libre. Fue en el gobierno de Federico Páez, exactamente en 1936,<sup>40</sup> que a través de Decreto Ejecutivo se crea la colonia penal en la Amazonía,<sup>41</sup> y que sirvió de ejemplo tanto en lo administrativo como en lo jurídico para la que posteriormente se asentó en las islas Galápagos;<sup>42</sup> teniendo un contexto de imaginario político que consideraba tanto la Amazonía como las Galápagos como «sitios de destierro y exilio» (*Ibidem*: 41), esto es tierras inhóspitas o inservibles.

Desde noviembre de 2018 la entidad encargada del sistema de rehabilitación social es el Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores (SNAIPPL),<sup>43</sup> responsable de la rectoría, regulación, planificación y coordinación del sistema.

El Servicio Nacional antes indicado administra 55 centros de privación de libertad (CPL), que son los espacios físicos establecidos para el cumplimiento de medidas cautelares personales, penas privativas de libertad y apremios.<sup>44</sup>

Los CPL se clasifican en: centros de privación provisional de libertad (CPPL), en donde permanecen «personas privadas preventivamente de libertad» por medidas cautelares o apremios establecidos por la autoridad judicial; y, centros de rehabilitación social (CRS), dirigido a personas a quienes se ha impuesto una sentencia condenatoria ejecutoriada. Del total de CPL 29 son CRS y 26 CPPL.<sup>45</sup>

De acuerdo a información del SNAIPPL,<sup>46</sup> para enero de 2019 el número total de población privada de libertad en Ecuador era de 38.602, de los cuales 35.754 eran hombres, correspondiendo al 92,6% del total de detenidos; y, 2848 mujeres, el 7,3% del total. En lo particular, la información da cuenta de un número de 24.103 personas detenidas con sentencia por delitos, siendo el 62,4% del total de detenidos; 13.076 procesados por delitos (con detención provisional), que representa el 33,9%; 598 personas detenidas por contravenciones, que corresponde al 1,5%; y, 825 detenidos por apremio, que representa el 2,1%, como se presenta en el siguiente gráfico (ver Gráfico 1):

39 Fadia Rodas y Adriana Vivanco, *Galápagos, prisión de basalto. Terror y lágrimas en la isla Isabela* (Quito: Ministerio de Cultura del Ecuador, 2012).

40 Fausto Torres, «Evolución y perspectivas del régimen jurídico que rige al sistema penitenciario ecuatoriano (Título de Máster en Seguridad y Desarrollo, Quito, Instituto de Altos Estudios Nacionales, 2005).

41 De acuerdo al Decreto, se dio una reforma al régimen de prisiones, en donde los condenados, de acuerdo a la pena establecida, se ubicaban dentro de tres categorías: reclusión mayor extraordinaria; reclusión mayor y menor; y, prisión correccional. Justamente estos últimos deberían cumplir sus condenas en colonias agrícolas, todo con miras a lograr una rehabilitación y reinserción de los reos, hecho que no se lograba en el «sistema viciado y corrupto del país, que hasta el momento tenía como su máximo logro el penal García Moreno de Quito» (Rodas & Vivanco, 2012: 45)

42 Rodas y Vivanco, *Galápagos, prisión de basalto*.

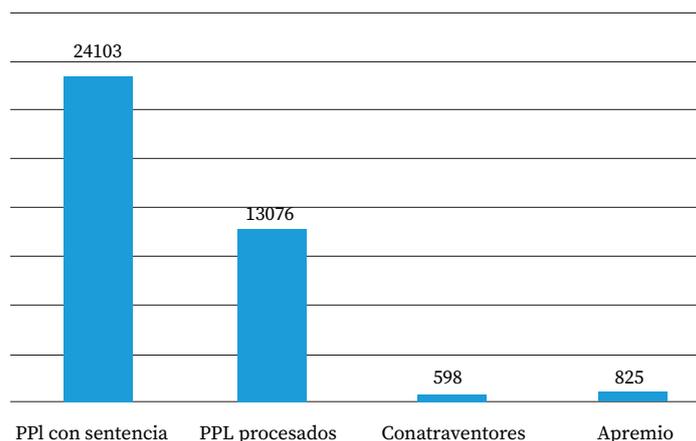
43 Presidencia de la República, *Decreto Ejecutivo 560*, 14 de noviembre de 2018.

44 Ecuador, COIP, art. 678.

45 Nadia Núñez, *Incumplimiento del principio de rehabilitación social y su incidencia en las personas privadas de libertad. ¿De victimarios a víctimas?* (Tesis de Maestría en Derecho Penal, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2018).

46 Dirección de Estadísticas y Análisis Económico, «Sistema penitenciario 2019» (Servicio Nacional de Atención Integral, 2019).

Figura 1. Población privada de libertad en Ecuador (enero 2019)



Fuente: Dirección de Estadísticas y Análisis Económico (2019).

La misma información da cuenta de que la capacidad efectiva instalada a nivel nacional es de 27.730 plazas, por lo que existe un total de 10.872 plazas faltantes, lo que da lugar a un 39,21% de hacinamiento,<sup>47</sup> que equivale al concepto de sobrepoblación crítica planteado por el Comité Europeo para los Problemas Criminales.

El CPPL-P se ubica en la provincia de Pastaza, cantón Puyo, parroquia Tarqui, a aproximadamente 10 kilómetros de la ciudad de Puyo; pertenece a la Zona 3 y es considerado un centro mixto. La infraestructura abarca aproximadamente 2000 m<sup>2</sup>, en donde se ubican dos construcciones; una adosada que ocupa las celdas y el área administrativa, y una separada en donde se ubica la cocina, el consultorio para atención médica y la garita de ingreso. En el CPPL-P existen 4 celdas de hombres y una de mujeres. Adicionalmente existe un área abierta utilizada para actividades deportivas de los privados de libertad.

Por la cantidad de personas detenidas en el CPPL-P, que tiene una capacidad para 50 personas, se establece que existe un hacinamiento, pues para la fecha de la investigación, junio de 2019, se encontraban detenidas 88 personas; de las cuales 25 se autoidentificaban como indígenas. Para establecer la identidad étnica debemos remitirnos tanto a la Constitución como a instrumentos internacionales de derechos humanos;<sup>48</sup> en ese sentido, la pertenencia étnica o identitaria a un colectivo se remite a la «conciencia de la identidad indígena»<sup>49</sup> de los individuos miembros de un pueblo o nacionalidad indígena.<sup>50</sup>

Es evidente una brecha en el desconocimiento de la diversidad cultural del país, por lo que los operadores de justicia y funcionarios públicos pueden asumir un criterio dual, entre mestizo e indígena, exponiendo así una limitada valoración hacia las particularidades culturales, como una expresión, incluso, de unas prácticas de exclusión que son detalladas con mucha mayor profundidad por Encalada (2016) en su análisis al del racismo en el sistema judicial.

## LA POLÍTICA PÚBLICA Y EL CONFLICTO CON LA DIVERSIDAD

Las dinámicas al interior del CPPL-P implementan el modelo de gestión que sigue las directrices del Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social<sup>51</sup> sobre la

47 Según el Comité Europeo para los Problemas Criminales, se considera hacinamiento penitenciario a la relación entre la capacidad de una prisión o de un sistema penitenciario y el número de personas alojadas en él, bajo la fórmula de cálculo: número de personas alojadas / número de cupos disponibles x 120 o más. María Noel, *Hacinamiento penitenciario en América Latina: causas y estrategias para su reducción* (México, D. F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015).

48 Ecuador, *Constitución 2008*, art. 57.1.

49 *Convenio 169* OIT, art. 1.2.

50 ONU Asamblea General, *Declaración ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas*, art. 9.

51 Ecuador, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, *Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social*,

base del Libro Tercero del COIP;<sup>52</sup> esto es, implementan la política pública de rehabilitación, dentro de la cual los ejes del tratamiento del sistema de rehabilitación social son el educativo, deportivo, salud, cultural y laboral. El CPPL-P, al ser un CPPL mantiene población privada provisionalmente de libertad; en caso de infracciones flagrantes su detención sería en secciones diferenciadas (infracciones flagrantes, apremio, detención con fines investigativos, prisión preventiva e incluso para quienes manifiesten comportamientos violentos).<sup>53</sup> En lo particular, no existen físicamente las condiciones para que en el CPPL-P se implementen las consideraciones establecidas por el reglamento, el cual, incluso, no aborda ninguna consideración de interculturalidad, limitando así el ejercicio de los derechos colectivos.

En cuanto a habitabilidad, las consideraciones sobre «espacio vital digno» y «condiciones sanitarias apropiadas» son uno de los mayores limitantes, ya que en solo tres celdas se distribuye el total de población privada de libertad masculina, rompiendo con las condiciones mínimas requeridas; más aún si se considera que en las formas culturales propias de los pueblos y nacionalidades indígenas la privación de libertad no es una de las penas concebidas dentro de sus sistemas normativos, sino que éstas más bien se dirigen al ámbito restaurativo y de una reinserción como consecuencia de una acción social de consejos para la recuperación del equilibrio.

En lo que respecta a la relación con la familia, la brecha principal es cuando el privado de la libertad es de alguna comunidad alejada, lo que implica la limitación de sus familiares para poder visitar y mantener una relación activa, lo que limita no solo el vínculo familiar sino también el comunitario. Si bien los días de visita del CPPL-P son los sábados en horario de 10h30 a 12h30 y de 13h30 a 15h00, se permite que cuando existen visitas de detenidos indígenas se hace una consideración y pueden recibirla los días domingo. Esa ruptura de lazos y vínculos afectivos permanentes, por un espacio de vida ajeno al cotidiano en un indígena, con una comunicación de por sí limitada, pero que en el caso de los privados de la libertad llega a generar un rompimiento con la estructura familiar, nuclear, de familia ampliada y de alianzas comunales.

Si bien una de las características de los pueblos indígenas es que el conocimiento se transmite de padres a hijos, y al ser uno de ellos alejado de su entorno familiar esa endoculturación a las generaciones nuevas se rompe; por lo cual se generan procesos de desapego con los valores culturales propios por la pérdida de referentes, principalmente entre los jóvenes. Este tipo de afectación impacta no solo en los privados de libertad, sino en la comunidad misma, que ve limitados los actores dentro de sus procesos propios, y sobre todo los descendientes, que no tienen la posibilidad de aprender desde la experiencia de su padre y eso les lleva a que se establezcan vacíos en ese conocimiento, incidiendo en procesos de cambio cultural y ruptura de referentes históricos. Para las visitas familiares no existe un espacio adecuado que permita una privacidad en la relación con los visitantes, por lo que el espacio se convierte en un espacio ajeno, agresivo y diferente a los espacios tradicionales de socialización.<sup>54</sup> Otro de los limitantes es el relacionado con las visitas conyugales, las cuales se encuentran restringidas, y que en el caso de los miembros de pueblos indígenas requieren de un contexto particular, vinculado con un espacio afectivo enmarcado en la cotidianidad y la privacidad de la casa familiar.

Como se mencionó anteriormente, respecto a la alimentación, el reglamento que rige al sistema de rehabilitación establece la provisión de la alimentación diaria, bajo un

---

Registro Oficial Suplemento 695, 7 de noviembre de 2017; Ecuador, Organismo Técnico del Sistema Nacional de Rehabilitación Social, Resolución N.º 0001-2017. Reforma al Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social, 5 de octubre de 2017.

52 Ecuador, COIP.

53 Ecuador, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, *Reglamento Sistema de Rehabilitación Social*, art. 12.1.

54 El Informe que presenta anualmente la Defensoría del Pueblo sobre prevención de la tortura, analiza la situación en los centros de rehabilitación social en el país, encontrando que los CRS y CPPL «no cuentan con la infraestructura necesaria o un área específica para la recepción de visitas por lo que estas son recibidas en los patios, pabellones y celdas» (Ecuador, Defensoría del Pueblo, 2016: 50).

concepto de compuestos nutricionales equilibrados, y que no consideran necesariamente el tipo de alimentos que son de consumo tradicional indígena, que en el caso de la Amazonía comprenden un importante porcentaje de proteína animal y bebidas propias, como la chicha, que constituye uno de los principales alimentos en los cuales se integra, además, los sistemas propios de orden social, pero sobre todo que consideran rituales propios y división de roles con una reafirmación identitaria y cultural.

Es así que, en este ámbito, el tratamiento que se da a los privados de libertad es homogenizante, quitando cualquier posibilidad de mantener formas culturales propias con valores propios. De un proceso de investigación cualitativa desarrollado en el CPPL-P, se pudo identificar la percepción de varios de los privados de libertad originarios de algunos pueblos amazónicos, para quienes el ingresar en el CPPL se constituyó en un impacto por la ruptura con uno de los elementos principales de sus formas de vida tradicionales, esto es, la relación con la selva. Así, se pudo conocer que la valoración hacia la selva vincula no solo a un aspecto espacial, sino sobre todo vincula sensibilidades, afectos, simbolismo y ritualidad, ya que es en la selva donde se construye el individuo y el colectivo, al ser hombres y mujeres de la selva, y al que se encuentran integradas sus dinámicas propias, tanto a nivel económico, social como espiritual. Es así que los entrevistados reiteran la ruptura con su forma de vida propia, misma que a pesar de transcurrir en entornos urbanos, es temporal, y tiene siempre de referencia a la vida comunitaria:

Cuando uno es indígena no se acostumbra a estar encerrado. Uno está lejos de la casa y de la familia. Ellos no vienen porque no tienen costumbre [...] la comida no se enseña, es diferente a lo que se come en la comunidad. (Entrevista a NJ, Shiwiar)

Primero me dejaron en la una celda, había gente mala, hacían problema. Todo el día estar encerrado sin hacer nada, sin poder moverse [...] se come colada caliente, salchicha, puré de papá, no lo que uno se acostumbra en la casa. No dan carne. Me falta chicha, plátano, carne de monte, yuca. (Entrevista a LT, Achuar)

Entré asustado, pensé que me iban a robar. Llegue y me pegaron, me acosaban, maltrataban a los nuevos. Me asusta la violencia, estar encerrado es como estar castigado, como un animal. Comida no hay, ni chicha. (Entrevista a JA, Kichwa)

El servicio de alimentación se ofrece a través de una empresa de catering contratada por la SNAIPPL, bajo una política en la cual toda la población de privados de libertad del país recibe cada día el mismo menú a nivel nacional; las comidas consideradas son el desayuno, el almuerzo y la merienda. Las condiciones de agua se encuentran ligadas a la infraestructura y dotación del gobierno municipal a partir de la conexión a la red pública.

Para las actividades recreativas, los informantes señalan una limitación que está dada principalmente por el espacio físico al interior del CPPL-P, por lo cual se organiza la salida al área abierta por celdas, lo cual se ve limitado cuando llueve, y en un ambiente amazónico esto es permanente. Así mismo, y en lo concerniente a las consideraciones interculturales, estos aspectos como una garantía de derechos no consideran la diversidad cultural, y más bien generan un espacio de ruptura, que de por sí constituye la cárcel como tal, y por tanto dan lugar a una brecha que no es cubierta por esta limitante de tipo cultural.

De acuerdo a la política pública general, el Ministerio de Salud Pública es la institución encargada de la administración de las unidades de salud en los centros de privación de libertad, cuya atención se limita a los Centros de Rehabilitación Social Regional Sierra Centro Norte Cotopaxi y Centro de Rehabilitación Regional Zonal 8 Guayas, en donde se concentra una población mayor a 2000 personas. Así, solo en estos centros se brinda una atención permanente de doce horas diarias y cinco días a la semana.<sup>55</sup> Para el caso del CPPL-P, la atención médica se limita a visitas médicas diarias que realiza el personal del Ministerio de Salud, y en caso de atención de emergencia se

55 Ecuador, Defensoría del Pueblo, «Informe Mecanismo prevención de la tortura».

remite al sistema Ecu 911, y no se considera la diversidad cultural, siendo así una ruptura de las formas tradicionales de atención a la salud, vinculadas con una cosmovisión y una particularidad basada en los conceptos propios sobre salud-enfermedad, y en relación a ellos a formas de curación con el uso de plantas medicinales. Esta condición diferente afecta también a la diversidad cultural privada de libertad, ya que en las condiciones de atención con medicina occidental no se cubre la necesidad de atención de salud porque esta simplemente está negada en el marco cultural propio.

