

año 6, núm. 10 | enero junio 2022

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 6, núm. 10 (enero-junio 2022)

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)
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.publicacionesjurisprudenciauce.com.ec>
<https://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/cap/index>



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

Isabel Robalino Bolle

Farith Simón Campaña

COLABORACIÓN

Andrea Morales Lloré, Iris Franco López

TABLA DE CONTENIDO

año 6, núm. 10 (enero-junio 2022)

El control jurisdiccional en las actuaciones de la Administración pública	7
<i>José Antonio Burneo, Pablo Alfonso Castañeda</i>	
La despenalización del aborto en la legislación ecuatoriana	15
<i>Dayanara Pérez Moreno</i>	
Las criptomonedas: el bitcoin y su creciente regulación. Una mirada al futuro	31
<i>Janetsy Gutiérrez Proenza</i>	
La neurociencia y el neuromarketing en la contratación pública: superando el «neocórtex» y pasando al «cerebro límbico»	45
<i>Inés María Baldeón B.</i>	
La discriminación justificada en una sociedad liberal	55
<i>Carlos Manuel Rosales, Danitza Morales Gómez</i>	
Instrucciones para los autores. Política editorial	77



El control jurisdiccional en las actuaciones de la Administración pública

José Antonio Burneo¹ | [iD](#) Universidad Central del Ecuador (Ecuador)
Pablo Alfonso Castañeda² | [iD](#) Investigador independiente

RESUMEN El poder público no es ilimitado, porque tiene ciertos límites que devienen de la existencia misma de un Estado de derecho, regido en primacía por una Constitución, como carta magna. En ese sentido, la aplicabilidad de recursos que sirvan de mecanismo para evitar el abuso de poder de la Administración pública es crucial para el ciudadano. Debido a que la vulneración de derechos por exceso de poder de la Administración, o también por una negligencia en sus funciones, es una probabilidad que no puede ser eliminada, puesto que su riesgo de ocurrencia depende de tantos factores que serán evidentes únicamente en el devenir de la vida en sociedad. De tal manera, el derecho, en general, y el derecho administrativo en particular, han formulado diferentes recursos que sirven para los objetivos de protección del ciudadano o, en su defecto, la exigibilidad de sus derechos infringidos o vulnerados.

PALABRAS CLAVE Administración pública, recursos administrativos, Constitución, poder público, derecho subjetivo.

FECHA DE RECEPCIÓN 11/10/2021 FECHA DE APROBACIÓN 15/1/2022

Judicial review of the activity of the public Administration

ABSTRACT Public power is not unlimited. Because it has certain limits that come from the very existence of a State of Law, governed in primacy by a constitution, such as magna carta. In this sense, the applicability of resources that serve as a mechanism to prevent the abuse of power of the public administration is crucial for the citizen. Because the violation of rights by excess of power of the administration, or also by a negligence in its functions, is a probability that cannot be eliminated since its risk of occurrence depends on so many factors that will be evident only in the evolution of life in society. In this way, the law, in general, and administrative law, have formulated different remedies that serve the objectives of protection of the citizen or, failing that, the enforceability of his infringed or infringed rights.

KEY WORDS Public administration, administrative appeals, Constitution, public power, subjective right.

-
- 1 Doctor en Jurisprudencia, Universidad Nacional de Loja; máster en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar; máster en Ciencias Internacionales, Universidad Central del Ecuador; especialista en Derecho Administrativo, profesor titular de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.
 - 2 Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador; máster en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar; especialista en Derecho Administrativo.

I. INTRODUCCIÓN

En los regímenes monárquicos se consideraba que el poder público estaba exento de control, lo que constituía, sin lugar a dudas, un privilegio a favor del monarca, quien podía actuar de manera arbitraria e incluso contra ley, sin resquemor alguno. En el derecho romano o en el derecho germano, las sentencias o actos emanados por la administración tenían carácter de irrefutables por contener incluso un aval divino inamovible.

En este tema, siguiendo a Viviana Cárdenas, para quien posteriormente se concede la facultad de contradecirlo por medio de un recurso, como un instrumento para oponerse a las decisiones administrativas o judiciales, a fin de eliminarla o modificarla; los artículos 173 de la Constitución de la República y 31 del Código Orgánico de la Función Judicial, establecen la prerrogativa en favor de las personas para impugnar los actos administrativos que provengan de cualquier autoridad del Estado, tanto en la vía administrativa como también en la vía jurisdiccional.

El control de los actos administrativos a través de las vías legales, se fundamentan en los derechos constitucionales que establecen la obligación de tutela del Estado en favor del administrado. Para Ernesto Jinesta, «el poder administrativo es de suyo un poder esencial y universalmente justiciable»,³ esta es la potestad de revisión jurisdiccional a la función administrativa de cualquier órgano estatal, con rango constitucional, puesto que según Jinesta, la «protección jurisdiccional sin fisuras o lagunas, constituye un avance sustancial y notable en favor de la libertad en la lucha permanente contra las inmunidades y arbitrariedades de la administración pública y de su intervencionismo exacerbado».⁴ Este control jurisdiccional de la Administración pública tiene relación con un poder fiscalizador confiado a los tribunales de lo Contencioso Administrativo para solucionar conflictos y resolverlos, según su competencia, en los cuales se enfrentan el Estado y el administrado.

Dicho control, por decirlo así, es una herramienta jurídica que conmina a desarrollar una buena gestión administrativa, en aplicación del principio de legalidad. La Administración pública cumple sus fines mediante la expedición de actos administrativos y normativos, de hechos administrativos y, en general, la prestación de servicios públicos, actuaciones materiales, obligaciones de no hacer y otros. El control de legalidad de las actuaciones públicas es realizado a través de la jurisdicción contencioso administrativa. Por su parte, el artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), señala como objeto de la jurisdicción contencioso administrativa la de «tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público [...]».

Así está establecida la justicia contencioso administrativa como garante de la tutela efectiva y contralora de la legalidad. Para Alejandro Nieto, «el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa es la protección de la legalidad».⁵ Así mismo:

El primer recurso que nace es el de la nulidad para eliminar actos ilegales, mas no para restablecer un derecho subjetivo, aparece el recurso de plena jurisdicción, con el objeto de proteger derechos subjetivos, donde lo principal es una solicitud judicial de un interesado para restablecer un derecho vulnerado, donde existe un particular reclamante.⁶

Se reserva la legitimación activa a quienes se vean afectados en un derecho subjetivo y a quien tenga determinados intereses legítimos en la causa que solicita su apertura,

3 Jinesta, Ernesto, «El control jurisdiccional de la administración pública», en *Revista Judicial*, N.º 63 (1997), pp. 98-114. http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/CONTROL%20JURISDICCIONAL%20DE%20LA%20ADMINISTRACION%20PUBLICA.PDF

4 *Idem*.

5 Nieto, Alejandro, «La inactividad material de la administración: veinticinco años después», en *Revista Documentación Administrativa*, N.º 208, 1986, pp. 12-64. <file:///C:/Users/jburneo/Downloads/4913-Texto%20del%20art%C3%ADculo-5145-1-10-20110601.pdf>

6 *Idem*.

siempre con un carácter individual. Aquello deja por fuera intereses colectivos o difusos que, a decir del profesor Nieto, son los que más se afectan por la inactividad material de la Administración pública. En este marco, existen las acciones subjetiva y objetiva: la subjetiva o de plena jurisdicción, es cuando existe un derecho subjetivo lesionado por una conducta administrativa, cuyas pretensiones son el restablecimiento del derecho vulnerado y, de ser pertinente, una reparación del daño sufrido.

La resolución N.º 662-2017 expedida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en el ordinal cuarto, señala que la acción subjetiva:

Versa sobre una situación individual y concreta y que de haber lugar no solo se concede al agraviado el derecho abstracto para alcanzar el restablecimiento de la legalidad, sino, además, de obtener de la administración la reparación del daño [a] su derecho subjetivo.⁷

Para Costa, el derecho subjetivo es «un interés íntimo de carácter personalísimo [...] propio de cada portador del derecho, individual [...] exclusivo [...] excluyente».⁸

Además de los actos y los hechos, procede sobre la impugnación de actos normativos, siempre que medie un derecho subjetivo negado, no reconocido o desconocido. Por otro lado, se prevé también la acción de anulación u objetiva, que exige como requisito de procedencia la existencia de un interés directo en solicitar la nulidad de un acto normativo por un exceso o desviación de poder.

La misión de esta acción es restablecer la legalidad del ordenamiento jurídico con la anulación de actos normativos discordantes con el derecho, de ello que, la pretensión esgrimida dentro de esta acción será la nulidad del acto normativo. Además de dichas acciones, el artículo 326 del Código Orgánico General de Procesos prevé otras, como la de lesividad, y las especiales de: pago por consignación, responsabilidad objetiva del Estado, nulidad de contrato propuesta por el procurador general del Estado, controversias en materia de contratación pública y otras.

De las sentencias con un carácter declarativo, que contienen un reconocimiento de un derecho, se avanza hacia las de condena, donde se obligue a la Administración a realizar lo que no ha hecho, sumado a la presencia de medidas cautelares efectivas no restringidas a la suspensión de actos administrativos, según se determina en el artículo 330 del COGEP.

II. LA FACULTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En la tesis de maestría de María del Carmen Jácome titulada *El control judicial de la actividad discrecional de la administración pública en el Ecuador*, el tema se descompone en: «1. la facultad discrecional de la Administración pública; 2. el control judicial de la actividad administrativa; y 3. el control de la facultad discrecional a través de la jurisdicción contencioso administrativa»,⁹ en la que profundiza sobre el tema propuesto.

El Estado de derecho propugna la sumisión de todas las actuaciones del Estado a la Constitución y la ley. En suma, para lograr un control de las actividades administrativas, se hace indispensable el reconocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa plenaria y universal.

Para Jácome, quien cita a Tomás Hutchinson, existen dos formas de control: la primera, el denominado francés administrativo o doble jurisdicción; y, por otro lado, el denominado judicial de jurisdicción única.¹⁰

7 Costa Cevallos, M., «Las acciones contencioso administrativas en el Ecuador: análisis doctrinario y jurídico», Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017, p. 170.

8 *Idem.*

9 Jácome Ordóñez, María, *El control judicial de la actividad discrecional de la administración pública en el Ecuador* (tesis de maestría), Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2015. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4262/1/T1530-MDE-Jacome-EI%20control.pdf>

10 *Idem.*

El control jurisdiccional de la administración pública lo ejercen los tribunales de justicia. Quienes pueden efectuar un control posterior al accionar de la administración siempre que el ciudadano acuda a reclamar sus derechos presuntamente violados sin necesidad de agotar la vía administrativa. El efecto fundamental del control judicial es dejar sin efecto el acto.¹¹

El control de la actividad de la Administración es vital para la vigencia de un Estado de derecho. Para Ernesto Jinesta:

El control es consustancial al poder ejercido por la administración, pues éste no existe sin aquél, el control se impone para encauzar la función administrativa dentro de los márgenes permitidos, y lograr así la consecución de los fines públicos, y al propio tiempo, se erige en garante de la probidad y moralidad administrativas, pues la finalidad de los diversos sistemas y procedimientos de control es verificar la conformidad o adecuación al ordenamiento jurídico y a los principios de la buena administración.¹²

En concordancia con lo antedicho, para Agustín Gordillo: «[...] el acto administrativo al producir efectos jurídicos respecto del administrado debe tener la posibilidad de ser impugnado tanto respecto de los actos de gravamen como de aquellos favorables o ampliatorios de derechos [...]».¹³ De tal manera, el ordenamiento jurídico otorga la posibilidad de impugnar los actos y resoluciones administrativas tanto en sede administrativa como en sede contencioso administrativa, conforme los arts. 173 de la Constitución, 31 y 217.2 del Código Orgánico de la Función Judicial.

III. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

El gobierno de los hombres fue sustituido por el gobierno de las leyes, entendida ésta como la expresión de la voluntad general, marco controlador del poder, para controlar la actividad ciudadana. Por ello, los litigantes en el juicio contencioso administrativo están en igualdad de condiciones. El principio de legalidad se lo debe concebir como inherente al Estado de derecho, porque regula el ejercicio del poder público en beneficio de los administrados y en procura del bien común.

Jácome cita a Gustavo Zagrebelsky, para quien: «[...] el principio de legalidad, en general, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento [...]».¹⁴ El principio de legalidad tiene perfecta equivalencia con el de primacía de la ley, lanzado directamente contra el Estado absoluto. El avance fue trascendente: pasar del imperio del rey al imperio de la ley.