De la experiencia de trabajo y de la investigación realizada se identifican otros aspectos en los cuales no existen las consideraciones de interculturalidad respectiva, una de ellas es el idioma, que se centraliza en una comunicación en español, tanto de los funcionarios del CPPL-P hacia los PPL, como en la relación con la defensa técnica, lo cual deja abierta una problemática referente al ejercicio del derecho a la defensa, que si bien no es objeto de esta investigación, sí nos permite identificar aspectos relevantes que son necesarios considerar en un análisis del ejercicio de interculturalidad.

Así, en este análisis general del ejercicio de interculturalidad en el CPPL-P encontramos una serie de elementos que rompen con el principio constitucional referente a la diversidad cultural, por lo que en la evaluación realizada se identifican varias brechas que es necesario considerar, pero, fundamentalmente, se establece que el sistema de rehabilitación social rompe con los criterios de plurinacionalidad al evidenciar que no se ejerce los sistemas de justicia propios en el procesamiento judicial de individuos pertenecientes a pueblos y nacionalidades indígenas, y por tanto vulnerando los derechos colectivos.

## CONCLUSIONES

La diversidad cultural en un país con una construcción institucional y normativa unicultural expone una limitación en el ejercicio de derechos, que se manifiesta en brechas y conflictos, en donde se impone la lógica estatal en una expresión de hegemonía, subordinando las instituciones y formas propias de ejercicio de orden social de las nacionalidades y pueblos indígenas.

La institucionalidad pública, en particular el sistema judicial hace un ejercicio de poder, subordinando y dominando el orden social y los sistemas de justicia propios de nacionalidades y pueblos indígenas, generando una relación inequitativa y un abordaje que no considera las particularidades culturales de la diversidad de pueblos y nacionalidades existentes en el país.

Se identifica la necesidad de reconstrucción del Estado, incorporando los principios de plurinacionalidad e interculturalidad, y que atraviese a toda la institucionalidad pública y políticas, garantizando así el ejercicio de los derechos colectivos, pero sobre todo, reafirmando los postulados de un Estado incluyente y respetuoso de derechos, cuyos principios sean reproducidos por la sociedad en su conjunto.

La rehabilitación social, como parte del sistema penal, recepta población indígena en conflictos con la normativa legal en etapas de procesamiento judicial y cumplimiento de sentencias, en condiciones en las cuales no se consideran las particularidades culturales propias, y como resultado de un sistema punitivo que procesa a miembros de colectivos indígenas con derechos y garantías particulares; mismos que no son considerados en el proceso penal, contraviniendo lo establecido en la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos, puntualmente en el Convenio 169 de la OIT, en donde establece medidas alternativas a la prisión y a la consideración de los sistemas de juzgamiento propios.

Las discusiones en torno a la prisión y al sistema punitivo, en su conjunto, abren líneas importantes a considerar medidas que reemplacen a la prisión; más aún con tratados internacionales que consideran aquello para pueblos indígenas, y como una

forma de reconocer las particularidades culturales, pero sobre todo considerando que en las nacionalidades y pueblos indígenas esos sistemas de justicia propio tienen una capacidad para sancionar en el marco de sus principios culturales, ejerciendo una justicia restaurativa con mecanismos de sanción culturalmente adecuado.

La presencia de población indígena en las cárceles, específicamente en el CPPL-P, evidencia estas brechas en cuanto al ejercicio de derechos colectivos relacionados con temas judiciales, que lleva a su procesamiento en el sistema de justicia ordinario; más aún cuando ese ejercicio punitivo, que sanciona con penas privativas de libertad a población indígena, no tiene ninguna consideración en cuanto a diversidad cultural y particularidades propias de los pueblos y nacionalidades indígenas.

La detención en centros de privación de libertad ya sean CPL o CPPL vulnera los derechos de la población indígena, en la detención, en el tratamiento y en las condiciones que rompen con las consideraciones de interculturalidad, de continuidad histórica, diversidad cultural e interpretación intercultural, lo que lleva a que el conflicto generado por la ruptura del orden social no sea resuelto, afectando a los derechos colectivos de las nacionalidades y pueblos indígenas, como colectivos culturales, y siendo esto una responsabilidad plena del Estado.

Al generarse procesos judiciales dentro de la justicia ordinaria contra miembros de pueblos indígenas, no se está actuando con una consideración a la diversidad cultural, que tiene instituciones y sistemas propios. La irrupción de este tipo de procesos no solo afecta a individuos, sino al colectivo en su conjunto, pues la conflictividad deja abierta y no puede ser resuelta dentro de un marco institucional ajeno, como es el sistema de justicia ordinario y la privación de libertad como recurso de éste. Por ello, la detención en los CPL rompe la institucionalidad, costumbres y filosofías de los pueblos y nacionalidades indígenas; más aún cuando en los CPL no existen consideraciones de interculturalidad, homogenizando la atención y los servicios.

La privación de libertad y su detención en CPL expone la ausencia de interpretación intercultural, que es establecido por la Corte Constitucional como una obligación cuando se procesa a individuos de pueblos y nacionalidades indígenas. Así mismo, rompiendo con el principio pro-justicia indígena establecido en la normativa legal.

La detención de población indígena en el CPPL-P vulnera los derechos colectivos establecidos en la Constitución y en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, pues rompe con las formas culturales propias, pero sobre todo, con los aspectos comunitarios y familiares a los que están ligados los detenidos, generando un conflicto con la norma en cuanto a derechos y con las dinámicas propias de los pueblos y nacionalidades indígenas, que ven limitada o constreñida su capacidad de ejercicio político y jurisdiccional al primar la justicia ordinaria en el procesamiento de casos.

A nivel individual la detención de indígenas rompe con sus vínculos familiares y comunitarios, y genera afectaciones en el núcleo familiar al impedir la reproducción de formas culturales propias y dinámicas de transmisión de cultura. La condición de alejamiento que genera la cárcel a los privados de libertad, establece una nula posibilidad de participación en esos espacios comunitarios donde se reproduce la cultura y donde cada individuo cumple un rol social, como individuo parte de una familia y de la familia como parte de la comunidad.

La detención de población indígena en el CPPL-P genera una ruptura con los hábitos alimenticios y las formas de atención de salud, provocando una condición de vulnerabilidad, ante la cual no existe una atención intercultural, integrando a la población indígena con el resto de privados de libertad, homogenizando sus actividades diarias, formas de alimentación, y de relacionamiento interpersonal, y generando un espacio de cambio cultural violento, donde las formas culturales particulares se ven rotas.

De darse la resocialización y educación, ésta se da en el marco de la cultura imperante, esto es la mestiza, por lo que se evidencia una ruptura con la cultura tradicional,

generando un proceso de cambio cultural hacia lo mestizo, vulnerando así el derecho de la población indígena.

La institucionalidad pública del sistema de rehabilitación social al no considerar la diversidad cultural genera un proceso de ruptura de la cultura propia de la población indígena, siendo ésta una responsabilidad del Estado, al no existir esas consideraciones que expongan un ejercicio de la plurinacionalidad en el sistema de rehabilitación social del país.

## REFERENCIAS

- Ávila, José, «El derecho de ejecución penal de cara al presente siglo: problemas, orientaciones, retos y perspectivas», *Revista electrónica Centro de Estudios de Derecho Penitenciario*, 2011.
- Ávila Santamaría, Ramiro, «El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad (Reflexiones sobre la constitución de leyes penales y el rol de los parlamentos y los jueces)», en Miguel Carbonell (edit.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 307-49.
- Ávila Santamaría, Ramiro, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos: una mirada desde el garantismo penal*, Quito, Ediciones Legales, EDLE, Universidad Andina Simón Bolívar, 2013.
- Clavero, Bartolomé, *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas y constituciones mestizas*, México, D. F., Siglo XXI Editores, 2008.
- Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, 5 de septiembre de 1991.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, «Sentencia». *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (blog), 31 de agosto de 2001.
- Cruz-Rodríguez, Edwin, «Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia», *Dikaion*, vol. 22, N.º 2, 2013, pp. 379-83.
- De Sousa Santos, Boaventura, «Las paradojas de nuestro tiempo y la plurinacionalidad», en *Plurinacionalidad: democracia en la diversidad*, Quito, Abya Yala, 2009, pp. 24-25.
- Díaz Polanco, Héctor, *Elogio de la diversidad. Globalización, multiculturalismo y etnofagia*, México, D. F., Siglo XXI Editores, 2006.
- Dirección de Estadísticas y Análisis Económico, «Sistema penitenciario 2019», Servicio Nacional de Atención Integral, 2019.
- Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento 180, 10 de febrero de 2014.
- Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador, Corte Constitucional, «Sentencia 004-14-SCN-CC», *Juicio Caso 0072-14-CN* (blog), 6 de agosto de 2014.
- Ecuador, Corte Constitucional, «Sentencia 008-09-SAN-CC», *Causa 0027-09-AN* (blog), 29 de abril de 2013.
- Ecuador, Corte Constitucional, «Sentencia 113-14-SEP-CC», *Juicio 0731-10-EP* (blog), 30 de julio de 2014.
- Ecuador, Defensoría del Pueblo, «Informe anual al Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura», Quito: Defensoría del Pueblo, 2016.
- Ecuador, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, *Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social*, Registro Oficial Suplemento 695, 7 de noviembre de 2017.

- Ecuador, Organismo Técnico del Sistema Nacional de Rehabilitación Social, Resolución N.º 0001-2017, Reforma al Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social, 5 de octubre de 2017.
- Encalada Falconí, Karla, *Rusticidad, indígenas en la cárcel y racismo legal. Una etnografía del sistema de justicia estatal y las élites en Riobamba, Ecuador*, Buenos Aires, Editorial Antropofagia, 2016.
- Garland, David, *La cultura del control: Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2005.
- IX Conferencia Internacional Americana, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, 1948.
- Kalinsky, Beatriz, «La metodología de investigación antropológica en ambientes criminógenos. Un estudio de caso», *Gazeta de Antropología*, N.º 20, 2004, p. 9.
- Laurini, Mariana y Anátilde Senatore, «Derechos humanos y ejecución penal. Desafíos para la intervención», en Roberto Bergalli, Iñaki Rivera y Gabriel Bombini (author), *Violencia y sistema penal*, Mar del Plata, Ediciones del Puerto, 2008, p. 448.
- Maldonado, Salvador, «El derecho a las diferencias de las identidades étnicas y el Estado nacional», *Revista Alteridades*, Universidad Autónoma Metropolitana, vol. 4, N.º 7, 1994, pp. 45-57.
- Narvárez Collaguazo, Roberto, «La justicia en un estado plurinacional con garantismo penal: Interculturalidad en ciernes», *FORO: revista de derecho*, N.º 34, 2020, pp. 123-45.
- Narvárez, Roberto, «¿Un ejercicio de aplicación de la justicia intercultural? El caso waorani en la Amazonía ecuatoriana», *Revista Antropologías del Sur*, año 3, N.º 6, 2016, pp. 163-79.
- Noel, María, *Hacinamiento penitenciario en América Latina: causas y estrategias para su reducción*. México, D. F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.
- Núñez, Nadia, *Incumplimiento del principio de rehabilitación social y su incidencia en las personas privadas de libertad. ¿De victimarios a víctimas?* (Tesis de maestría en Derecho Penal), Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2018.
- ONU. Asamblea General, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, 2007.
- ONU. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 1966.
- Presidencia de la República, *Decreto Ejecutivo 560*, 14 de noviembre de 2018.
- Rodas, Fadia y Vivanco Adriana, *Galápagos, prisión de basalto. Terror y lágrimas en la Isla Isabela*, Quito: Ministerio de Cultura del Ecuador, 2012.
- Sierra, María Teresa, «Del derecho consuetudinario a la justiciabilidad de los derechos indígenas: el legado de Rodolfo Stavenhagen a la antropología jurídica», *Desacatos*, N.º 57, 2018, pp. 156-65.
- Stavenhagen, Rodolfo, «Conflictos étnicos y Estado: conclusiones de un análisis comparativo nacional», *Estudios Sociológicos*, El Colegio de México, A. C., vol. XIX, N.º 1, enero-abril, 2001, pp. 3-25.
- Stavenhagen, Rodolfo, «Derechos humanos y ciudadanía multicultural: los pueblos indígenas», en Jean Francois Prud'homme (comp.), *Demócratas, liberales y republicanos*, México, D. F., El Colegio de México, 2000, pp. 79-89.
- Torres, Fausto, *Evolución y perspectivas del régimen jurídico que rige al sistema penitenciario ecuatoriano* (Título de Máster en Seguridad y Desarrollo), Instituto de Altos Estudios Nacionales, 2005.
- Velasco Gómez, Ambrosio, «Multiculturalismo, nación y federalismo», *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. XLVII, N.º 191, 2004, pp. 68-85.
- Walsh, Catherine, «Interculturalidad crítica y pluralismo jurídico: reflexiones en torno a Brasil y Ecuador», en *Interculturalidad y (de) colonialidad. Ensayos desde el Abya Yala*, Quito, Abya Yala, Instituto de Culturas Indígenas ARY, 2012.
- Walsh, Catherine, *Interculturalidad, Estado, sociedad. Luchas (De) coloniales de nuestra época*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Abya Yala, 2009.

Zaffaroni, Eugenio, «La filosofía del sistema penitenciario en el mundo contemporáneo», *THEMIS: Revista de Derecho*, 1997.

Zizek, Slavoj, *En defensa de la intolerancia*, Buenos Aires, Ediciones Sequitur, 2008.

Zizek, Slavoj, «Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional», en *Estudios culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*, Buenos Aires, Paidós, 1997



## Los nuevos tipos agravados de blanqueo de dinero introducidos en España por la Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril\*

Miguel Abel Souto | iD Universidad de Santiago de Compostela (España)

**RESUMEN** La última reforma del Código Penal español, mediante la Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril, agrava la pena del delito de blanqueo de dinero a los sujetos obligados por la normativa de prevención cuando blanqueen en el ejercicio de su actividad profesional y también incrementa el castigo del blanqueo cuando los bienes procedan de la trata de seres humanos, los delitos contra los ciudadanos extranjeros, los relativos a la prostitución y a la explotación sexual, la corrupción de menores y en los negocios. El estudio demuestra que la larga lista de reformas en materia de blanqueo de dinero vulnera la seguridad jurídica y la consideración del derecho penal como última ratio en el marco de una política criminal globalizada.

**PALABRAS CLAVE** Blanqueo de dinero, expansión del castigo, agravantes.

FECHA DE RECEPCIÓN 15/08/2021

FECHA DE APROBACIÓN 20/09/2021

## The new money laundering aggravated offences introduced in Spain by the Organic Law 6/2021, of 28 April

**ABSTRACT** The most recent reform of the Spanish Penal Code, by Organic Law 6/2021, of April 28, aggravates the penalty of the crime of money laundering to the subjects bound by the prevention regulations when they launder in the exercise of their professional activity and Organic Law 6/2021 also increases the punishment of money laundering when the goods come from human trafficking, crimes against foreign citizens, those related to prostitution and sexual exploitation, corruption of minors and in business. The paper finds that the long list of modifications on money laundering undermines the legal certainty and the consideration of criminal law as ultima ratio, within the framework of a globalized crime policy.

**KEY WORDS** Money laundering, expansion of the punishment, aggravations.

La LO 6/2021, de 28 de abril,<sup>1</sup> agrava la pena a los sujetos obligados por la normativa de prevención si blanquean en el ejercicio de su actividad profesional, agravante exigida

1 \* Esta contribución se integra en el proyecto RTI2018-6H-093931-B-I00 (AEI/FEDER, UE), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades), Programa operativo FEDER 2014-2020 «Una manera de hacer Europa».