Respecto del principio de legalidad, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia dice:

[E]n ejercicio del supremo principio de legalidad que informa a toda la administración pública en el régimen de derecho y más aún en un Estado Social de Derecho como es la condición del Ecuador, conforme expresamente lo señala el Art. 1 de la Constitución de la República, cualquier otro procedimiento que no sea el antes señalado, que es el determinado por la ley, para separar un funcionario, es un procedimiento arbitrario y en consecuencia la jurisdicción contencioso administrativa, que tiene a su cargo el control de la legalidad, estaba en la obligación de declarar ilegal tal procedimiento sin que en consecuencia se pueda de manera alguna sostener que mediante esa declaración se ha violentado la normatividad constitucional. [...]¹⁵

Se constitucionaliza el principio de vinculación positiva de la administración, que implica que en derecho público solo se puede hacer lo que está permitido, en oposición al

11 Dígase: acto administrativo, acto normativo, contrato administrativo, reglamento, contrato, hecho

12 Jinesta Ernesto, *op. cit.*, p. 101.

13 Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, reimpresión, 5.ª ed., Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, 2000, p. 30. https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/tomo1.pdf

14 Jácome Ordóñez María, *op. cit.*, p. 58.

15 Corte Suprema de Justicia, *Gaceta Judicial*, año CI, serie XVII, N.º 4, p. 1133.

derecho privado en dónde prevalece la autonomía de la voluntad de las partes. También deducimos de la norma constitucional la concepción de que todos quienes prestan sus servicios al Estado deben someterse a aquél con independencia del cargo que desempeñen. Así, desde el servidor público de la escala más baja de la carrera administrativa hasta el presidente de la República deben observar y someterse al principio de legalidad.

Para Jaime Santofimio Gamboa:

[D]entro de este marco evidentemente jerarquizado, todo acto estatal deberá colocarse en un punto inferior de la escala vertical del ordenamiento, no pudiendo en ningún momento ser proferido sin la expresa autorización normativa, ni mucho menos contradiciendo los marcos superiores del ordenamiento jurídico positivo.¹⁶

Nos referimos en este punto a la llamada legalidad formal o simple legalidad. Existe un segundo elemento referente a la legalidad que es la legalidad teleológica, que se afina en la búsqueda constante de los medios para la realización de las finalidades públicas, por lo tanto, no nos podemos conformar con una simple aplicación de la ley al caso concreto, sino que debemos procurar una visión mucho más completa. Recordemos el ya citado principio de aplicación directa e inmediata de la Constitución basado no solo en las normas.

Para Santofimio:

[E]l elemento teleológico es, en todo caso, un presupuesto importante de cualquier interpretación de los actos estatales. Porque no es suficiente para la plenitud del derecho una simple y formal comparación entre las decisiones del Estado y el ordenamiento jurídico, en especial las del poder administrativo, para concluir que se ha realizado todo un proceso interpretativo de la legalidad [...]¹⁷

En el caso de que las normas sean insuficientes, los principios, sobre todo aquellos llamados *pro homine*, deben ser considerados a la hora de motivar una resolución de cualquier tipo, no solo conforme al tenor literal de la ley y la Constitución aplicados al caso concreto, sino también los principios, la jurisprudencia y las políticas públicas. La conjunción de todo lo mencionado puede entenderse entonces como el principio de legalidad.

La jurisdicción contencioso administrativa es contralora de la legalidad de las actuaciones de la administración, con una competencia ampliada en cuanto a lo que puede ser materia de impugnación; así como su marco de apreciación. Como nos señala Marco Morales Tobar:

En la actualidad, se debe mirar el principio de legalidad con mucha mayor amplitud, puesto que el administrador público y la función administrativa no sólo que han de estar a lo dispuesto en la normativa jurídica vigente, sino a la juridicidad de sus actos, esto es, han de tener presente al derecho en su conjunto, a la misión que como función pública deben desarrollar, es decir la consecución del bien común, todo ello enmarcado dentro del principio de responsabilidad en su actuación, para que conforme el mandato del artículo 227 de la Carta Primera, sus actuaciones estén enmarcadas en los principios de capacidad, honestidad y eficiencia.¹⁸

IV. EL CONTROL DE LEGALIDAD

Para Carmen Simone, en aquellos casos en los que los administrados son afectados por actos administrativos irregulares, además de los reclamos y recursos en sede administrativa, existe el control de legalidad.¹⁹ Este control coexiste de forma paralela al control

16 Santofimio Gamboa Jaime, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, 4.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 104.

17 *Idem*.

18 Morales Tobar, Marco, *La actividad convencional de la administración pública del Ecuador* (tesis de maestría), Loja, UTPL, 2010, p. 137. <http://dspace.utpl.edu.ec/bitstream/123456789/4917/1/TesisMarcoMorales.pdf>

19 Simone, Carmen, *El control de constitucionalidad de los actos administrativos en el Ecuador* (tesis de maestría), Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2005.

constitucional y al control en sede administrativa, siendo competentes para ejercitarlo los tribunales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal respectivos. Finalmente, el control de legalidad de los actos administrativos, actuaciones entendidas como aquellas declaraciones de voluntad que producen efectos jurídicos directos y particulares sobre los administrados, se realiza a través del recurso de plena jurisdicción o subjetivo.

El origen de este recurso se encuentra, según Jácome, citando a Benítez Astudillo, en la legislación y jurisprudencias francesas, en que apareció el recurso subjetivo destinado a proteger los derechos subjetivos de los administrados frente al abuso de la administración, al que se llamó de «plena jurisdicción».²⁰ Dados los plenos poderes de que se halla investido el juez para declarar ilegal el acto y cesar la violación del derecho, así como para tomar las medidas del caso para reparar el daño proferido por tal violación.

La existencia del control de legalidad de los actos administrativos se explica por sí sola. A diferencia de lo que ocurre con las leyes, en el caso de los actos administrativos, previo al control de constitucionalidad, hay que agregar un nivel intermedio de control: el de las leyes y los actos normativos. Debido a que los actos administrativos no encuentran su fundamento de validez directamente en la norma constitucional, a diferencia de las leyes, cuyo procedimiento de formación y creación está consagrado en la norma suprema. Los actos administrativos descansan en un primer momento en el contenido de leyes y actos normativos y encuentran su fundamento de validez en la Constitución solo de forma mediata.

El principio de legalidad nace con la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que, fundamentado en una noción liberal del Estado, encuentra en la ley una limitación al poder público; lo que el autor Hauriou, llamaba «bloque de legalidad» integrado por normas, reglamentos y principios. Al respecto Jaime Santofimio manifiesta que:

[R]especto de la evolución del principio de legalidad en los países latinoamericanos [...] su fuente primaria más importante se ubica en el principio de supremacía constitucional, heredado de las experiencias revolucionarias y del proceso constitucional norteamericano. En este sentido, tratándose de cualquier aproximación al análisis de la legalidad en nuestros ordenamientos, se debe entender, siempre y en todo lugar, que estamos no sólo ante el respeto y acatamiento de la ley en sentido estricto, sino de la totalidad del sistema normativo a cuya cabeza, según nuestra costumbre institucional, se encuentra la Constitución [...].²¹

Por lo anterior, no es extraño hablar en nuestro medio del principio de sometimiento al bloque de legalidad. Dentro de un Estado de derecho, la jurisdicción contencioso administrativa se encargará de velar por el cumplimiento no solo del marco legal sino de todo principio procesal. Adolfo Merkl hace una diferenciación entre el principio de legalidad y el de juridicidad, manifestando que este último es el que regula las relaciones entre el derecho y la administración.

Para Jorge Zavala Egas, las expresiones principio de legalidad y de juridicidad son sinónimos.²² En oposición a la posición referida, García de Enterría y Fernández dicen que la expresión principio de juridicidad para reservar el nombre de principio de legalidad al juego procedente con la sola ley formal, parece una complicación terminológica innecesaria.²³ Así, el bloque de legalidad comprende toda la normativa en vigencia ya sea legal o reglamentaria, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y hasta las políticas públicas, en el caso ecuatoriano.

Una de las mayores dificultades de la aplicación del ordenamiento jurídico administrativo, según Agustín Gordillo, es partir de normas y principios supraconstitucionales y constitucionales y luego ir subsumiendo en ella las normas de rango legislativo y reglamentario con decreciente valor normativo. Sostiene que el no jurista tiende a invertir el

20 Jácome Ordóñez, María, *op. cit.*

21 Santofimio Gamboa, Jaime, *op. cit.*, p. 107.

22 Zavala Egas, Jorge, «Teoría de la seguridad jurídica», en *Revista Iuris Dictio*, Quito, Universidad San Francisco de Quito, 2004, pp. 5-8. <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/611/682>

23 García de Enterría, E. y Fernández Tomás, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 2001.

orden de jerarquía normativa y dar mayor importancia al más mínimo reglamento, aunque contravenga los principios generales del derecho, normas y principios legales, constitucionales y supraconstitucionales.²⁴ De ahí la necesidad de que quienes administran justicia comprendan conforme señala César Montaña que: «Las organizaciones supranacionales crean Derecho, un ordenamiento jurídico novedoso, autónomo, con su propia naturaleza, caracteres y principios [...]»,²⁵ que no se conformen con conocer únicamente las leyes y reglamentos internos; y, por lo tanto, restrinjan su labor o empiecen por aplicar la pirámide jurídica en sentido inverso, como señala Gordillo. Así, el bloque de legalidad concebido por Hauriau, se amplía del respeto y sujeción a la ley, a la observación de los preceptos constitucionales. Es necesario recalcar que a pesar del paso del Estado de legalidad al Estado de constitucionalidad no ha desaparecido el control de la legalidad. Como fue señalado anteriormente, en línea con lo invocado por Ernesto Jinesta, existe un nexo indisoluble entre Constitución y control dentro de un Estado de derecho.

V. CONTROL DE LA FACULTAD DISCRECIONAL A TRAVÉS DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Jesús González señala que:

[E]s un hecho incuestionable que la Administración no aparece ante el juez como una parte procesal en régimen de igualdad [...] pública ni ante el juez deja de ser un sujeto privilegiado, que goza de una serie de prerrogativas de hecho, en pugna abierta con la justicia [...] se ha llegado a hablar de la institucional inferioridad del particular frente a la administración.²⁶

Una administración controlada evitará desbordar sus atribuciones y competencias, actuará procurando el respeto del orden preestablecido y garantizará de manera efectiva los derechos ciudadanos. El administrado se relaciona con el poder a través de las decisiones administrativas que son la forma de expresión de voluntad de aquél, entonces, según García de Enterría: «[...] el ciudadano se enfrenta con el poder primariamente en cuanto Poder administrativo [...]».²⁷

Esa relación del administrado se hace latente desde las expresiones más sencillas de voluntad de la administración, como cuando pagamos el impuesto predial, requerimos de un médico o de medicinas en el sistema nacional de salud, matriculamos a nuestros hijos en un centro de educación pública, en fin, el ciudadano está en constante interacción con la Administración pública.

El principio de autotutela, con el que cuenta la administración, parte de la presunción de ejecutoriedad de los actos administrativos, en virtud del cual, las decisiones de la administración pueden aplicarse inmediatamente y sin necesidad de autorización judicial. La ejecutoriedad del acto administrativo es consecuencia de su presunción de legalidad y para desvanecerla, el administrado afectado por una decisión administrativa debe probar que la actuación es ilegal o nula.

VI. ANÁLISIS FINAL

La administración y la justicia administrativa, deben regirse a reglas y principios como los de racionalidad, razonabilidad, proporcionalidad, justicia, eficiencia, eficacia, etc.,

24 Gordillo, Agustín, *op. cit.*

25 González Pérez, Jesús, «El control jurisdiccional de la ilegalidad de los reglamentos en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, N.º 29, 1999, pp. 171-19.

26 *Idem.*

27 García de Enterría, Ernesto y Fernández Tomás, *op. cit.*, p. 46.

así como también, considerar los tratados y convenios internacionales y la jurisprudencia expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; los plenos poderes de los que está atribuido la justicia administrativa, le permiten controlar toda la actividad del Estado, entendida ésta no solo como actos administrativos sino también contratos, hechos, reglamentos, resoluciones, etc., es decir, toda la actividad de la administración está sujeta a revisión y control.