*Vid.* Ley orgánica 6/2021, de 28 de abril, complementaria de la Ley 6/2021, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE, N.º 102, 29 de abril de 2021, pp. 50883-50886.

por la Directiva 2018/1673, de 23 de octubre,<sup>2</sup> sobre la lucha contra el blanqueo mediante el derecho penal, pero la LO 6/2021 también incrementa el castigo del blanqueo cuando los bienes procedan de la trata de seres humanos, los delitos contra los ciudadanos extranjeros, los relativos a la prostitución y a la explotación sexual, la corrupción de menores y en los negocios, agravaciones que no resultaban obligatorias según la Directiva 2018/1673, la cual también se ocupa de la responsabilidad de las personas jurídicas.<sup>3</sup> Muy poco antes en Europa, en el marco de una sucesión normativa sin precedentes que atenta contra la seguridad jurídica, la Directiva 2018/843, de 30 de mayo,<sup>4</sup> o v Directiva contra el blanqueo, con «amplios considerandos»,<sup>5</sup> que modifica la IV Directiva de 2015, aparte de incorporar novedades en materia de proveedores de servicios tanto de cambio de moneda virtual en moneda fiduciaria como de custodia de monederos electrónicos,<sup>6</sup> insistió en la necesidad de «adoptar medidas destinadas a garantizar una mayor transparencia de las transacciones financieras, de las sociedades y otras entidades jurídicas, así como de los fideicomisos (del tipo «trust») e instrumentos jurídicos de estructura o funciones análogas».<sup>7</sup> Esta Directiva 2018/843 también acaba de trasponerse a derecho interno español mediante el Real decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, que incorpora como nuevos sujetos obligados a los prestadores de servicios de cambio de moneda virtual por la de curso legal y a los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos, crea un nuevo modelo de identificación de la titularidad real con un registro único en el Ministerio de Justicia, adapta el fichero de titularidades financieras y el tratamiento de datos personales a la v Directiva, establece nuevas obligaciones de informar del efectivo no acompañado y declarar en transportado en la entrada o salida de la Unión Europea por los que realicen actividades de transporte profesional de fondos o medios de pago, y modifica la intervención temporal de medios de pago.<sup>8</sup>

Así las cosas, la LO 6/2021, de 28 de abril, da otra vuelta de tuerca a la sanción del blanqueo de dinero dentro del criticable proceso de la expansión de su castigo.<sup>9</sup> A modo de ejemplo de «la regulación cada vez más expansiva»<sup>10</sup> se puede señalar lo ocurrido con los hechos previos: la LO 1/1988, de 24 de marzo, tipificó por primera vez el delito de blanqueo circunscrito exclusivamente al narcotráfico, tras la perturbadora reforma de 23 de diciembre de 1992, con los «problemas interpretativos»<sup>11</sup> de una duplicada regulación, el Código Penal de 23 de noviembre de 1995 amplió las infracciones antecedentes a los delitos graves,<sup>12</sup> poco después la LO 15/2003, de 25 de noviembre, expandió los hechos

2 Vid. Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el derecho penal, Diario Oficial de la Unión Europea, L 284, 12 de noviembre de 2018, pp. 22-30.

3 Vid. Abel Souto, «Algunas discordancias legislativas sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Código Penal español», RGDP, N.º 35, 2021, pp. 1-62.

4 Vid. Abel Souto, «Blanqueo de dinero, responsabilidad criminal de las personas jurídicas y directivas de 2018», en Sanz Hermida (coord.), Tirant lo Blanch, 2021, pp. 1-32. Existe una versión inglesa de este artículo bajo el título «Money laundering, criminal responsibility of legal persons and 2018 directives», *Journal of Applied Business & Economics*, N.º 22, 2020, pp. 205-222.

5 Lorenzo Salgado, «El blanqueo de dinero procedente de los delitos descritos en los artículos 368 a 372 del CP y las nuevas tendencias de financiación del terrorismo advertidas por las Directivas de 2018», en Abel Souto/Lorenzo Salgado/Sánchez Stewart (coords.), VII Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero, Tirant lo Blanch, 2020, p. 459.

6 Vid. Navarro Cardoso, «Criptomonedas (en especial, bitócin) y blanqueo de dinero», RECPC, N.º 21-14, 2019, pp. 1-45.

7 Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE, Diario Oficial de la Unión Europea, L 156, 19 de junio de 2018, considerando 2.

8 Vid. Real decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores, BOE, N.º 101, 28 de abril de 2021, apartado III, pp. 49752-49754, y art. 3, pp. 49788-49803.

9 Vid. Abel Souto, *La expansión penal del blanqueo de dinero*, Centro Mejicano de Estudios en lo Penal Tributario, Méjico, 2016; del mismo autor, «The expansion of the punishment for money laundering», *18<sup>th</sup> World Congress of Criminology*, 15 a 19 de diciembre de 2016, Nueva Delhi, pp. 1-7; del mismo autor, «Admission of guilt in economic crimes, money laundering and criminal responsibility of legal persons», ponencia pronunciada en Ekaterimburgo, el 13 de febrero de 2020, XVII international research to practice conference Kovalyov readings. *Legal reconciliation: compromise or concession? Advances in Social Science, Education and Humanities Research*, N.º 420, 2020, pp. 14-18.

10 Ferré Olivé, *Tratado de los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 357.

11 Lorenzo Salgado, «El proyecto de Código penal de 1992 y los delitos relativos a drogas: una valoración crítica», en *Drogodependencias, I Introducción*, Universidad de Santiago de Compostela, 1994, p. 105, nota 38.

12 Vid. Abel Souto, *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el Ordenamiento penal español*, B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2020, pp. 268-276.

previos a cualquier delito;<sup>13</sup> luego la reforma de 22 de junio de 2010 creó nuevos tipos agravados cuando los bienes procedan de algunos delitos contra la Administración pública, los relativos a la ordenación del territorio o el urbanismo,<sup>14</sup> la LO 1/2015, de 30 de marzo, además de llevar a cabo una «profunda revisión»<sup>15</sup> del decomiso, expandió el campo de los hechos previos del blanqueo a las antiguas faltas,<sup>16</sup> convertidas mayoritariamente en delitos leves, y por último, de momento, la LO 6/2021, de 28 de abril, transforma los anteriores tipos básicos en agravados cuando los bienes tengan su origen en la trata de seres humanos, la prostitución y explotación sexual, la corrupción de menores y en los negocios, los delitos contra los ciudadanos extranjeros y cuando los obligados por la normativa de prevención blanqueen en el ejercicio de su profesión.

Más en concreto, ya la LO 5/2010, en el inciso inicial que contiene el art. 301.1, respecto al requisito relativo al conocimiento de que los bienes tengan su origen «en un delito», cambió estas palabras por la «imprecisa»<sup>17</sup> fórmula «en una actividad delictiva», locución a la cual se atribuyó un afán expansivo y, en principio, mayor amplitud que al anterior sustantivo «delito»,<sup>18</sup> pues parecía permitir la inclusión de las faltas en los hechos previos del blanqueo, lo que supondría «una enorme ampliación del ámbito de este delito»<sup>19</sup> rechazable categóricamente, ya que el control económico y social que implicaría el castigo del blanqueo sería «más que excesivo»,<sup>20</sup> por lo que se había dicho que «no hay que prever que la modificación tenga más trascendencia que la nominalista»<sup>21</sup> y que el cambio carecía de «relevancia».<sup>22</sup> En efecto, aun cuando los nuevos términos «actividad delictiva» constituyesen una perturbadora mención que podía abrir la caja de Pandora de la que saldrían todos los males de la expansión del blanqueo, las faltas, antes de la reforma operada por la LO 1/2015, debían excluirse de los hechos previos sobre la base de una interpretación literal, histórica<sup>23</sup> y sistemática.<sup>24</sup> También se vulneraría en caso contrario la consideración del derecho penal como *ultima ratio*<sup>25</sup> al invertirse paradójicamente las relaciones del derecho penal con el administrativo,<sup>26</sup> discrepancia

13 Cfr. Mata Barranco, *Derecho penal europeo y legislación española*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 127-130.

14 Cfr. Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, 4.<sup>a</sup> ed., Thomson Reuters/Aranzadi, 2015, pp. 363-365.

15 Lorenzo Salgado, «Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito y la extensión al blanqueo en 2015 del comiso ampliado, previsto inicialmente para la criminalidad organizada transnacional», en Abel Souto/Sánchez Stewart (coords.), *VI Congreso Internacional sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 584.

16 Vid. Abel Souto, «La expansión, operada por la Ley Orgánica 1/2015, de los hechos previos del delito de blanqueo a las antiguas faltas», en Abel Souto/Sánchez Stewart (coords.), *V Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 157-187.

17 Díaz y García Conlledo, «El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010. La autoría y la participación en el delito de blanqueo de capitales», en Abel Souto/Sánchez Stewart (coords.), *III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 282 y 288.

18 Cfr. Fernández Teruelo, «El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales», *Diario La Ley*, N.º 7657, 2011, p. 6; del mismo autor, «Blanqueo de capitales», en Ortiz de Urbina Gimeno (coord.), *Memento experto Francis Lefebvre. Reforma penal. Ley Orgánica 5/2010*, Ediciones Francis Lefebvre, 2010, pp. 318, 319 y 324, marginales 2934, 2936 y 2968.

19 Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 18.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, 2010, p. 557.

20 Moreno Alcázar, «Receptación y blanqueo de capitales», en Boix Reig (dir.), *Derecho penal. Parte especial*, vol. II, Iustel, 2012, p. 689.

21 Corcoy Bidasolo, «Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales», en Mir Puig/Corcoy Bidasolo (dirs.), *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, 2012, p. 168.

22 Faraldo Cabana, «Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales», *EPC*, N.º XXXIV, 2014, p. 54.

23 Cfr. Lorenzo Salgado, «El tipo agravado de blanqueo cuando los bienes tengan su origen en el tráfico de drogas», en Abel Souto/Sánchez Stewart (coords.), *III Congreso*, pp. 228 y 229, nota 15.

24 Vid. Abel Souto, «La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio», *LP*, N.º 79, 2011, pp. 12 y 13; del mismo autor, «La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero», en Abel Souto/Sánchez Stewart (coords.), *II Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 72 y 73 y bibliografía allí citada.

25 Vid. Manacorda, «La réglementation du blanchiment de capitaux en droit international: les coordonnées du système», *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, N.º 2, 1999, p. 258.

26 Cfr. Lorenzo Salgado, «Prólogo», en Abel Souto, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales*, Universidad de Santiago de Compostela, 2002, p. 18.

entre la legislación preventiva y represiva<sup>27</sup> que generaría una «disfuncionalidad»,<sup>28</sup> pondría en peligro la seguridad jurídica y quebrantaría el principio de intervención mínima. Por último, debía descartarse la inclusión de las faltas en los hechos previos del delito de blanqueo porque vulnera el principio de proporcionalidad, limita la eficacia de la norma<sup>29</sup> e incrementa los costes sociales<sup>30</sup> de forma intolerable. Sin embargo, la LO 1/2015 convirtió la mayoría de las faltas en delitos leves, de manera que el euro procedente de una anterior falta de estafa, ahora delito leve según el art. 249, constituye objeto material susceptible de blanqueo. Con todo, debe descartarse aquí el castigo del blanqueo en virtud del principio de insignificancia.

Por lo que hace a las agravaciones del castigo del blanqueo, la primera que existió, junto a la desaparecida referente a la habitualidad, desde 1988, fue para las «personas que pertenecieran a una organización» dedicada al blanqueo,<sup>31</sup> que el Código penal de 1995 mantiene, el cual también crea dos tipos agravados, uno para los jefes, administradores y encargados de esas organizaciones y otro para el blanqueo procedente del tráfico de drogas constitutivo de delito grave, que la LO 15/2003 expande al narcotráfico de drogas «blandas» dando «un salto desde la nada al todo».<sup>32</sup>

Respecto a los tipos agravados<sup>33</sup> introducidos por la LO 5/2010, se ubican sistemáticamente de forma incorrecta, en la medida en que se sitúan en el art. 301.1 y alcanzan al 301.2,<sup>34</sup> carecen de fundamento político criminal y adolecen de una pésima redacción, pues el legislador, críticamente, sin ofrecer ninguna pista que vincule las agravaciones a un elemento corruptor, público o urbanístico,<sup>35</sup> usa una dicción «peculiar»<sup>36</sup> que rompe la estructura del tipo.

Sorprendentemente la LO 1/2015 transforma el capítulo X del título XIX en una disposición común a los capítulos anteriores que castiga con la pena inferior en uno o dos grados la provocación, conspiración y proposición, con lo que el art. 445, que antes contemplaba la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, se traslada al art. 286 ter, de manera que el legislador de 2015, amén de dejarnos una muestra más de su desidia y torpeza al duplicar la pena «de prisión de prisión de 3 a 6 años», inconscientemente elimina este delito de los hechos previos del tipo agravado y genera otra —salvo que se interprete que la remisión «carece de sentido»<sup>37</sup> por no referirse a descripciones delictivas— «llamativa e irracional manifestación del carácter expansivo del Derecho penal»<sup>38</sup> al saltar desde la atipicidad a la agravación

27 Sobre la tortuosa relación del derecho penal y el administrativo en sede de blanqueo *vid.* Abel Souto, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, pp. 241 y 242; del mismo autor, «Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo», LP, N.º 20, 2005, pp. 24 y 25; del mismo autor, *El delito de blanqueo en el Código Penal español*, Bosch, 2005, pp. 240-246; del mismo autor, «Conductas típicas de blanqueo en el ordenamiento penal español», en Abel Souto/Sánchez Stewart (coords.), *I Congreso de Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Tirant lo Blanch, 2009, p. 203; Aránguez Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, 2000, p. 191; Fabián Caparrós, *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, 1998, p. 387; Gómez Iniesta, en Arroyo Zapatero y otros (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, Iustel, 2007, p. 667; Palma Herrera, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Edersa, 2000, p. 335.

28 Carpio Delgado, «Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal», *Revista Penal*, N.º 28, 2011, p. 16.

29 *Cfr.* Flick, «Le risposte nazionali al riciclaggio di capitali. La situazione in Italia», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (RIDPP), N.º 4, 1992, p. 1293.

30 *Cfr.* Flick, «La repressione del riciclaggio ed il controllo della intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive», RIDPP, N.º 4, 1990, 1264.

31 *Vid.* Abel Souto, «Blanqueo de dinero, criminalidad organizada y responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Demetrio Crespo (dir.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 539-568.

32 Lorenzo Salgado, en Abel Souto/Lorenzo Salgado/Sánchez Stewart (coords.), VII Congreso, p. 440.

33 *Vid.* Abel Souto, LP, N.º 79, 2011, pp. 27-31; del mismo autor, en Abel Souto/Sánchez Stewart (coords.), II Congreso, pp. 98-105; Ferré Olivé, «El nuevo tipo agravado de blanqueo cuando los bienes tengan su origen en delitos relativos a la corrupción», en Abel Souto/Sánchez Stewart (coords.), III Congreso, pp. 389-391; Núñez Paz, «El tipo agravado de blanqueo de dinero procedente de delitos urbanísticos», en Abel Souto/Sánchez Stewart (coords.), III Congreso, pp. 267-279.

34 *Cfr.* Lorenzo Salgado, en Abel Souto/Sánchez Stewart (coords.), III Congreso, p. 235.

35 *Cfr.* Núñez Paz, en Abel Souto/Sánchez Stewart (coords.), III Congreso, p. 274.

36 Lorenzo Salgado, en Abel Souto/Sánchez Stewart (coords.), III Congreso, p. 226, nota 9.

37 Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 22.ª ed., Tirant lo Blanch, 2019, p. 507.