Este control, una vez clarificada la delgada línea que divide las facultades administrativas de la potestad jurisdiccional, se podría hacer anulando la decisión administrativa y ordenando el reenvío del proceso a la sede administrativa para que, con base en los lineamientos del fallo, la administración tome la decisión que en derecho corresponda; es decir, mediante una labor de orientación, la administración podrá decidir. Lo cual podría afectar al derecho de tutela judicial efectiva puesto que implicaría una demora adicional en el reconocimiento del derecho del administrado.

Es necesario profundizar el tema para beneficios de profesionales, estudiantes de derecho y quienes tienen en sus manos las decisiones administrativas y de la justicia administrativa.

REFERENCIAS

- Cárdenas Garzón, Viviana, *Control judicial de la inactividad material de la administración pública*, Quito, UASB, 2020. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/1044/7222/1/T3118-MDACP-Cardenas-Control.pdf>
- Cassagne, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.
- García de Enterría, Ernesto y Fernández, Tomás, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 2001.
- Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, 2000.
- Jácome Ordóñez, María. *El control judicial de la actividad discrecional de la administración pública en el Ecuador* (tesis), Quito, 2015, UASB
- Jinesta Lobo, Ernesto, VII Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano: Reforma de la Administración Pública y la Carta Iberoamericana de Administración Pública.
- López Tamayo, Karolina, *La potestad discrecional de la administración y la necesidad de crear mecanismos eficaces para su control* (tesis), U. Hemisferios, 2018.
- Morales Tobar, Marco, *La actividad convencional de la administración pública del Ecuador* (tesis de maestría), UTPL, 2010, p. 137. <http://dspace.utpl.edu.ec/bitstream/123456789/4917/1/TesisMarcoMorales.pdf>
- Pérez Camacho, Efraín, *Derecho administrativo*, tomo I, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006.
- Santofimio Gamboa Jaime, *Tratado de derecho administrativo*, tomo II, 4.^a ed., Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Simone, Carmen, *El control de constitucionalidad de los actos administrativos en el Ecuador* (tesis de maestría), Quito, UASB, sede Ecuador, 2005. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2423/1/T0353-MDE-Simone-El%20control.pdf>
- Zavala Egas, Jorge, «Teoría de la seguridad jurídica», en *Revista Iuris Dictio*, Quito, Universidad San Francisco de Quito, 2004, pp. 5-8.

REVISTA CAP JURÍDICA CENTRAL



La despenalización del aborto en la legislación ecuatoriana

Dayanara Pérez Moreno | [iD](#) Universidad Internacional del Ecuador (Ecuador)

RESUMEN El presente trabajo inicia respondiendo a la interrogante ¿desde qué momento pasamos a darle valor de persona a ese conjunto de células con vida?, para cada sociedad, cada cultura y cada religión. Luego analizamos las dos posturas del debate entre el derecho de la mujer a poder decidir sobre su cuerpo y el derecho del feto a la vida, partiendo desde la historia de la problemática en sí misma hasta llegar a las cifras actuales de abortos..

PALABRAS CLAVE Interrupción del embarazo, ilegalidad, clandestinidad, condiciones inseguras, derecho a la vida y muertes maternas.

FECHA DE RECEPCIÓN 1/1/2022 FECHA DE APROBACIÓN 20/3/2022

The depenalization of abortion in ecuadorian legislation

ABSTRACT The present work begins by answering the question: From what moment did we start to give this group of living cells the value of a person? for each society, each culture, and each religion. Then we analyze the two positions of the debate between the right of woman to be able to decide on her body and the right of the fetus to life, starting from the history of the problem itself up to the current figures of abortions performed, with which we conclude that being something illegal and clandestine, they are usually carried out in unsafe conditions, therefore the decriminalization of abortion is a step not only necessary, but also urgent.

KEY WORDS Interruption of pregnancy, illegality, secrecy, unsafe conditions, right to life and maternal deaths.

INTRODUCCIÓN

El debate del aborto, aunque aplica a muchísimos otros debates, normalmente es muy complejo porque quienes lo discuten lo hacen desde sus propios valores y no desde los hechos o suelen confundir ambas cosas; esos valores propios, sean a favor o sean en contra del tema en cuestión, no son compartidos con la otra persona y ahí se genera una discusión sin sentido que no suele llevar a ningún lugar.

Lo primero que necesitamos para poder hablar del aborto es tener en cuenta que las personas no tenemos una única manera de mirar este tema y básicamente ningún otro. Tenemos que reconocer que todos somos distintos, que cada uno tiene su postura con base en sus creencias y desde ahí debemos avanzar sin menospreciar las creencias y opiniones de los demás y sin asumir que el hecho de que yo crea algo es motivo suficiente para imponerle ese pensamiento a otra persona. Porque una creencia no es evidencia y la realidad no se ajusta a lo que nosotros creemos; el diálogo sobre el aborto debe darse con base en algo que podamos ver absolutamente todos por igual, independientemente de las creencias que cada uno pueda tener.

Este artículo está basado en evidencias y argumentos legales; y si bien hace referencia a los valores, es importante entender que eso es algo subjetivo; todos podemos tener distintos valores, pero si una evidencia¹ no nos gusta no podemos simplemente ignorarla. La cosa es que el debate del aborto resulta una disputa entre el derecho de la mujer a poder decidir sobre su cuerpo y el derecho del feto a la vida.²

A continuación, analizaremos ambas posturas:

Se suele escuchar la famosa frase: «Está demostrado por la ciencia que la vida existe desde la concepción [...]»³ y eso no es tan así o por lo menos es mucho más complejo. Partamos de la base de que ya hay vida mucho antes de la fecundación o concepción en sí misma, tanto los óvulos como los espermatozoides son células vivas de la especie humana; como también lo son, por ejemplo, las células de la piel o los órganos internos.

¿DESDE QUÉ MOMENTO PASAMOS A DARLE VALOR DE PERSONA A ESE CONJUNTO DE CÉLULAS CON VIDA?

La pregunta que se suele hacer en realidad es ¿en qué momento esa vida se toma como un nuevo humano?, o mejor dicho ¿desde qué momento pasamos a darle valor de persona a ese conjunto de células con vida? y ese debate es enorme porque para cada sociedad, cada cultura y cada religión hay una respuesta diferente.⁴

Judaísmo

En el judaísmo⁵ no hay un principio exacto, la gestación del bebé es concebida en diferentes partes; desde la concepción hasta aproximadamente los 40 días el feto es considerado algo así como un líquido, ni siquiera tienen una palabra exacta para definirlo y en otro texto del Talmud de Babilonia⁶ (1342) se determina que la mujer es considerada embarazada recién a partir de los 3 meses de gestación.

Islam

Por otro lado, el Corán⁷ (610-632) no especifica el momento exacto donde se inicia la vida biológica y defiende la vida desde simplemente el inicio; sin embargo, dentro del

1 Información sobre el mundo que lo describe.

2 Morán Faúndes, José y Peñas Defago, María, «¿Defensores de la vida? ¿De cuál “vida”? un análisis genealógico de la noción de “vida” sostenida por la jerarquía católica contra el aborto», en *Sexualidad, Salud y Sociedad, revista latinoamericana*, N.º 15, 2013, pp. 10-36.

3 Cruz-Coke, Ricardo, «Fundamentos genéticos del comienzo de la vida humana», en *Revista chilena de pediatría*, vol. 51, N.º 2, 1980.

4 Herrera Flores Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Catarata, 2005.

5 El judaísmo es la más antigua de las tres religiones monoteístas más difundidas (junto con el cristianismo y el islam).

6 Es una obra que recoge principalmente las discusiones rabínicas sobre leyes judías, tradiciones, costumbres, narraciones y dichos, parábolas, historias y leyendas.

7 Escritura sagrada del islam que muestra el verdadero camino de la salvación.

islam en sí hay diversas creencias, hay quienes sostienen que la vida comienza en la fecundación, otros a partir de los 40 días y otros incluso a los 120 días.⁸

Catolicismo

En cuanto al catolicismo,⁹ tiene una postura prácticamente igual al evangelismo,¹⁰ las dos doctrinas afirman que la concepción de un ser humano va de la mano con la fecundación; instantáneamente la unión del espermatozoide con el óvulo da lugar a un nuevo ser humano, pero la Iglesia católica tardó mucho tiempo en llegar a la posición que al menos por ahora mantiene. Durante mucho tiempo diversos teólogos y sumos pontífices apoyaron una tesis denominada *hominización tardía* que en pocas palabras sostenía que el alma era infundada a los 40 días de la fecundación si el feto era hombre y a los 90 días si el feto era mujer; y si bien el aborto era considerado un pecado, era menos grave si se realizaba antes de la «animación»¹¹ del feto, si se producía después era similar a un homicidio.

Por casi dos milenios la Iglesia discutió internamente respecto a *hominización* sin dejar clara una oposición, excepto durante tres años, a partir de 1588, cuando el papa Sixto V apoyó de manera oficial la tesis de la *hominización inmediata*. Según esa tesis el alma anima al feto en el mismo momento en el que se produce la fecundación y de esa manera y por primera vez en años la jerarquía católica iba en contra de la *hominización tardía* que durante mucho tiempo fue sostenida por los teólogos posmodernos.¹² Hasta 1591 cuando el sucesor de Sixto V, Gregorio XIV, cambió nuevamente la historia diciendo que donde no hay homicidio o feto animado no ha de aplicarse un castigo más estricto que el que prescriben los sagrados cánones o la ley civil, con ese comunicado la Iglesia volvía a la postura anterior donde el alma recién se inyectaba en el feto en algún momento posterior a la fecundación; por lo tanto, el feto «inanimado» no se tomaba como un individuo en sí.

Pero en los siguientes siglos, la tesis de la *hominización inmediata*; es decir, que el feto es un individuo con alma desde el momento de la concepción comenzó a hacerse más y más fuerte y eso sucedió porque en el siglo XVIII se comenzaron a observar a los espermatozoides y a los óvulos a nivel microscópico y científicos de esa época sostenían que en los espermatozoides se podía ver a un diminuto ser humano completamente formado al cual llamaron homúnculos,¹³ eso dio pie a una idea completamente errada de que el embrión ya era un ser humano que solamente tenía que crecer hasta nacer, algo incorrecto ya que el desarrollo embrionario es un proceso mucho más complejo, es mucho más que simplemente aumentar de tamaño y si bien esa idea ya fue refutada, influyó y mucho.

Y eso no es todo. En 1708 el papa Clemente XI declaró la Inmaculada concepción como una fiesta importante para la Iglesia católica y fijó la fecha en el 8 de diciembre, justo 9 meses antes del nacimiento de María, de esa manera asumiendo que María recibió su alma en la concepción se apoyaba quizás sin querer en la tesis de la *hominización inmediata*. En 1854 el papa Pío IX oficializó la doctrina de la Inmaculada concepción y ese mismo papa, 15 años después, oficializaría también la tesis de la *hominización inmediata* publicando el *Apostolicae sedis*¹⁴ donde indicaba que: «Todo aborto, sin importar el momento del embarazo en el cual se realizase es un homicidio que merece la pena de excomunión».¹⁵

8 Alá. *El Corán* (traducción española de Julio Cortés), Ed. Buenas palabras, 2019.

9 El catolicismo es la doctrina religiosa cristiana con mayor número de devotos, en la actualidad hay por lo menos 1329 millones de católicos en el mundo.

10 Corriente cristiana, apareció en el siglo XVI.

11 El momento en que el alma es infundida en el cuerpo.

12 Hurst, Jane, *La historia de las ideas sobre el aborto en la Iglesia católica (lo que no fue contado)*, México, Católicas por el derecho a decidir, 1998.

13 Del latín *homunculus* «hombrecillo».

14 Boletín oficial de promulgación de las leyes canónicas de ámbito universal.

15 Morán Faúndes, José y Peñas Defago María, *op. cit.*, pp. 10-36.

A finales de la década de 1950 Jeromé Lejeune¹⁶ descubrió que la causa de lo que conocemos como síndrome de down era la copia adicional del cromosoma 21 y eso llevó al Vaticano la idea de la genética. Lejeune asumía que desde el momento en el que se formaba el genoma completo de un organismo; es decir, en la fecundación, se formaba la estructura del plan rector de la vida y por lo tanto podría hablarse de un nuevo individuo. En junio de 1974 Lejeune fue nombrado miembro de la Pontificia Academia de las Ciencias y 5 meses después la Congregación para la Doctrina de la Fe del Vaticano publicó la *Declaración sobre el aborto*, donde dictaminaba que desde el momento de la fecundación del óvulo queda inaugurada una vida que no es ni la del padre ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo.¹⁷

El hecho de que el óvulo fecundado; es decir, el cigoto sea la primera célula con un ADN¹⁸ distinto al de la madre y al padre constituye para la Iglesia católica la prueba científica de que ese óvulo fecundado es un nuevo individuo distinto a sus progenitores y cuya vida es valorable en sí misma, pero establecer que un cigoto por tener un ADN propio es un sujeto de derechos no es una aplicación directa del conocimiento científico, es una forma subjetiva de asignarle valor moral y jurídico a una célula y lo que nos hace personas es mucho más que la información genética; es más, si lo que nos hace personas es solamente la información genética entonces dos gemelos idénticos deberían ser tomados exactamente como la misma persona.