38 Lorenzo Salgado, en Abel Souto/Lorenzo Salgado/Sánchez Stewart (coords.), VII Congreso, p. 448.

en los actos preparatorios de los delitos contra la Administración pública, mientras que la provocación, conspiración o proposición para el narcotráfico supone la aplicación del tipo básico de blanqueo y los actos preparatorios de los delitos urbanísticos implican la atipicidad: «una regulación que adolece de falta de uniformidad y está plagada de inconsistencias».<sup>39</sup>

La LO 6/2021 dispone que «se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en [...] la sección 4.<sup>a</sup> del capítulo XI, del título XIII»,<sup>40</sup> es decir, los delitos de corrupción en los negocios previstos en los arts. 286 bis, 286 ter y 286 quáter del Código Penal, con lo que se recupera la desaparecida agravante relativa a la corrupción en las transacciones comerciales internacionales como hecho previo, pero se deja pasar la oportunidad de eliminar la referencia al capítulo X del título XIX, que antes la albergaba y desde 2015 constituye una perturbadora remisión, como se acaba de ver, que debe ser derogada. La reforma de 28 de abril de 2021 también incorpora como nuevos tipos agravados el blanqueo de bienes procedentes de «los delitos comprendidos en el título VII bis», esto es, la trata de seres humanos del art. 177 bis, el blanqueo de dinero derivado de los delitos previstos en «el capítulo V del título VIII», o sea, los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y a la corrupción de menores, recogidos en los arts. 187 a 190 del texto punitivo, e igualmente se añade como nuevo tipo agravado el blanqueo de bienes con origen en los delitos comprendidos en «el título XV bis», a saber, los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del art. 318 bis. Ninguna de estas agravaciones resultaba obligatoria para el legislador español, como reconoce el propio preámbulo de la reforma al incluirlas «dentro de las agravantes de carácter potestativo para los Estados miembros»,<sup>41</sup> pues la Directiva 2018/1673 simplemente dispone que los países de la Unión, respecto al blanqueo, «podrán prever» como agravantes que los bienes «proviengan de uno de los delitos a que se refiere el artículo 2, punto 1, letras a) a e) y h)»,<sup>42</sup> en las que se mencionan la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de migrantes (c), la explotación sexual (d) y diferentes tipos de corrupción (h). El preámbulo de la LO 6/2021 presume de coherencia, ya que afirma, con cacofonía incluida, que «la reforma, de forma consistente» considera estas sanciones «más eficaces, proporcionadas y disuasorias en aquellos supuestos en los que el delito previo sea de tal gravedad»; sin embargo, brilla por su ausencia la coherencia político criminal, de la que me ocuparé a continuación, sistemática, pues se persiste en la incorrecta ubicación de tipos agravados en el art. 301.1 que alcanzan al 301.2, y hasta léxica, dado que la referencia a los delitos previos «de tal gravedad» apunta a una entidad especial, muy grande, mayor que la gravedad ordinaria, pero contradictoriamente gran parte de los hechos antecedentes que dan lugar a los tipos agravados ni siquiera pasan de ser delitos menos graves, como los recogidos en los arts. 177 bis, apartado octavo, 187, 188.1, párrafo primero, 188.4, inciso inicial, 189.1, 189.4, 189.5, 189.6, 286 bis, 318 bis apartado primero y 318 bis apartado segundo.

Además, el desacierto político-criminal que pesaba sobre el tipo agravado de blanqueo de dinero procedente del narcotráfico<sup>43</sup> debe predicarse, con mayor razón, de los posteriores tipos cualificados, incorporados por la LO 5/2010, cuando los bienes tengan su origen en algunos delitos contra la Administración pública y los urbanísticos, de intro-

39 Lorenzo Salgado, en Abel Souto/Lorenzo Salgado/Sánchez Stewart (coords.), VII Congreso, p. 450.

40 Art. 301.1 del Código Penal, último párrafo.

41 Párrafo final del preámbulo.

42 Letra b) del art. 6.2.

43 Vid. Abel Souto, *El delito de blanqueo en el Código Penal español*, pp. 279-287 y bibliografía allí citada; del mismo autor, «*Drugs criminal policies in the global era and money laundering*», en *Sixth session of the international forum on crime and criminal law in the global era, Beijing, 2014*, pp. 80-91; del mismo autor, «Política criminal sobre drogas en la era global y blanqueo de dinero», *Revista Cuatrimestral Europea sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, N.º 2/3, 2014, pp. 7-17; Lorenzo Salgado, en Abel Souto/Sánchez Stewart (coords.), III Congreso, pp. 230 y 232; Núñez Paz, en Abel Souto/Sánchez Stewart (coords.), III Congreso, pp. 272 y 273.

ducción muy poco oportuna en plena disminución de la corrupción urbanística debido a la crisis del sector inmobiliario,<sup>44</sup> y de los nuevos tipos agravados que ahora se incorporan por la LO 6/2021, cuando los bienes procedan de los delitos contra los ciudadanos extranjeros, la trata de seres humanos, la prostitución y explotación sexual o la corrupción de menores y en los negocios, ya que no puede presumirse que las sumas blanqueadas procedentes de estas infracciones superen las derivadas de otros delitos. Tampoco se justifican dichos tipos agravados en atención a los bienes jurídicos protegidos,<sup>45</sup> pues nos encontramos ante los mismos valores tutelados mediante el tipo básico,<sup>46</sup> porque la Administración de Justicia tiene interés en sancionar cualquier delito<sup>47</sup> y el orden socioeconómico<sup>48</sup> no resulta más lesionado por el blanqueo de dinero procedente de estos delitos.<sup>49</sup> Lo que realmente determina un mayor contenido de injusto es el valor de lo blanqueado, dato que no se tiene en cuenta<sup>50</sup> al incrementar la prisión, y sobre él debería operarse para agravar la pena,<sup>51</sup> sobre la «magnitud»<sup>52</sup> de la «cantidad efectivamente blanqueada»<sup>53</sup> y no en la irrelevante naturaleza del delito previo,<sup>54</sup> dado que el fundamento de la agravación radicaría en el mayor caudal de bienes ilícitos<sup>55</sup> puestos en circulación. En este sentido, entre las agravantes facultativas que los Estados miembros podían introducir, la Directiva 2018/1673 contempla «que el valor de los bienes objeto de blanqueo sea considerable»;<sup>56</sup> no obstante, el legislador español de 2021 despreció esta coherente agravación, pese a su evidente eficacia, manifiesta proporcionalidad e indudable carácter intimidatorio.

También desde el punto de vista técnico es inaceptable agravar las penas en el blanqueo por el origen de los bienes, habida cuenta de que desposeeríamos de autonomía<sup>57</sup> a este tipo penal para atender al delito base. Igualmente, si el Código Penal de 1995 pretendía una sanción especial del blanqueo vinculado al narcotráfico y una decepcionante aplicación jurisprudencial, a pesar de la ampliación de los hechos previos, sigue centrándose casi exclusivamente en el tráfico de drogas,<sup>58</sup> a lo que se añaden dos tipos cualificados en 2010 y otras cinco nuevas agravaciones en 2021, resulta que el tipo básico casi nunca se aplicaría, lo cual transforma la regla en «excepción».<sup>59</sup> Finalmente, el fundamento de la cualificación no subyace en el mayor reproche,<sup>60</sup> ni en la presión internacional, puesto que ningún instrumento supraestatal obliga a agravar la pena del blanqueo en estos casos.<sup>61</sup>

44 Cfr. Abel Souto, «Anti-corruption strategy in the global era and money laundering», *Fifth Session of the International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era, Beijing*, 2013, p. 3; del mismo autor, «Volumen mundial del blanqueo de dinero, evolución del delito en España y jurisprudencia reciente sobre las últimas modificaciones del Código Penal», *RGDP*, N.º 20, 2013, p. 47.

45 Cfr. Berdugo Gómez de la Torre/Fabián Caparrós, «La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el derecho penal español», *Diario La Ley*, N.º 7535, 2010, p. 13.

46 Cfr. Núñez Paz, en Abel Souto/Sánchez Stewart (coords.), *III Congreso*, p. 276.

47 Vid. Passas, «Financial controls and counter-proliferation of weapons of mass destruction», *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 44, N.º 3, 2012, pp. 747-763.

48 Vid. Ene/Uzlău/Cristea, «The economic impact of financial abuse, financial crime and money laundering», *Hyperion International Journal of Econophysics & New Economy*, vol. 5, N.º 1, 2012, pp. 147-157.

49 Sobre el blanqueo como delito pluriofensivo que vulnera tanto la Administración de Justicia, en su función de averiguación, persecución y castigo de los delitos, como el orden socioeconómico, concretado en el tráfico financiero y económico legal, en el interés de la comunidad en preservar la licitud los bienes que son objeto de la circulación mercantil vid. Abel Souto, *El delito de blanqueo en el Código Penal español*, pp. 21-89.

50 Cfr. Díaz y García Conlledo, en Abel Souto/Sánchez Stewart (coords.), *III Congreso*, p. 286.

51 Cfr. Palma Herrera, *Los delitos del blanqueo de capitales*, pp. 787 y 788.

52 Díaz y García Conlledo, «Blanqueo de bienes», en Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Comares, 2002, p. 209.

53 Lorenzo Salgado, en Abel Souto/Sánchez Stewart (coords.), *III Congreso*, p. 231.

54 Cfr. Aránguez Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 316.

55 Vidales Rodríguez, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, 1997, p. 142.

56 Letra a) del art. 6.2.

57 Cfr. Lorenzo Salgado, en Abel Souto/Sánchez Stewart (coords.), *III Congreso*, p. 232.

58 Vid. Abel Souto, en Abel Souto/Sánchez Stewart (coords.), *I Congreso*, pp. 244 y 245; Moreno Alcázar, en Boix Reig (dir.), *Derecho penal. Parte especial*, p. 687.

59 Lorenzo Salgado, en Abel Souto/Sánchez Stewart (coords.), *III Congreso*, p. 227.

60 Cfr. Palma Herrera, *Los delitos de blanqueo de capitales*, p. 785.

61 Cfr. Lorenzo Salgado, en Abel Souto/Sánchez Stewart (coords.), *III Congreso*, p. 235, nota 33; Núñez Paz, en Abel Souto/

Sin embargo, sí resultaba ineludible para el legislador español introducir el tipo agravado que se incorpora en el segundo párrafo del art. 302.1, y es el que motiva la reforma, pues esta circunstancia agravante se encuentra, junto con la comisión en el marco de una organización delictiva ya contemplada en nuestro ordenamiento, en la Directiva 2018/1673 entre las circunstancias que «con carácter obligatorio»<sup>62</sup> «deben»<sup>63</sup> tipificarse en virtud del art. 6.1, a cuyo tenor «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar» que «se consideren como agravantes» del blanqueo, por lo que la LO 6/2021 establece la imposición de «la pena en su mitad superior»<sup>64</sup> para los sujetos obligados por la normativa de prevención del blanqueo cuando «cometan cualquiera de las conductas descritas en el artículo 301 en el ejercicio de su actividad profesional».

Efectivamente, aun cuando la legislación penal española sea bastante más expansiva que la Directiva 2018/1673 sobre lucha contra el blanqueo mediante el derecho penal y no precisase muchos cambios para cumplir con las exigencias comunitarias,<sup>65</sup> sí era necesaria una reforma del Código Penal «a más tardar el 3 de diciembre de 2020»,<sup>66</sup> plazo incumplido por el legislador pese a haber sido advertido con tiempo por Lorenzo Salgado: el art. 303 «tendrá que ser modificado»<sup>67</sup> debido al mandato, establecido en la letra b) del art. 6.1 de la Directiva 2018/1673, de considerar circunstancia agravante «que el autor sea una entidad obligada en el sentido del art. 2 de la Directiva (UE) 2015/849, y haya cometido el delito en el ejercicio de su actividad profesional», art. 2 que no solo incluye a las entidades financieras y de crédito, sino también a un extenso catálogo de personas físicas y jurídicas, cuando actúen profesionalmente, que amplió la Directiva 2018/843<sup>68</sup> y que acaba de ser trasladado a derecho interno español por el Real decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, el cual modifica, en el apartado 1 del art. 2 de la Ley 10/2010 sobre prevención del blanqueo, las letras b), h), k), l), m) y r) y añade la z), con lo que el legislador agota todas las letras del abecedario en el amplísimo catálogo, amén de reformar el apartado 4 del art. 2, artículo en el que se recogen los sujetos obligados por la normativa de prevención a los que se puede aplicar esta nueva agravante.

Concretamente la Ley 10/2010 desde su primera redacción considera sujetos obligados a las entidades de crédito (a);<sup>69</sup> las entidades aseguradoras autorizadas para operar en el ramo de vida, a las que el Real decreto-ley 7/2021 añade los seguros relacionados con inversiones, y los corredores de seguros en los de vida e inversiones (b); las empresas de servicios de inversión (c); las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y las sociedades de inversión cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora (d); las entidades gestoras de fondos de pensiones (e); las sociedades gestoras de entidades de capital-riesgo cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora (f); las sociedades de garantía recíproca (g); las entidades de pago, a las que se agregaron en 2011 las entidades de dinero electrónico<sup>70</sup> y en 2021 las personas físicas y jurídicas de los arts. 14 y 15 del Real decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre,

Sánchez Stewart (coords.), III *Congreso*, p. 277.

62 Vidales Rodríguez, «*Condotte integranti il delitto di riciclaggio. Osservazioni sulla Direttiva (UE) 2018/1673 del Parlamento europeo e del Consiglio, 23 ottobre 2018, relativa alla lotta al riciclaggio di capitali attraverso il diritto penale*», en [www.criminaljusticenetwork.eu/it](http://www.criminaljusticenetwork.eu/it) (mayo de 2021), III.2, e).

63 Carpio Delgado, «Hacia la pancriminalización del blanqueo de capitales en la Unión Europea. Un análisis crítico de la Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal», RP, N.º 44, 2019, p. 37.

64 Según la interpretación literal y sistemática la agravación no solo alcanza a la prisión, sino también a la multa proporcional, a diferencia de lo dispuesto en el primer párrafo del art. 302.1 para los tipos agravados por pertenencia, jefatura, administración o encargo de organizaciones dedicadas al blanqueo.

65 Vid. Matallín Evangelio, «¿Qué ha cambiado en el concepto de blanqueo con la Directiva 2018/1673, de 23 de octubre, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal?», en León Alapont (dir.), *Temas clave de derecho penal. Presente y futuro de la política criminal en España*, Bosch Editor, 2021, pp. 447-494.

66 Art. 13.1, párrafo primero.

67 Lorenzo Salgado, en Abel Souto/Lorenzo Salgado/Sánchez Stewart (coords.), VII *Congreso*, p. 465.

68 Vid. art. 1.1.

69 Vid. Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, BOE, N.º 103, 29 de abril de 2010, pp. 37458-37499.

70 Vid. Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico, BOE, N.º 179, disposición final octava.

de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera (h); los que cambien moneda profesionalmente (i); los servicios postales respecto a los giros o transferencias (j); «las personas dedicadas profesionalmente a la intermediación en la concesión de préstamos o créditos» y las que, sin autorización como establecimientos financieros de crédito, desarrollen profesionalmente actividades recogidas en la DA primera de la Ley 3/1994, de 14 de abril, remisión que el Real decreto-ley 7/2021 cambia por las previstas en el art. 6.1 de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, y la concesión de préstamos según la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, aunque en una evidente muestra de desidia legislativa el Real decreto-ley 7/2021 repite al final del párrafo los mismos sujetos obligados que aparecen al principio, aquí entrecomillados (k); los promotores inmobiliarios y quienes ejerzan profesionalmente actividades de agencia, comisión o intermediación en la compraventa de bienes inmuebles, a los que el Real decreto-ley 7/2021 adiciona los arrendamientos de inmuebles anuales de al menos 120.000 euros y los mensuales iguales o superiores a 10.000 euros (l); los auditores de cuentas, contables externos y asesores fiscales, que el Real decreto-ley 7/2021 amplía a «cualquier otra persona que se comprometa a prestar de manera directa o a través de otras personas relacionadas, ayuda material, asistencia o asesoramiento en cuestiones fiscales como actividad empresarial o profesional principal» (m), sorprendente redacción que convierte un mero compromiso en una profesión; los notarios y registradores (n); los abogados, procuradores y profesionales independientes, pero únicamente cuando participen por cuenta de clientes en la compraventa de inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, valores u otros activos, la apertura o gestión de cuentas, la creación, funcionamiento o gestión de empresas, fideicomisos, sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en operaciones financieras o inmobiliarias (ñ); los que profesionalmente presten «a» (o «por cuenta de» según el Real decreto-ley 11/2018)<sup>71</sup> terceros servicios de constitución de sociedades o personas jurídicas, dirección o secretaría de una sociedad, que el Real decreto-ley 11/2018 cambia por funciones de secretarios no consejeros de consejo de administración o de asesoría externa, facilitar domicilio social o dirección, funciones de socio, fideicomisario, que en 2018 se sustituye por fiduciario, o accionista por cuenta de otra persona, salvo las sociedades que coticen en un mercado regulado, que el Real decreto-ley 11/2018 circunscribe a la Unión Europea, y que estén sujetas a requisitos de información conformes con el derecho comunitario, que en 2018 se cambia por el de la Unión y las normas que garanticen la adecuada transparencia de la información sobre la propiedad, o disponer que otra persona ejerza dichas funciones (o); los casinos (p); los comerciantes profesionales de joyas, piedras o metales preciosos (q); las personas que comercien profesionalmente con objetos de arte o antigüedades, a los que el Real decreto-ley 7/2021 añade los intermediarios y los que almacenen, comercien con ellos o intermedien en puertos francos (r); los que ejerzan profesionalmente las actividades del art. 1 de la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio (s); los depositantes, custodios o transportistas profesionales de fondos o medios de pago (t); las personas responsables de la gestión, explotación y comercialización de loterías u otros juegos de azar, a las que el Real decreto-ley 11/2018 adiciona la matización de presenciales o por medios electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos, aunque solo respecto de las operaciones de pago de premios en las loterías, apuestas mutuas deportivo-benéficas, concursos, bingos y máquinas recreativas tipo «B», limitación que antes se aplicaba a todos los casos (u); los que realicen movimientos de medios de pago

71 *Vid. Real decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, BOE, N.º 214, art. 2.2.