Otras culturas

En fin, en otras culturas el inicio de la vida se asocia directamente al parto y ni hablar de los momentos de aceptación social, que en algunas religiones va acompañada de ritos como la circuncisión, el bautismo, etc. En otras sociedades el feto en sí antes del nacimiento no es considerado aún una nueva vida y por lo tanto no tiene protección o valoración moral; sin embargo, eso fue cambiando con el tiempo. A mediados del siglo XX las nuevas tecnologías nos permitieron ver al feto mucho antes del nacimiento y eso cambió por completo las percepciones e ideas que se tienen de él, produciendo un parto social mucho antes del parto biológico; lo que continúa siendo una construcción social ya que, aunque decidamos el nombre de esa futura persona antes de nacer, recién queda registrado después del parto. Por otro lado, los registros de mortalidad oficiales solo cuentan las muertes de aquellos bebés que murieron tras el parto; es decir, valoramos la vida fetal, pero sin desprendernos por completo de la idea de que el nacimiento biológico es realmente el momento donde se podría decir una nueva persona aparece en el mundo.¹⁹

¿QUÉ NOS HACE PERSONAS?

Sabemos que una célula²⁰ con un genoma único no es necesariamente una persona, pero entonces ¿qué nos hace personas? Nuevamente entramos en las opiniones de cada uno que se ven influenciadas por la época, la tecnología y las instituciones. Para muchos autores nos hace personas el hecho de tener un sistema nervioso desarrollado, algo que sucede recién entre las 20 y 30 semanas desde la fecundación,²¹ ese dato es relevante ya que nos muestra que antes de esa fecha ese conjunto de células no siente dolor, ver a un embrión como una persona es algo puramente social que suele cambiar mucho cuando ese embrión está fuera del vientre materno; por ejemplo, en la reproducción asistida

16 Es considerado el padre de la genética moderna.

17 «Declaración sobre el aborto, 11-nov.-1974». Vatican.va, N. p., s. F. Web. 31-dic.-2021.

18 Ácido desoxirribonucleico.

19 Klein, Laura, *Fornicar y matar: el problema del aborto*, Planeta, 2005.

20 Unidad morfológica y funcional de todo ser vivo.

21 Arteaga Martínez, Manuel y García Peláez Isabel, *Embriología humana y biología del desarrollo*, México D. F., Editorial Médica Panamericana, 2017.

se congelan los embriones que sobran y no nos parece algo extraño, luego de un tiempo en algunos lugares hasta incluso se descartan y no estamos hablando de que se está cometiendo un asesinato en masa o por ejemplo no vemos a madres y padres que luego de una fertilización asistida estén diciendo que tienen 25 hijos congelados aunque haya nacido uno solo.

HISTORIA DEL ABORTO

Ahora bien, dejemos las religiones y creencias de lado y veamos un poco la historia de la problemática en sí misma.

CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE LA POBLACIÓN Y EL DESARROLLO (CIPD)

Todo comienza en 1967 cuando la Asamblea Mundial de la Salud identificó el aborto inseguro como un problema serio de salud pública en muchos países y en 1994 unos 180 países participaron en lo que se conoció como la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (CIPD) realizada en El Cairo, organizada por la ONU.²² En el documento final publicado después de esa conferencia se instaba a todos los gobiernos a incrementar su compromiso con la salud de la mujer, a ocuparse de los efectos que tienen en la salud los abortos realizados en condiciones no adecuadas como un importante problema de salud pública y a reducir el recurso al aborto mediante la prestación de más amplios y mejores servicios de planificación de la familia, aclarando que en caso de despenalizar el aborto se debería dar un paso más y garantizar buenas condiciones para quien necesite abortar.²³

Sin embargo, la delegación ecuatoriana se opuso y expresó que: «En cumplimiento de los principios consagrados en la Constitución: la inviolabilidad de la vida, la protección del hijo desde el momento de su concepción, la libertad de conciencia y religión, la protección de la familia como célula fundamental de la sociedad, la paternidad responsable [...]» no puede admitir que en el concepto de salud reproductiva se incluya el aborto.²⁴ Demás está decir que Ecuador no fue el único en reservarse respecto al aborto como un problema de salud pública, de igual manera lo hicieron Argentina, Honduras, El Salvador, Nicaragua, República Dominicana, Guatemala, Perú, Malta, Pakistán, Libia, Emiratos Árabes Unidos y el Vaticano.²⁵

CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE LA MUJER

En 1995 en la cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing, se reafirmaron las preocupaciones planteadas en el informe del Cairo y nuevamente en 1999, en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, efectuada en Nueva York.²⁶

22 Organización de las Naciones Unidas.

23 Ganatra, Bela y cols., «Clasificación mundial, regional y subregional de los abortos por seguridad, 2010-2014: estimaciones de un modelo jerárquico bayesiano», *Lancet* 390.10110 (2017), pp. 2372-2381.

24 Cómo dato adicional, Ecuador también planteó reservas respecto a otro artículo que aceptaba las distintas formas que la familia puede tener.

25 Naciones Unidas, «Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo», en *Salud, Morbilidad y Mortalidad*, Nueva York, N. p., 1995, 133.

26 «Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo», International Women's Health Coalition, N. p., 3 dic. 2013. Web. 31 dic. 2021.