(v); los que comercien profesionalmente con bienes (w); las fundaciones y asociaciones (x); los gestores tanto de sistemas de pago, compensación y liquidación de valores o productos financieros derivados como de tarjetas de crédito o débito emitidas por otras entidades (y); y los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual por moneda fiduciaria y de custodia de monederos electrónicos, sujetos obligados introducidos por el Real decreto-ley 7/2021.

El preámbulo de la LO 6/2021, de 28 de abril, se vanagloria de llevar a cabo «una mejora técnica»<sup>72</sup> con la introducción de este tipo agravado para los obligados por la normativa de prevención cuando blanqueen en el ejercicio de su actividad profesional, mas la técnica legislativa, de nuevo, brilla por su ausencia, pues al tratarse de una agravación profesional debería haberse ubicado en el art. 303 del Código Penal, como con acierto se había propuesto doctrinalmente, y no entre los tipos agravados para las organizaciones del art. 302.1. Además, el asistemático legislador de 2021 desaprovecha la reforma al no eliminar del art. 303 las aberrantes menciones a los facultativos, trabajadores sociales, docentes o educadores,<sup>73</sup> carentes de sentido en el blanqueo y que proceden de los delitos relativos al narcotráfico, «lo cual explica, pero no justifica, la sorprendente referencia».<sup>74</sup>

72 LO 6/2021, penúltimo párrafo del preámbulo.

73 Cfr. Lorenzo Salgado, en Abel Souto/Lorenzo Salgado/Sánchez Stewart (coords.), VII *Congreso*, p. 465, nota 73.

74 Lorenzo Salgado, en Abel Souto/Lorenzo Salgado/Sánchez Stewart (coords.), VII *Congreso*, p. 447.





## Relaciones entre lavado de activos y delitos relativos al urbanismo. Orígenes de la perspectiva española

Miguel Ángel Núñez Paz | iD Universidad de Huelva (España)

**RESUMEN** Resulta un hecho irrefutable que la relación entre urbanismo y lavado (blanqueo) de capitales se ha convertido, desde hace ya algún tiempo, en una constante delincencial. La preocupación al respecto del resto de delitos que generan el lavado no representa una cifra significativamente alta, si se compara con las que refieren delitos de blanqueo con origen en la corrupción, el fraude y el narcotráfico.

**PALABRAS CLAVE** Lavado (blanqueo) de dinero, urbanismo, ordenación del territorio, corrupción, derecho penal español.

FECHA DE RECEPCIÓN 20/06/20201      FECHA DE APROBACIÓN 30/09/2021

## The relationship between money laundering and urban crimes. Origins of the Spanish perspectives.

**ABSTRACT** It is undeniable that the relationship between urbanism and money laundering has become in a criminal constant. The other crimes that generate this laundering does not represent a significantly high figure compared with referring laundering offenses arising from the corruption, fraud and drug trafficking.

**KEY WORDS** Money laundering, planning, corruption, spanish criminal law.

Según profundos estudios efectuados años atrás, analizando los barómetros de opinión realizados por el CIS durante cinco años, sobre cuáles eran los tres principales problemas que subsistían en España acerca de la preocupación de los ciudadanos, entre las posibles respuestas no se mencionaba de forma expresa el blanqueo de capitales, por lo que no parecía posible obtener una valoración exacta de la preocupación por este delito; sin embargo, la mayoría de las opiniones expresadas y las noticias encontradas en la prensa, en los cinco años analizados, a las que hemos tenido acceso y que son citadas en el estudio, se venían refiriendo a asuntos de corrupción política y urbanística, y

de forma directa o indirecta reenviaban a delitos de blanqueo de capitales que estaban siendo juzgados o perseguidos por la Policía Nacional y la Guardia Civil.

Coincidió plenamente en reconocer que resulta un hecho incontestable y valorado por la criminología actual que la relación entre urbanismo y blanqueo de capitales se ha convertido desde hace ya algún tiempo en una constante repetida desde el punto de vista delincencial y desde la frustración y desencanto de ciudadano observador y sufriente.

Aparte de esta valoración inicial, es cierto que evidentemente, como ya hemos tenido ocasión de profundizar en éste y en otros estudios anteriores, el blanqueo de capitales puede tener su origen en muchos delitos (tráfico de personas, de armas, redes organizadas de compraventa de vehículos, etc.). Sin embargo, la preocupación al respecto no representa una cifra significativamente alta, si se compara con las que refieren delitos de blanqueo con origen en la corrupción, el fraude y el narcotráfico. Pues bien, el término «corrupción» englobaría en una perspectiva general la más particular referida a los delitos contra la ordenación del territorio que nos ocupan.

En realidad, la «corrupción urbanística» es un término genérico que suele usarse para abarcar una multitud de infracciones administrativas y/o delitos (contra la ordenación del territorio, prevaricación, cohecho, falsedad documental, malversación de caudales públicos, tráfico de influencias, negociaciones prohibidas a autoridades y funcionarios públicos y delito fiscal, entre otros).

Demostrando que se trata de un asunto de notable importancia en la opinión pública y la inquietud social, García Magna y Cerezo Domínguez ponen de manifiesto cómo, desde marzo de 2007, el Gobierno, advirtiendo esta idea, viene decidiendo que operen nuevas unidades de la Guardia Civil para la lucha contra la delincuencia urbanística, con alrededor de doscientos efectivos, cuyas tareas se dividen en tres bloques: urbanismo y medioambiente, corrupción en general y delincuencia financiera.

Ya a partir de 2005 se observa una enorme atención de los medios de comunicación hacia las operaciones destapadas por las autoridades, aunque la mayoría de las noticias se centran en unos pocos asuntos con tintes sensacionalistas. En cualquier caso, hay una reiteración en las noticias en las que el delito que se encuentra en el origen del blanqueo está relacionado con la corrupción política (concretamente, urbanística) y el fraude fiscal. Salvo excepciones, a estos casos y a las estrategias evasivas (interesantes desde el punto de vista criminológico) utilizadas por los implicados, se les dedica la mayor parte de la atención, sobre todo cuando las personas implicadas son populares o cuentan con un importante atractivo social (operaciones Ballena Blanca, Malaya, Hidalgo, Ciempozuelos,... Andratx...).

Un caso que permite mostrar cuán cerca se encuentra la realidad de este tipo de estrategias, se encuentra en la trama de corrupción urbanística ocurrida en la ciudad de Marbella, denominada por la prensa como «Caso Malaya», en la cual uno de los presuntamente implicados «(...) aseguró que en los últimos diez o quince años le ha tocado 'varias veces' la lotería» (Roca declara al juez que le tocó la lotería en varias ocasiones, en *El País* de 20 de marzo de 2007). O uno de los más recientes casos: el Caso Majestic —en Casares, Málaga / junio 2012— en el que parece que la entidad Majestic Construction and Development SL, en el que aparecía implicado el alcalde de IU y que algunos han definido como una lavadora de dinero sucio de la mafia rusa, dejaron el complejo a medio urbanizar en cuanto detectaron las primeras dificultades para vender los apartamentos y las villas individuales, cuando en el momento cumbre del boom inmobiliario, los precios oscilaban entre los 600.000 y los 1,2 millones de euros.

En fin, tras este breve apunte criminológico, lo cierto es que los delitos contra la ordenación del territorio castigan a quien construye en suelo rústico independientemente de lo que se haya ahorrado por no haber construido en un suelo urbano más caro. Pero si estos delitos generan ganancias, es decir, un incremento del patrimonio de los responsables, entonces —como señala Blanco Cordero— tales ganancias constituirán bien idóneo para ser blanqueado. Y, es absolutamente cierta la conclusión del autor cuando señala que eso ocurre con cualquier delito que genere ganancias, desde el tráfico de

drogas hasta un asesinato por precio, lo que sucede es que nuestro legislador ha creído óptimo ofrecer un distinto tratamiento específico —en su relación con el blanqueo— a los que afectan a la ordenación del territorio, al urbanismo, y es en ese tratamiento en el que nos vamos a tratar de adentrar ahora.

Hasta la Reforma sobrevenida por la LO 5 del 2010 existían una serie de tipos agravados, en primera instancia, por la procedencia de los bienes, cuando derivaban de un delito de narcotráfico y, en segundo lugar, cuando provenían de delitos cometidos por organizaciones criminales que se dedicaban específicamente al blanqueo de capitales.

Se incrementan con la Reforma dichos tipos agravados, y esa ampliación nos presenta la novedad específica a valorar: cuando el dinero objeto de blanqueo procede de —entre otros— delitos contra la ordenación del territorio o, lo que es lo mismo, de urbanismo.

Sucede que el legislador establece una estrategia tendente a dificultar las vías de lavado de dinero en determinados ámbitos que se han revelado especialmente propicios a la ocultación de operaciones económicas ilícitas y especialmente dañinas para las instituciones y la confianza de los ciudadanos en ellas. Para todo ello introduce en la Reforma este nuevo subtipo agravado (párrafo 3 del apartado 1 del art. 301 CP), donde se equipara penológicamente el blanqueo con origen en delito contra la salud pública de los arts. 368 a 372 con aquel que, a partir de 23 de diciembre de 2010, se produjera a raíz de determinados delitos contra la Administración Pública (cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función), además de los que nos ocupan: delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.

Amén de una fundamentación normativa compleja y equívoca a la que aludiré más tarde, lo cierto es que la relación estrecha entre irregularidades urbanísticas y blanqueo de capitales resulta incuestionable: el urbanismo ha venido constituyendo un sector privilegiado para introducir en la economía legal fondos procedentes de actividades delictivas o ilegales. De ahí la necesidad de mostrar al ciudadano (preocupado como hemos visto) que se van a abordar estos comportamientos, cuya efectiva persecución repercutiría desde luego en el volumen de corrupción urbanística.

Sin embargo, resulta una de las cuestiones más discutibles, y no existe poca oscuridad, en la moderna regulación del blanqueo de capitales en nuestro Código que el legislador haya añadido un párrafo tercero al art. 301.1, agravando el castigo de quienes legalizan bienes derivados de delitos contra la Administración Pública o la ordenación del territorio, del mismo modo que ya se hizo con motivo de la redacción original del Código Penal en 1995 respecto del tráfico de drogas. Resultando (como señalan Berdugo/Fabián Caparrós) una medida «incoherente y comparativamente injusta». Los autores valoran estos calificativos indicando que se trata sin duda de una fórmula *confusa* pues no tiene sentido que la Ley Orgánica 5/2010 fortalezca la autonomía del delito de blanqueo de capitales con algunas medidas y, a un tiempo, vuelva la mirada atrás escudriñando referencias para el castigo en la infracción determinante; e *injusta*, porque el legislador vuelve a acudir a motivaciones de alarma social, olvidando que existe un importante catálogo de delitos que protegen bienes jurídicos de extraordinaria importancia y que, sin embargo, no disfrutaban de protección adicional.

#### PARA QUE SE COMPRENDAN MEJOR LAS NOVEDADES DE LA REFORMA QUE NOS AFECTAN, PROCEDERÉ A RESUMIRLAS BREVEMENTE

En primer lugar, es sinceramente criticable que la modificación relativa a la ampliación de los supuestos agravados sea «de última hora», ya que no se encontraba en el texto que llegó a las Cortes, surgiendo más tarde en el texto que la Comisión de Justicia elevó al

presidente del Congreso (BOCG de 28 de abril de 2010).<sup>1</sup>

- Bien, la agravación, que supone aplicar la pena del tipo básico en su mitad superior, procede en razón de cuál sea el delito precedente que genera los bienes luego blanqueados.
- Se mantiene la agravación para los delitos de tráfico de drogas y de precursores de los arts. 368 a 372, así como la aplicación en este caso de las penas contempladas en el art. 374 (que proyecta su ámbito de aplicación expresamente a los delitos del art. 301.1).
- La novedad inicial se halla en que se prevé la aplicación de la pena en su mitad superior para otros delitos subyacentes, a saber: cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios y abusos en el ejercicio de su función, corrupción en transacciones comerciales internacionales (capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del título XIX, con importantes modificaciones respecto de la regulación anterior) o en alguno de los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo (capítulo I del título XVI, también modificado).
- Fácilmente se comprende que el ámbito de aplicación del tipo básico se reduce considerablemente a favor de la agravación, dado que, con excepción del tráfico de drogas y de precursores ya agravados en la redacción anterior, son precisamente las conductas ahora añadidas al subtipo agravado las que de ordinario generarán bienes ilícitos que blanquear. Con todo no puede olvidarse que ahora el tipo básico crece considerablemente al castigarse el *autoblanqueo* y la *posesión o utilización* (o sea, lo que en puridad no debería ser blanqueo).
- Así pues, la selección de nuevos delitos subyacentes que generan la agravación parecen querer indicar un mayor rigor en el castigo del blanqueo de bienes provenientes de actividades de corrupción en la vida pública. Sin embargo, estos supuestos ahora agravados ya eran delictivos en la redacción anterior conforme al tipo básico, por lo que debería llamarnos poderosamente la atención que la grandísima mayoría de condenas por blanqueo de capitales haya sido hasta ahora por conductas relacionadas con el tráfico de drogas.
- En materia de blanqueo de capitales ha de tenerse en cuenta otra normativa, además de la contemplada en los arts. 301 a 304 CP:
- Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (BOE de 29 de abril de 2010, en vigor desde el 30 de abril)
- Art. 576 bis CP, añadido también en la gran reforma más reciente.

Parece pues, como señala el fiscal de la Fiscalía anticorrupción, Alonso Carbajo, que la tendencia legislativa estuviera indudablemente decidida a reforzar el despliegue de toda una *batería normativa* que al menos procure frenar —veremos que de forma más que discutible— una actividad criminal tan socialmente perjudicial.

Pero este complejo entramado normativo que ya acabamos de comenzar a atisbar y que, abarcando a otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico, es objeto de permanente referencia e integración a efectos hermenéuticos por nuestro Tribunal Supremo, se observa perfectamente si utilizamos una referencia jurisprudencial cual es, a título de ejemplo y entre otras, la STS 151/2011, de 10 de marzo (LA LEY 9137/2011), que, aludiendo al concepto de «organización criminal» y a los antecedentes del delito de blanqueo, manifiesta que el texto

1 La redacción inicial del Proyecto no contenía esta agravación, que fue introducida como enmienda N.º 32 del Congreso, presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya-Verds (Proyecto de Ley 121/ 000052, *Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, BOCG de 18 de marzo de 2010, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A, N.º 52-9, p. 19). Como sus defensores argumentaron, «es evidente [que] la gravedad es mayor cuando se trata de corrupción pública, por la desconfianza que genera entre los ciudadanos el Estado y sus gestores y por la propia naturaleza pública de la propiedad o bienes sustraídos».

penal anterior al CP 1995 fue «completado» por la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas administrativas de prevención, modificada a su vez por Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales. Casi veinte años después sucede algo similar con la referida última reforma penal en la materia (LO 5/2010, de 23 de junio) que tiene su precedente remoto en la llamada Tercera Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, incluida la financiación del terrorismo, la cual preveía su entrada en vigor a través de la trasposición a los ordenamientos de los países comunitarios antes de 15 de diciembre de 2007, y su precedente próximo en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, en cuyo Preámbulo se reconoce que parte de tal Directiva «de mínimos», habiéndose optado por establecer disposiciones más rigurosas y prolijas, a pesar de que pudiera ser tachada de «excesivamente reglamentista».

El caso es que en este nuevo y complejo contexto normativo lo que sorprende — como señalan Berdugo/Fabián — es, y cito textualmente, que se mantenga la agravación prevista en el párrafo segundo del art. 301.1, según el cual debe imponerse la pena en su mitad superior «cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código». Coincido plenamente en la valoración que supone plantearse si «a la luz de los principios de lesividad y proporcionalidad, ¿acaso el blanqueo de bienes derivados del narcotráfico implica mayor desvalor que el que se practica sobre otros? Incluso apreciando la situación desde la perspectiva de quienes relativizan la autonomía del delito respecto del injusto de la previa infracción, ¿merece especial atención el lavado de los bienes del narcotráfico que el de las ganancias de otros mercados ilegales organizados, como el comercio de personas, armas u órganos humanos?».

Volviendo a lo que nos debe ocupar, a partir de estos argumentos, aún resulta más curioso —y sigo parafraseando a Berdugo/Fabián— que la Ley Orgánica 5/2010 haya agregado un párrafo tercero a este art. 301 en el que, con idéntica técnica y consecuencias que el que acabamos de comentar, agrave la pena «cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del título XIX [“Delitos contra la Administración Pública”] o en alguno de los delitos del capítulo I [“De los delitos sobre la ordenación del territorio”] del título XVI». Resulta evidente que la reforma, «fruto de una enmienda transaccional debatida en el Congreso, encontró acogida en atención a los escándalos de corrupción bien conocidos a través de los *mass media*. Sin embargo, la indiscutible gravedad de los vínculos entre blanqueo y corrupción no puede justificar este agravamiento específico del castigo» como indican los citados autores.

En el marco internacional, Blanco C., Fabián C. y Zaragoza A., valoran históricamente cómo desde la limitada *Convención de Viena* de 1988 hasta nuestros días, las iniciativas internacionales han tendido progresivamente a la ampliación del cuadro de delitos previos. En el marco de Naciones Unidas, la *Convención contra la delincuencia organizada transnacional*, de 15 de noviembre de 2000 (*Convención de Palermo*) exige a las Partes en su art. 6.º que tipifiquen los actos de blanqueo respecto de «la gama más amplia posible de delitos determinantes» y en idénticos términos se pronuncia el art. 23 de la *Convención contra la corrupción*, de 31 de octubre de 2003 (en lo sucesivo, *Convención de Mérida*). Por su parte, bajo la cobertura institucional del Consejo de Europa, el *Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo*, de 16 de mayo de 2005 (*Convenio de Varsovia*) —que bien puede considerarse una puesta al día del *Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito*, de 8 de noviembre de 1990 (Convenio de Estrasburgo)— requiere a las Partes que tipifiquen el blanqueo, al menos, respecto de una relación de veinte grupos de delitos contenidos en su ane-

xo, ofreciendo en su artículo 9.º la posibilidad de evitar la completa generalización de infracciones determinantes en atención a criterios de insignificancia de la pena. Los instrumentos indicados no agotan los compromisos contraídos al respecto por España, que también proceden del ámbito comunitario.

*En definitiva, sin una justificación que pretendió responder a una preocupación internacional*, se añade un párrafo tercero al art. 301.1, destinado a agravar la pena hasta la mitad superior «cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del título XIX [esto es, en los delitos de cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función y delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales] o en alguno de los delitos del capítulo I del título XVI [dedicado a los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo]». Resultando innegable que el legislador, aún crípticamente (como crítica de forma inapelable Abel Souto), y sin ofrecer ninguna pista que vincule las agravaciones a un elemento corruptor, público o urbanístico, ha optado por responder con mayor dureza al blanqueo de bienes provenientes de la corrupción en el ámbito público, en respuesta a sucesos que han sido objeto de gran atención mediática (caso Isabel Pantoja y Julián Muñoz). Está por ver, como afirma la querida colega coruñesa Faraldo, si estos delitos, en su modalidad ahora agravada, ganan terreno en los tribunales, que no tanto en la prensa, al gran protagonista de los delitos de blanqueo de capitales, esto es, al blanqueo que se deriva del tráfico de drogas.

La amplitud del listado de delitos que permiten acudir al tipo agravado hace que el ámbito de aplicación del tipo básico se reduzca considerablemente a favor del agravado; dado que, con excepción del tráfico de drogas y de precursores, que ya integraban el tipo agravado (en la redacción anterior a la entrada en vigor de la reforma de 2010), son «precisamente los delitos ahora añadidos al tipo agravado los que de ordinario generan bienes ilícitos que blanquear» (Manjón-Cabeza Olmeda).

Y no me resisto a señalar, por su relación con el motivo de mi discurso, que la incorporación de la posesión y utilización como conductas específicas de blanqueo, puede suponer criminalizar no solo conductas de la actividad comercial sino también conductas socialmente adecuadas o acciones de la vida cotidiana que nada tienen que ver con el delito de blanqueo. Así, *a priori*, partiendo de una interpretación amplia tendría que asumirse, tal como se propugna para la adquisición, conversión y transferencia, que la mera posesión o utilización de los bienes de procedencia delictiva puede ser constitutiva de un delito de blanqueo doloso o por imprudencia grave. Porque tal como establece el Consejo General del Poder Judicial en su informe al anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal, la pretensión de sancionar a quien simplemente posee o utiliza los bienes conociendo su origen delictivo, no está incriminando conductas que resulten propiamente de blanqueo, «ya que las conductas de poseer o utilizar no suponen necesariamente un acto de disimulo del origen de los bienes, porque no comportan, ni siquiera, un cambio de titularidad real o aparente, como podría suceder en la modalidad de adquisición». De esta opinión se muestra por ejemplo *Quintero Olivares*, cuando señala que si «se atiende *literalmente* a esa afirmación habrá que concluir que podría constituir delito de blanqueo no solamente el uso, por ejemplo, del automóvil robado, sino también el de cualquier bien mueble o inmueble cuyo origen esté teñido de delictuosidad como, por ejemplo, la vivienda construida cometiendo un delito urbanístico perfectamente conocido por su propietario o poseedor». Sin embargo, a pesar de lo anterior, y que de la punición del autoblanqueo combinado con la tipificación de la posesión y uso de los bienes produce extrañas consecuencias, cabe recordar que dicho autor es partidario de una interpretación amplia del tipo que precisamente pueden «alcanzar niveles ridículos», y que él mismo denuncia.

En cuanto a la aplicación práctica de la agravación, ésta supondría la fijación de

un marco de pena privativa de libertad de seis meses a seis años de prisión en su mitad superior, esto es, de tres años y tres meses a seis años, además de una multa del duplo al triplo del valor de los bienes y la posibilidad de imponer una inhabilitación especial y consecuencias accesorias. Para poder aplicarlas es necesario que el autor del blanqueo conozca el origen ilícito de los bienes y que éstos proceden de la comisión de uno de los delitos enumerados en la cláusula agravatoria del art. 301.1.

De tal forma que parece que lo que realmente determina el mayor contenido de injusto es el valor de lo blanqueado, y sobre él debería operarse para agravar la pena. Así, el tipo cualificado habría de centrarse en las características del objeto material, en la importancia de la cantidad blanqueada y nunca en la naturaleza del delito previo, dado que el fundamento de la agravación radicaría en el mayor volumen de bienes ilícitos puestos en circulación.

De otro lado, en lo que atañe expresamente al tipo agravado de blanqueo de bienes procedentes de delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, íntimamente conectado con la otra nueva cualificación, el *Grupo de Estudios de Política Criminal* afirmó la indudable relación entre irregularidades urbanísticas y blanqueo, ya que el campo de la construcción y las licencias administrativas constituye «un sector privilegiado para introducir en la economía legal fondos procedentes de actividades delictivas o ilegales» (*Abel Souto / La Ley 2011*).

Pese a que, —como traté de probar con estudios específicos al comienzo de mi intervención— existe un gran consenso en torno a que dentro del mercado inmobiliario es «donde más dinero se ha blanqueado en España en los últimos años» y aunque exista un elevadísimo número de agentes en el sector, el SEPBLAC (a cuya creación aludí al principio) durante el año 2007 solo realizó dos inspecciones, recibió 42 notificaciones y no sancionó a nadie.

Es decir, coincido plenamente con Abel Souto y con Fabián Caparrós en que no parece legítimo un incremento del castigo penal en este ámbito, conforme a su carácter de *ultima ratio*, cuando no se ha llevado a cabo un mínimo esfuerzo por implementar la normativa administrativa de prevención.

En todo caso, es que además para los nuevos tipos cualificados cuando los bienes tengan su origen en algunos delitos contra la administración pública y los urbanísticos existe una dramática presunción de que las sumas blanqueadas procedentes de estas infracciones sobrepasan de las derivadas de otros delitos (narcotráfico). Tal presunción resulta político-criminalmente aberrante.

Y si tratamos de buscar justificación al tipo agravado en atención a los bienes jurídicos protegidos, no observamos valores tutelados diferentes a los que se defienden mediante el tipo básico, ya que convendrán conmigo y con los citados autores, en que el orden socioeconómico no resulta más lesionado por el blanqueo de dinero procedente de delitos urbanísticos.

En definitiva, la nueva regulación como se deduce de todo lo desarrollado, resulta técnica y político-criminalmente desdichada.

Desde el punto de vista técnico, es insostenible la agravación de las penas en base al blanqueo por el origen de los bienes, habida cuenta de que desposeeríamos de autonomía a este tipo penal para atender al delito base. La incriminación del blanqueo quedaría privada de contenido material independiente y solo pasaría a ser un refuerzo del bien jurídico ya protegido mediante el delito del que derivan los capitales. Igualmente, la regulación actual resulta incompatible con la idea del Código Penal de 1995 como ya he dicho en alguna ocasión por escrito, si éste pretendía sancionar «especialmente» el blanqueo de dinero «procedente del narcotráfico», a éste se añaden dos nuevos tipos cualificados, que hacen que el ámbito de aplicación del tipo básico se reduzca considerablemente a favor de la agravación dejando un tipo básico de referencia apenas empleado.

Además, la aplicación jurisprudencial sigue decepcionando pues a pesar de la ampliación de los hechos previos, sigue centrándose casi exclusivamente en el tráfico de drogas.

Finalmente, el fallo sustancial radica en el fundamento de la cualificación, que no subyace en el mayor reproche (no es más culpable el que convierte bienes vinculados al urbanismo que los que blanquean capitales derivados de otros delitos), ni en la presión internacional, puesto que en el complejo entramado que cité antes, ningún instrumento supraestatal obliga a agravar la pena del blanqueo en estos casos.

También debo señalar, como consideración final más general sobre el asalto legislativo a la corrupción urbanística, que entiendo ineludible que nuestro Código tomase una postura sobre cómo afrontar la responsabilidad de las personas jurídicas, cosa que parece haber intentado, aunque de forma algo confusa. *Esto sí me resulta realmente interesante en la Reforma; algo que toca al sistema penal en un sentido modernizador, especialmente dirigido a la delincuencia económica. Lo demás es más de lo mismo [...] con mayor o menor complejidad o precisión técnica: parches, retoquecillos y subida de penas y respuesta a demandas que ellos llaman sociales y que otros llamamos mediáticas.*

## REFERENCIAS

- Abel Souto, M., *El delito de blanqueo en el Código Penal español*, Barcelona, 2005.
- Abel Souto, M., «La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio», *La Ley Penal*, N.º 79, Sección Estudios, febrero 2011, *La Ley* 896/2011.
- Alonso Carbajo, J. M., «Evolución normativa del delito de blanqueo de capitales a tenor de su tratamiento en los ámbitos internacional, comunitario y nacional», en *Diario La Ley*, N.º 7736, Sección Tribuna, 15 nov. 2011, año XXII, Ref. D-430, *La Ley* 19198/2011.
- Aranguez Sánchez, C., *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 2000.
- Bajo Fernández, M., Bacigalupo, S., *Derecho penal económico*, 2.ª ed., Madrid, Ed. Ramón Areces, 2010.
- Berdugo Gómez de la Torre, I., Fabián Caparrós, E. A., «La emancipación del delito de blanqueo de capitales en el derecho penal español», en M. Núñez Paz (ed.), *Un derecho penal comprometido, Libro homenaje a Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 117-140.
- Berdugo Gómez de la Torre, I., Fabián Caparrós, E. A., *Idem*, en *La Ley* 2010-5, pp. 1917-1926.
- Bermejo, M. G., *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho* (tesis doctoral), *Universidad Pompeu Fabra, Tesis doctorales en Red (pdf)*, 2010.
- Blanco Cordero, I., *El delito de blanqueo de capitales*, 3.ª ed., Ed. Aranzadi, 2012.
- Blanco Cordero, I., «El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 13-01 (2011). <http://criminet.ugr.es/recpc>
- Blanco Cordero, I., «Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica», en EGUZKILORE, N.º 23, San Sebastián, diciembre, 2009, pp. 117-138.
- Blanco Cordero, I., Fabián Caparrós, E.A., Zaragoza Aguado, J., *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*, 3.ª ed., Washington, D. C.: Organización de los Estados Americanos, República Bolivariana de Venezuela y Banco Interamericano de Desarrollo, 2007.
- Castro Moreno, A., «Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización del delito de blanqueo de capitales en la reforma del anteproyecto de 2008», en *La Ley*, N.º 7277, de 5 de noviembre de 2009.
- De Ros, I., «Reforma del Código Penal y blanqueo de capitales», en *diariojuridico*.

- com Derecho y Noticias Jurídicas*. <http://www.diariojuridico.com> - martes, 17 mayo, 2011. <http://www.diariojuridico.com/opinion/reforma-codigo-penal-y-blanqueo-de-capitales.html>
- Del Carpio Delgado, J., *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- Del Carpio Delgado, J., «La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales», en *Revista General de Derecho Penal*, N.º 15, 2011.
- El País (Secc. *Andalucía*), «Majestic, la huella perpetua de la mafia rusa en Casares. La urbanización clave en la trama de blanqueo languidece entre escombros», 19 mayo 2012.
- Faraldo Cabana, P., «Cuestiones relativas a la autoría en los delitos de blanqueo de bienes», en L. M. Puente Aba, (dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Granada, Comares, 2008, pp. 161-194.
- Faraldo Cabana, P., «El blanqueo de capitales tras la reforma de 2010», en *Revista de Inteligencia*, N.º 0, primer trimestre, 2012, pp. 30-33.
- Fernández Ros, J. F., «Algunas notas sobre la Reforma del Código Penal sobre el comiso y el blanqueo de capitales», en *Noticias Jurídicas*, marzo 2011.
- García Magna, D., Cerezo Domínguez, A. I., «Tratamiento del blanqueo de capitales por la prensa escrita. Análisis descriptivo y valorativo», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 13-06 (2011). <http://criminet.ugr.es/recpc>
- Giménez-Salinas Framis, A., De la Corte Ibáñez, L., Requena Espada, L., De Juan Espinosa, M., «La medición y evaluación de la criminalidad organizada en España: ¿Misión imposible?», *Revista Española de Investigación Criminológica*, artículo 9, número 7 (2009).
- Gómez Benítez, J. M., «Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo de bienes y su diferencia con la defraudación fiscal», en *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 91, 2007.
- Harvey, J., «An evaluation of money laundering policies», *Journal of Money Laundering Control*, vol. 8, N.º 4, 2005, pp. 339-345.
- Levi, M., Reuter, P., «Money Laundering», *Crime and Justice*, vol. 34, 2006, pp. 289-375.
- Manjón-Cabeza Olmeda, A., «Receptación y blanqueo de capitales (arts. 301 y 302)», en F. J. Álvarez García, J. L. González Cussac (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 337-344.
- Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte general, 3.<sup>a</sup> ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico*, Madrid, Iustel, 2012.
- Molina Mansilla, M<sup>a</sup> C. y Molina Mansilla, L., *El blanqueo de dinero*, Barcelona, Ed. Bosch, 2008.
- Vidales Rodríguez, C., *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- VV. AA., «Blanqueo de capitales», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 37, Madrid (2007).
- VV. AA., *Memento Experto, Reforma Penal*, Madrid, Ed. Francis Lefebvre, 2010.
- Zaragoza Aguado, J. A., «El blanqueo de bienes de origen criminal», en *Derecho penal económico (Estudios de Derecho Judicial)*, Madrid, 2001



## INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

1. La revista CAP Jurídica Central es una publicación del Colegio de Abogados de Pichincha y de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador, difunde artículos sobre temas relacionados con las ciencias jurídicas. Su objetivo es impulsar el estudio riguroso en el campo del derecho, a través del intercambio de opiniones, análisis y reflexiones sobre los problemas más contemporáneos del derecho en el Ecuador y otros países.
2. Los autores al presentar sus contribuciones a la revista CAP Jurídica Central declaran que son titulares de su autoría y derechos de publicación, mismos que ceden al Colegio de Abogados de Pichincha y a la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador. Si el autor llegare a presentar el artículo ya publicado a otra revista, deberá notificar el particular al editor de la revista.
3. El artículo debe ser remitido en soporte digital a los correos decanato.fjcps@uce.edu.ec, subdecanato.fjcps@uce.edu.ec, revistacapjuridica@gmail.com o a la dirección del Colegio de Abogados de Pichincha: Vicente Piedrahíta N15-134 (e4-62) y Av. Seis de Diciembre (Quito), a la atención de revista CAP Jurídica Central.
4. Los criterios de presentación de las colaboraciones se detallan a continuación:
  - Los documentos deberán ser colaboraciones originales e inéditas que no hayan sido publicadas en ningún otro medio, e incluirán, en su primera página, título, resumen analítico (de 100 palabras aproximadamente), de 5 a 7 palabras clave. Las secciones que conformen el texto deberán resaltarse. En caso de contar con figuras, éstas se deberán entregar numeradas.
  - Las colaboraciones a la revista CAP Jurídica Central pueden ser: artículos de investigación, de reflexión, comunicaciones en congresos, reseñas de libros, entre otros, con primacía de contenido científico-académico y deberán contener como mínimo quince páginas y máximo treinta. El número de páginas puede variar dependiendo de las observaciones en el dictamen de los pares ciegos o del acuerdo entre el autor y el consejo editorial. Las referencias bibliográficas de los artículos deberán apegarse a las normas de estilo de la *Modern Language Association* (MLA) o del Modelo Editorial Latino ML de pie de página.
  - Deberán ser escritos en formato *Microsoft Word*, en letra *Times New Roman* de 12 puntos, con interlineado de 1.0, en hoja tamaño A4, con márgenes superior e inferior de 2.5 cm, y derecho e izquierdo de 3 cm. Todas las páginas estarán enumeradas y al inicio de cada párrafo se utilizará sangría.
  - En relación con el autor o autores, se incluirá su nombre completo, adscripción institucional, correo electrónico y teléfonos.
  - Puesto que la revista CAP Jurídica Central se publica semestralmente, la fecha límite para la recepción de los artículos será el mes de julio para el primer número del año y enero para el segundo.
  - Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que creyeren convenientes.
  - Los artículos serán evaluados por el comité editorial y se someterán a un proceso de evaluación basado en el sistema de pares ciego, quienes resolverán sobre su publicación conservando el anonimato del autor. Los trabajos no serán devueltos al autor.
  - Los autores recibirán información de la eventual aceptación o rechazo de sus trabajos mediante un dictamen que puede ser *publicable*, *no publicable* o *publicable con observaciones*.

- La inclusión de los originales aceptados queda sujeta a la disponibilidad del número de la publicación correspondiente.
- La recepción de un trabajo no implica ningún compromiso de publicación por parte de la revista, y de no contar con la declaración jurada, no se procederá a la evaluación del artículo.
- El consejo editorial seleccionará los trabajos de acuerdo con rigurosos criterios formales y de contenido, esperándose encontrar un aporte original al mejor conocimiento del fenómeno objeto de análisis o perfeccionamiento de la disciplina pertinente a dicho estudio.
- El artículo será dictaminado por dos evaluadores que podrán ser miembros del consejo editorial, o un miembro del consejo y otro que será seleccionado por el director según el tema de estudio. El dictaminador desconocerá el nombre del autor o de los autores del artículo.
- El dictaminador del artículo tendrá veintidós días hábiles para evaluar y enviar sus observaciones con respecto al artículo, las cuales podrán incluir: (a) si aceptan, rechazan o sugieren revisiones previas a su publicación; (b) comentarios para el autor —indicando, en su caso, puntos a reconsiderar, explicar o modificar—, y (c) sugerencias para ampliar las posibilidades de desarrollo del tema —sitios web de especial interés, referencias bibliográficas, otros documentos—.

### **POLÍTICA DE DERECHOS DE AUTOR**

Los autores que publiquen en la revista CAP Jurídica Central se adhieren a los siguientes términos:

- En el momento en que una obra es aceptada para su publicación, se entiende que el autor cede a la revista CAP Jurídica Central los derechos de reproducción y distribución de su artículo para su explotación en todos los países del mundo en formato de revista de papel, así como en cualquier otro soporte magnético, óptico y digital.
- Los autores conservarán sus derechos de autor y garantizarán a la revista el derecho de primera publicación de su obra, el cual estará simultáneamente sujeto a la licencia de reconocimiento de *Creative Commons* que permite a terceros compartir la obra siempre que se indique su autor y su primera publicación en esta revista.
- Los autores podrán adoptar otros acuerdos de licencia no exclusiva de distribución de la versión de la obra publicada —por ejemplo, depositarla en un archivo telemático institucional o publicarla en un volumen monográfico— siempre que se indique la publicación inicial en esta revista.
- Se recomienda a los autores difundir su obra a través de internet —por ejemplo, en archivos telemáticos institucionales, repositorios, bibliotecas, o en su página web—, lo cual puede producir intercambios interesantes y aumentar las citas de la obra publicada.

### **RESPONSABILIDADES DE LOS REVISORES EXTERNOS**

Las personas revisoras, en su condición de pares externos, cumplen con el rol de asegurar criterios de calidad en los contenidos y de objetividad en la selección y publicación, dentro del proceso editorial. Con este objeto, se les adscriben las siguientes responsabilidades:

**ROL DE REVISORES O ARBITRAJE.** Toda persona que se encarga de revisar de manera voluntaria, solidaria y profesional, según arreglo de las formas utilizadas

en la academia, acepta valorar manuscritos con temas en los cuales tiene capacidad y competencia para emitir criterio experto. En todo momento, esta revisión y el dictamen seguirán las pautas establecidas por la revista, ajustándose a las normas editoriales que se encuentran disponibles en <https://www.publicacionesjurisprudenciauce.com.ec>

**CONFLICTO DE INTERESES.** En caso de existir un conflicto de intereses de cualquier índole, las personas revisoras se comprometen a informar a la revista de inmediato, en cualquier momento del proceso.

**CONFIDENCIALIDAD.** Las personas revisoras deben respetar el contenido de cada artículo en proceso de arbitraje y lo mantendrán en condición confidencial durante todo el proceso editorial.

**RETROALIMENTACIÓN.** Toda crítica al artículo se realizará en forma objetiva, honesta y respetuosa para con el autor, quién podrá realizar las correcciones o ajustes correspondientes, según lo solicitado por la revista. En caso de no aceptar el arbitraje, el artículo será excluido.

**MODALIDAD DE ARBITRAJE.** Los artículos emitidos por los autores son enviados a los pares revisores externos, bajo el sistema de *blind peer review* (pares a doble ciego). Este sistema de evaluación de los trabajos de investigación consiste en que dos expertos en la materia sobre la que tratan los artículos evalúan y emiten un dictamen sobre la viabilidad de la publicación.

**RESPONSABILIDADES DEL COMITÉ EDITORIAL.** El comité editorial vela por mantener el perfil académico de la revista en su ámbito de reflexión, en el objeto de estudio al cual responde y en relación con la audiencia a la cual se dirige.

**COMPETENCIA.** El comité editorial de la revista CAP Jurídica Central, es el único responsable, con el director/editor que lo preside, sobre el carácter de publicable de los artículos.

## CÓDIGO DE CONDUCTA Y MEJORES PRÁCTICAS PARA EDITORES

### ANTECEDENTES/ESTRUCTURA

El Código de Conducta COPE para Editores de Revistas está diseñado para proveer de un conjunto de estándares mínimos al que se espera que todos los miembros de COPE se adhieran. Las directrices sobre las Mejores Prácticas son más ambiciosas y se desarrollaron en respuesta a las peticiones de orientación por parte de los editores sobre una amplia gama de cuestiones éticas cada vez más complejas. Aunque COPE espera que todos los miembros se adhieran al Código de Conducta para los Editores de Revistas —y considerará la presentación de reclamaciones contra los miembros que no lo hayan seguido—, somos conscientes de que los editores pueden no ser capaces de implementar todas las recomendaciones de Mejores Prácticas (que son voluntarias), pero esperamos que nuestras sugerencias identifiquen aspectos en relación con la política y las prácticas de la revista que puedan ser revisados y discutidos.

En esta versión combinada de los documentos, las normas obligatorias que integran el Código de Conducta para los Editores de Revistas se muestran en letra redonda y con cláusulas numeradas; por otra parte, las recomendaciones en relación con las Mejores Prácticas aparecen en cursiva.

### I. DEBERES Y RESPONSABILIDADES GENERALES DE LOS EDITORES

1. Los editores deben ser responsables de todo lo publicado en sus revistas. Esto significa que los editores deben:

1. 2. Tratar de satisfacer las necesidades de los lectores y autores;
1. 3. esforzarse para mejorar constantemente su revista;
1. 4. establecer procesos para asegurar la calidad del material que publican;
1. 5. abogar por la libertad de expresión;
1. 6. mantener la integridad del historial académico de la publicación;
1. 7. impedir que las necesidades empresariales comprometan las normas intelectuales y éticas;
8. estar siempre dispuesto a publicar correcciones, aclaraciones, retracciones y disculpas cuando sea necesario.

## §

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- *Buscar activamente las opiniones de los autores, lectores, revisores y miembros del consejo editorial sobre cómo mejorar los procesos de la revista;*
- *fomentar y conocer las investigaciones sobre la revisión por pares y publicar y reevaluar los procesos seguidos por la revista a la luz de estos nuevos hallazgos;*
- *trabajar para persuadir al editor de la publicación para que proporcione los recursos apropiados, así como la orientación de expertos (por ejemplo, diseñadores, abogados);*
- *apoyar iniciativas diseñadas para reducir las malas conductas en relación con la investigación y la publicación;*
- *apoyar iniciativas para educar a los investigadores sobre la ética de las publicaciones;*
- *evaluar los efectos de la política de la revista sobre el comportamiento del autor y del revisor y revisar las políticas, en caso necesario, para fomentar un comportamiento responsable y desalentar la puesta en práctica de malas conductas; y*
- *asegurar que los comunicados de prensa emitidos por la revista reflejan fielmente el mensaje del artículo sobre el que versan y ponerlos en contexto.*

## 2. RELACIONES CON LOS LECTORES

2.1. Se debe informar a los lectores sobre quién ha financiado la investigación u otro trabajo académico, así como sobre el papel desempeñado por el financiador, si este fuera el caso, en la investigación y en la publicación.

## §

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- *Velar por que todos los informes y las revisiones de la investigación publicados hayan sido revisados por personal cualificado (incluyendo revisiones estadísticas cuando sean necesarias);*
- *garantizar que las secciones no revisadas por pares de la revista están claramente identificadas;*
- *adoptar procesos que fomenten la exactitud, integridad y claridad de los informes de investigación, incluida la edición técnica y el uso de directrices y listas de verificación apropiadas (por ejemplo, MIA-ME, CONSORT);*
- *considerar el desarrollo de una política de transparencia para fomentar la divulgación máxima de los artículos que no son de investigación;*
- *adoptar sistemas de autoría o contribución que promuevan buenas prácticas, es decir, que reflejen quién realizó el trabajo y desmotiven la puesta en práctica de malas conductas (por ejemplo, autores fantasmas y autores invitados); e,*
- *informar a los lectores sobre las medidas adoptadas para garantizar que las propuestas presentadas por los miembros del personal de la revista o del consejo editorial reciben una evaluación objetiva e imparcial.*

## 3. RELACIONES CON LOS AUTORES

3.1. Las decisiones de los editores de aceptar o rechazar un documento para su publicación deben basarse en la importancia, originalidad y claridad del artículo, en la validez del estudio, así como en su pertinencia en relación con las directrices de la revista;

3.2. los editores no revocarán las decisiones de aceptar trabajos a menos que se identifiquen problemas graves en relación con los mismos;

- 3.3. los nuevos editores no deben anular las decisiones tomadas por el editor anterior de publicar los artículos presentados, a menos que se identifiquen problemas graves en relación con los mismos;
- 3.4. debe publicarse una descripción detallada de los procesos de revisión por pares y los editores deben estar en disposición de justificar cualquier desviación importante en relación con los procesos descritos;
- 3.5. las revistas deben tener un mecanismo explícito para que los autores puedan apelar contra las decisiones editoriales;
- 3.6. los editores deben publicar orientaciones para los autores sobre todos aquellos aspectos que se esperan de ellos. Esta orientación debe actualizarse periódicamente y debe hacer referencia o estar vinculada al presente código;
- 3.7. los editores deben proporcionar orientación sobre los criterios de autoría y/o quién debe incluirse como colaborador siguiendo las normas dentro del campo pertinente.

## §

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- *Revisar las instrucciones de los autores regularmente y proporcionar enlaces a las directrices pertinentes (por ejemplo, ICMJE5, *Publicación de investigación responsable: Normas internacionales para los autores*);*
- *publicar intereses contrapuestos relevantes en relación con todos los colaboradores y publicar correcciones si dichos intereses se revelan tras la publicación;*
- *asegurar que se seleccionan revisores apropiados para los artículos presentados (es decir, individuos que pueden valorar el trabajo y no son capaces de rechazarlo por intereses contrapuestos);*
- *respetar las peticiones de los autores de que un evaluador no revise su trabajo, siempre que estas estén bien razonadas y sean posibles;*
- *guiarse por los diagramas de flujo de COPE (<http://publicationethics.org/flowcharts>) en casos de sospecha de mala conducta o de controversia en la autoría;*
- *publicar información detallada sobre cómo se gestionan los casos de sospecha de mala conducta (por ejemplo, con vínculos al diagrama de flujo de COPE); y*
- *publicar las fechas de entrega y aceptación de los artículos.*

#### 4. RELACIONES CON LOS REVISORES

- 4.1. Los editores deben proporcionar orientación a los revisores sobre todo lo que se espera de ellos, incluyendo la necesidad de manejar el material enviado en confianza con confidencialidad; esta orientación debe actualizarse periódicamente y debe hacer referencia o estar vinculada al presente código;
- 4.2. los editores deben exigir a los revisores que revelen cualquier posible interés contrapuesto antes de revisar un trabajo;
- 4.3. los editores deben contar con sistemas que garanticen la protección de las identidades de los revisores, a menos que utilicen un sistema abierto de revisión, del que han sido informados tanto los autores como los revisores.

## §

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- *Alentar a los revisores a realizar comentarios sobre cuestiones éticas y posibles acciones de mala conducta en relación con la investigación y la publicación identificadas en los trabajos presentados (por ejemplo, diseño de investigación poco ético, detalles insuficientes sobre el consentimiento de los pacientes del estudio o sobre la protección de los sujetos de la investigación –incluidos los animales–, manipulación y presentación inadecuada de los datos, etc.);*
- *animar a los revisores a realizar comentarios sobre la originalidad de los trabajos presentados y a estar alerta de las posibles publicaciones repetidas y del plagio;*
- *considerar la posibilidad de proporcionar a los revisores herramientas para detectar publicaciones relacionadas (por ejemplo, vínculos a referencias citadas y búsquedas bibliográficas);*
- *enviar los comentarios de los revisores a los autores en su totalidad a menos que sean ofensivos o difamatorios;*
- *favorecer el reconocimiento de la contribución de los revisores a la revista;*
- *alentar a las instituciones académicas a reconocer las actividades de revisión por pares como parte del proceso académico;*
- *realizar un seguimiento de la labor desempeñada por los evaluadores y tomar medidas que aseguren un proceso de alta calidad;*

- desarrollar y mantener una base de datos de revisores adecuados y actualizarla en función del rendimiento de los mismos;
- dejar de enviar trabajos a revisores que emiten, de forma constante, críticas carentes de educación, de mala calidad o fuera de plazo;
- asegurar que la base de datos de revisores es un reflejo de la comunidad académica para la revista y añadir nuevos revisores si resulta necesario;
- utilizar una amplia gama de fuentes (no solo contactos personales) para identificar nuevos posibles revisores (por ejemplo, sugerencias de los autores, bases de datos bibliográficas); y
- seguir el diagrama de flujo de COPE en casos de sospecha de mala conducta por parte del revisor.

## 5. RELACIONES CON LOS MIEMBROS DEL CONSEJO EDITORIAL

5.1. Los editores deben proporcionar a los nuevos miembros del consejo editorial las directrices y normas sobre todo lo que se espera de ellos y deben mantener informados a los miembros existentes sobre las nuevas políticas y normas de la revista.

### §

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- Tener una política clara para gestionar las entregas de trabajos por parte de los miembros del consejo editorial que asegure una revisión imparcial de los mismos;
- identificar de forma apropiada a los miembros del consejo editorial debidamente cualificados que puedan contribuir activamente al desarrollo y buena gestión de la revista;
- revisar periódicamente la composición del consejo editorial. Proporcionar una orientación clara a los miembros del consejo editorial sobre sus funciones y obligaciones, entre las que se encuentran las siguientes:
- actuar como embajadores de la revista;
- apoyar y promover la revista;
- buscar los mejores autores y los mejores trabajos (por ejemplo, a partir de los resúmenes de reuniones científicas) y motivarles activamente para que envíen sus artículos;
- revisar los envíos de trabajos a la revista;
- aceptar encargos para redactar editoriales, reseñas y comentarios sobre documentos del área de especialización de la publicación; y
- asistir y participar en las reuniones del consejo editorial.
- consultar a los miembros del consejo editorial de forma periódica (por ejemplo, una vez al año) con el fin de valorar sus opiniones sobre el funcionamiento de la revista e informarles sobre cualquier cambio en la política de la revista y sobre los retos futuros.

## 6. RELACIONES CON LOS PROPIETARIOS DE LAS REVISTAS Y EDITORIALES

6.1. La relación de los editores con los propietarios de las revistas o los grupos editoriales es a menudo compleja, pero debe basarse firmemente en el principio de independencia editorial;

6.2. los editores deben decidir qué artículos se publican basándose en la calidad y en su adecuación a la revista, sin interferencia por parte del propietario o del grupo editorial encargado de la publicación;

6.3. los editores deben tener un contrato escrito que establezca su relación con el propietario de la revista y/o grupo editorial;

6.4. los términos de este contrato deben ser coherentes con el Código de Conducta COPE para Editores de Revistas.

### §

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- Establecer mecanismos para gestionar los desacuerdos que puedan producirse entre ellos y el propietario/grupo editorial con el fin de garantizar el proceso; y,
- comunicarse regularmente con el propietario y/o grupo editorial encargado de la revista.

## 7. EL PROCESO EDITORIAL Y LA REVISIÓN POR PARES

7.1. Los editores deben esforzarse por asegurar que la revisión por pares en su revista sea justa, imparcial y oportuna.

7.2. Los editores deben contar con sistemas que aseguren que los materiales enviados a la revista preservan su confidencialidad durante todo el proceso de revisión.

### §

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- *Garantizar que las personas que participan en el proceso editorial (incluidos ellos mismos) reciben una formación adecuada y están al corriente sobre las últimas directrices, recomendaciones e informaciones en relación con la revisión por pares y la gestión de la publicación;*
- *mantenerse informados sobre los avances en la investigación en el campo tecnológico y en el de la revisión por pares;*
- *adoptar los métodos de revisión por pares más adecuados para la revista y la comunidad científica a la que da respuesta;*
- *revisar periódicamente las prácticas de revisión por pares con el fin de comprobar si es posible mejorarlas;*
- *el diagrama de flujo de COPE o cuando se sospecha que existen nuevos tipos de mala conducta en la publicación; y*
- *considerar el nombramiento de un defensor externo para resolver las quejas que no se hayan podido resolver internamente.*

## 8. GARANTÍA DE CALIDAD

8.1. Los editores deben tomar todas las medidas razonables para garantizar la calidad del material que publican, reconociendo que las revistas y las secciones dentro de las revistas podrán tener objetivos y estándares diferentes.

### §

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- *Disponer de sistemas para detectar la falsificación de información (por ejemplo, imágenes manipuladas de forma inapropiada o texto plagiado), ya sea de forma rutinaria o cuando surjan sospechas; y*
- *Basar las decisiones sobre el estilo de la revista en factores relevantes que garantizan la calidad del mismo (por ejemplo, la adopción de resúmenes estructurados, la aplicación de directrices como CONSORT) en lugar de basarlas en motivos estéticos o preferencias personales.*

## 9. PROTECCIÓN DE DATOS INDIVIDUALES

9.1. Los editores deben cumplir las leyes sobre confidencialidad establecidas en su propio ordenamiento jurídico. Sin embargo, independientemente de las leyes locales, siempre deben proteger la confidencialidad de la información individual obtenida en el transcurso de la investigación o de las interacciones profesionales (por ejemplo, entre médicos y pacientes). Por lo tanto, resulta necesario en la mayor parte de los casos obtener el consentimiento informado por escrito para la publicación por parte de personas que pudieran reconocerse o ser identificadas por otros (por ejemplo, en informes de casos o en fotografías). Cabría la posibilidad de publicar información individual sin el consentimiento explícito si el interés público de la publicación es mayor que los posibles daños, resulta imposible obtener el consentimiento o si fuera improbable que cualquier individuo razonable se opusiera a la publicación.

### §

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- *Publicar su política sobre la publicación de datos individuales (por ejemplo, datos o imágenes per-*

*sonales identificables) y explicar estos aspectos claramente a los autores. Tenga en cuenta que el consentimiento para participar en una investigación o someterse a un tratamiento no es el mismo que el consentimiento para publicar datos personales, imágenes o citas.*

## 10. FOMENTAR LA INVESTIGACIÓN ÉTICA (POR EJEMPLO, LA INVESTIGACIÓN CON SERES HUMANOS O ANIMALES)

10.1. Los editores deben esforzarse por asegurar que las investigaciones publicadas se realizan siguiendo las directrices pertinentes internacionalmente aceptadas (por ejemplo, la Declaración de Helsinki para la investigación clínica o las directrices AERA y BERA para la investigación educativa).

10.2. Los editores deben asegurarse de que todas las investigaciones han sido aprobadas por un organismo apropiado (por ejemplo, el Comité de ética de la investigación o el Comité de revisión institucional). Sin embargo, los editores deben ser conscientes de que tal aprobación no garantiza que la investigación sea ética.

### §

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- *Estar preparado para solicitar pruebas de la aprobación ética de la investigación y para preguntar a los autores sobre los aspectos éticos (por ejemplo, la forma en la que se obtuvo el consentimiento del participante en la investigación o qué métodos se utilizaron para minimizar el sufrimiento de los animales) si surgen dudas o si se necesitan aclaraciones específicas;*
- *garantizar que los informes de los ensayos clínicos mencionan el cumplimiento de la Declaración de Helsinki, las Buenas Prácticas Clínicas y otras directrices pertinentes para salvaguardar a los participantes;*
- *asegurar que los informes de los experimentos o estudios sobre animales mencionen el cumplimiento de la Guía para el Cuidado y Uso de Animales de Laboratorio del Departamento de Salud y Servicios Humanos de Estados Unidos u otras directrices relevantes; y*
- *nombrar a un consejero o un Comité de Ética de la revista para informar sobre casos específicos y revisar las políticas de la revista de forma periódica.*

## II. CÓMO ABORDAR POSIBLES MALAS CONDUCTAS

11.1. Los editores tienen la obligación de actuar si sospechan que se ha producido alguna conducta indebida o si reciben una denuncia de mala conducta. Esta obligación se extiende tanto a los documentos publicados como a los no publicados;

11.2. los editores no deben limitarse a rechazar los documentos que suscitan dudas acerca de una posible mala conducta. Tienen la obligación ética de perseguir los supuestos casos;

11.3. los editores deben seguir los diagramas de flujo COPE en aquellos casos en los que sean de aplicación;

11.4. los editores deben primero intentar obtener una respuesta de los sospechosos de mala conducta. Si no están satisfechos con la respuesta, deben instar a sus empleadores, a la institución a la que pertenecen o a alguna entidad apropiada (por ejemplo, un organismo regulador o una organización nacional que vele por la integridad de la investigación) para que inicien una investigación más exhaustiva;

11.5. los editores deben hacer todos los esfuerzos razonables para garantizar que se lleva a cabo una investigación exhaustiva de los supuestos casos de mala conducta. Si esto no sucede, los editores deben intentar, por todos sus medios, conseguir una solución al problema. Se trata de una obligación onerosa, pero importante.

## 12. ASEGURAR LA INTEGRIDAD DEL DOCUMENTO ACADÉMICO

12. 1. Los errores, declaraciones inexactas o engañosas deben ser corregidos de forma inmediata y con prominencia;

12.2. los editores deben seguir las pautas COPE en relación con las retracciones.

§

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

*Tomar medidas para reducir las publicaciones repetidas encubiertas (por ejemplo, exigiendo que todos los ensayos clínicos estén registrados);*

*· asegurar que el material publicado esté archivado de forma segura (por ejemplo, a través de repositorios permanentes en línea, como PubMed Central); y,*

*· disponer de sistemas adecuados para dar a los autores la oportunidad de publicar libremente artículos de investigación originales y ponerlos a disposición de la comunidad científica.*

### 13. PROPIEDAD INTELECTUAL

13.1. Los editores deben estar atentos a los problemas de propiedad intelectual y trabajar con el grupo editorial para resolver posibles infracciones de las leyes y convenciones sobre propiedad intelectual.

§

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

*Adoptar sistemas de detección del plagio (por ejemplo, software, búsqueda de títulos similares) para los artículos presentados (ya sea de forma rutinaria o cuando surgen dudas sobre un determinado documento);*

*· apoyar a los autores cuyos derechos de autor han sido vulnerados o que han sido víctimas de plagio; y*

*· estar preparados para trabajar junto con el grupo editorial para defender los derechos de los autores y perseguir a los infractores (por ejemplo, solicitando retracciones o la retirada del material de los sitios web) independientemente de si la revista posee los derechos de autor.*

### 14. FOMENTO DEL DEBATE

14.1. Los editores deben alentar y estar dispuestos a considerar las críticas contundentes de los trabajos publicados en la revista;

14.2. los autores de los materiales objeto de críticas deben tener la oportunidad de responder a las mismas;

14.3. los estudios que incluyan resultados negativos no deben ser excluidos.

§

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

*· Estar abierto a la investigación que desafía a algún trabajo previo publicado en la revista.*

### 15. QUEJAS Y RECLAMACIONES

15.1. Los editores deben responder con celeridad a las quejas y deben asegurarse de que existe un mecanismo para dar respuesta a las reclamaciones presentadas. Este mecanismo debería quedar detallado en la revista y debería incluir información sobre cómo remitir los asuntos sin resolver a COPE;

15.2. los editores deben seguir el procedimiento establecido en el diagrama de flujo COPE en relación con las quejas y reclamaciones.

### 16. INTERESES COMERCIALES

16.1. Las revistas deben contar con políticas y sistemas adecuados para asegurar que los intereses comerciales no influyen en las decisiones editoriales (por ejemplo, el departamento de publicidad y el departamento editorial deberían trabajar de forma independiente);

16.2. los editores deberían tener políticas claras de publicidad en relación con el contenido de la revista y sobre los procesos de publicación de suplementos patrocinados;

16.3. las reimpresiones deben publicarse tal y como aparecen en la revista, a menos que sea necesario incluir correcciones, en cuyo caso deben estar claramente identificadas.

### §

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- *Publicar una descripción general de las fuentes de ingresos de la revista (por ejemplo, las cantidades recibidas de la publicidad en pantalla, las ventas de reimpresiones, suplementos patrocinados, pagos por páginas, etc.);*
- *garantizar que el proceso de revisión por pares de los suplementos patrocinados es el mismo que el de la publicación principal; y*
- *garantizar que los artículos de los suplementos patrocinados se aceptan únicamente por el mérito académico y el interés de los lectores y que las decisiones editoriales sobre tales suplementos no dependen de intereses comerciales.*

## 17. CONFLICTOS DE INTERESES

17.1. Los editores deben contar con sistemas para gestionar sus propios conflictos de intereses, así como los de su personal, autores, revisores y miembros del Consejo Editorial;

17.2. las revistas deben contar con un proceso declarado para gestionar las entregas de trabajos por parte de los editores, empleados o miembros del Consejo Editorial con el fin de asegurar la imparcialidad en las revisiones.

### §

*Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:*

- *Publicar listados de intereses relevantes (financieros, académicos y de otro tipo) de todo el personal editorial y de los miembros de los Consejos Editoriales (que deben actualizarse al menos una vez al año).*

## POLÍTICAS DE ÉTICA Y DETECCIÓN DE PLAGIO

La revista CAP Jurídica Central procurará que los interesados en el proceso editorial apliquen las normas éticas básicas que rigen las publicaciones científicas. Para ello, se siguen como base las normas éticas establecidas por *Committee on Publication Ethics* (COPE) y en específico lo relacionado con el *Code of conduct and best practice guidelines for journal editors*.

La revista CAP Jurídica Central somete a los artículos originales recibidos al sistema antiplagio con el software Urkund, a través de los siguientes pasos:

### ENVÍO

El proceso de Urkund empieza cuando se envía un documento al sistema. Esto puede hacerse mediante la plataforma de aprendizaje existente del colegio o adjuntándolo a un mensaje de correo electrónico. El sistema admite una amplia variedad de los formatos de archivo más populares, sus procesadores de texto estándar y archivos con varios documentos cuando se envían por correo electrónico. A continuación, se extrae el texto del documento y comienza el proceso con independencia del idioma en que esté escrito el texto.

### **SIMILITUDES DE TEXTO CON LAS FUENTES**

El texto se analiza y empezamos a comprobar si existen posibles candidatos para la similitud de texto en las tres áreas de origen. Urkund destaca los posibles orígenes coincidentes respecto a nuestros archivos, que contienen orígenes de internet, material académico publicado y documentos de estudiantes enviados previamente. Se estudian en profundidad las similitudes de texto candidatos y se guardan los resultados.

### **ANÁLISIS BASADO EN MACHINE LEARNING**

Cuando un documento empieza a mostrar similitudes con otros orígenes, comienza a tomar forma la base del informe. No solo registramos el grado de coincidencia, sino que también tenemos en cuenta cualquier otro uso de paráfrasis y sinónimos, además de otras formas de sustituciones. Nuestros algoritmos funcionan independientemente del idioma y son capaces incluso de detectar similitudes entre un número cada vez mayor de idiomas.

### **CREACIÓN Y ENTREGA DEL INFORME**

Cuando el proceso finaliza, se genera una visión general del análisis y se entrega al usuario (par ciego). Los resultados del análisis se presentan en un informe comprensible para que el usuario pueda tomar la decisión final acerca de si se ha producido plagio o no. A su vez, la revista CAP Jurídica Central cuenta con un Código de ética y buenas prácticas, el cual se puede consultar en nuestro sitio web.

### **POLÍTICAS DE PRESERVACIÓN DIGITAL**

La revista CAP Jurídica Central se ajusta a las políticas y lineamientos de la Dirección de Tecnologías y del Sistema Integrado de Bibliotecas de la Universidad Central del Ecuador.

### **ESTILO DE CITACIÓN**

Esta revista debe citarse así:

CAP JURÍDICA CENTRAL (7), Quito: Colegio de Abogados de Pichincha y Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador, julio-diciembre de 2021.





Esta revista se terminó de diseñar para su versión digital en Editorial Universitaria en el mes de julio-diciembre de 2021 siendo rector de la Universidad Central del Ecuador el Dr. Fernando Sempértegui Ontaneda y director de Editorial Universitaria el Prof. Gustavo Pazmiño.





DITORIAL  
UNIVERSITARIA

The logo for DITORIAL UNIVERSITARIA consists of the text "DITORIAL" above "UNIVERSITARIA" in a white, sans-serif font. To the right of the text is a stylized white bird icon with its wings spread.