CONSENSO DE MONTEVIDEO SOBRE POBLACIÓN Y DESARROLLO

Luego en Montevideo, en 2013, se hizo la primera reunión de la Conferencia Regional sobre Población y Desarrollo de América Latina y el Caribe, el documento final conocido como Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo plantea nuevamente la preocupación por las muertes maternas provocadas por abortos inseguros; señalando que: «Algunas experiencias en la región, muestran que la penalización del aborto provoca incremento en la mortalidad y morbilidad maternas, y no disminuye el número de abortos [...]» en pocas palabras, sabemos que prohibir el aborto no lleva a que haya menos abortos, por lo tanto se acordaba «Eliminar las causas prevenibles de morbilidad y mortalidad materna, incorporando en el conjunto de prestaciones integrales de los servicios de salud sexual y salud reproductiva medidas para prevenir y evitar el aborto inseguro [...]» y, por último, finaliza instando a los demás Estados a considerar la posibilidad de modificar las leyes, normativas, estrategias y políticas públicas sobre la interrupción voluntaria del embarazo para salvaguardar la vida y salud de las mujeres y adolescentes, mejorando su calidad de vida y disminuyendo el número de abortos.²⁷

CIFRAS ACTUALES

Hoy en día, si bien técnicamente un aborto legal es 14 veces más seguro que un parto,²⁸ la OMS²⁹ calcula que cada año se hacen en todo el mundo unos 55 millones de abortos inducidos de los cuales unos 22 millones son peligrosos; es decir, se realizan en lugares sin un estándar médico mínimo o son hechos por personas sin capacitación o con técnicas incorrectas y los abortos ilegales tienen altísimas tasas de letalidad, unas 5 millones de mujeres ingresan anualmente en hospitales como consecuencia de complicaciones por abortos inseguros, ya sea un aborto incompleto, hemorragias, infecciones, septicemia,³⁰ peritonitis,³¹ perforación uterina o daños en el tracto genital u órganos internos.³²

En 2018 se calcula que se produjeron unas 47 mil muertes a causa de abortos peligrosos en el ámbito mundial; según cifras del Ministerio de Salud en Ecuador la cantidad de muertes en el 2020 por embarazo terminado en aborto es de 180,³³ y si bien los datos no distinguen abortos espontáneos o inducidos, las evidencias muestran que la mortalidad está asociada casi siempre a los inducidos, lo contrario se ve en países donde el aborto se realiza en condiciones seguras con bajas o nulas tasas de mortalidad materna; sin embargo, las estadísticas empeoran ya que la mayoría de las muertes relacionadas al aborto suelen estar vinculadas con lo clandestino o lo ilegal y por eso no queda debidamente registrado, por lo que es imposible tener un número exacto y solo nos podemos quedar con aproximados. Teniendo en cuenta la cantidad de hospitalizaciones por complicaciones relacionadas al aborto se puede hacer una estimación de la cantidad de abortos clandestinos en el país, de acuerdo con los datos publicados por el INEC³⁴ en el 2020 se reportaron 16.130.³⁵

Al respecto, la Organización Mundial de la Salud publicó evidencias que demues-

27 CEPAL, *Consenso de Montevideo sobre población y desarrollo: acceso universal a los servicios de salud sexual y salud reproductiva*, Montevideo, Naciones Unidas, 2013, 21.

28 Raymond, Elizabeth y Grimes David, «The comparative safety of legal induced abortion and childbirth in the United States», en *Obstetrics and Gynecology*, vol. 119, N.º 2 pt 1, 2012, pp. 215-219. Web.

29 Organización Mundial de la Salud.

30 Es una afección que pone en riesgo la vida que se da cuando la respuesta del cuerpo a una infección provoca daños en sus propios tejidos y requiere tratamiento inmediato.

31 Inflamación de la membrana que reviste la pared abdominal y recubre los órganos abdominales, generalmente es infecciosa y puede ser mortal.

32 WHO, «Prevención del aborto peligroso». Who.int. N. p., s. f. Web. 31 dic. 2021.

33 Ministerio de Salud Pública, «Gacetas muerte materna 2020». Gob.ec. N. p., s. f. Web 31 dic. 2021.

34 Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC).

35 INEC, *Registro estadístico de defunciones generales*, N. p., 2020.

tran la diferencia de riesgo del aborto inducido con el aborto realizado en condiciones seguras; un aborto inseguro en Latinoamérica puede ser entre 300 y 30 veces más letal que un aborto legal quirúrgico (ver Figura 1). Otro aspecto que podemos destacar con base en esas evidencias es que mientras las condiciones socioeconómicas sean desfavorables más aumenta el nivel de riesgo en un aborto ilegal (ver Figura 2), ya que quienes pertenecen a sectores socioeconómicos medios o altos pueden financiar un aborto en buenas condiciones, pero ilegal al fin³⁶ (ver Figura 3).

CONSECUENCIAS DE LA ILEGALIDAD

Entonces, restringir el aborto no solo no disminuye la cantidad de abortos, sino que genera consecuencias completamente evitables sobre la salud y la vida de las mujeres que abortan ya que al ser algo ilegal y clandestino suelen ser realizados en condiciones inseguras y de tener complicaciones son tardíamente o mal atendidas. Si nos vamos a extremos, en Latinoamérica el aborto está totalmente despenalizado en Cuba desde 1965, en Guayana desde 1995, en el Distrito federal de México desde 2007 y en Uruguay desde 2012; por el contrario, está totalmente penalizado en El Salvador, Honduras, Nicaragua, República Dominicana y lo estaba en Chile hasta 2017.³⁷

LEGISLACIÓN ECUATORIANA

En 25 países, entre los que está incluido Ecuador se encuentra despenalizado de forma parcial para ciertas causales; ya sea cuando corre riesgo la vida de la mujer, cuando el embarazo es producto de una violación o cuando la mujer tiene retraso mental. Si bien en nuestro país existe el aborto legal para casos específicos y esto está planteado en el COIP³⁸ en los hechos no es fácil garantizar que se cumpla, por eso es necesario que el aborto sea legal en todos los casos, sin excepciones ni causales.

L. C. VS. PERÚ (CEDAW)

Para evitar lo ocurrido en casos como L.C. vs. Perú ante el comité CEDAW³⁹ ésta es la historia de una adolescente de 13 años que quedó embarazada después de haber sido violada en repetidas ocasiones por su vecino, lo cual la angustió tanto que trató de quitarse la vida lanzándose desde la azotea de su casa, no murió pero la caída le destrozó la columna vertebral por lo que necesitaba una intervención quirúrgica urgente para salvar parte de la movilidad de su cuerpo, al llegar al hospital ella no recibió la atención que necesitaba, los médicos no quisieron operarla porque consideraron que una operación podía poner en alto riesgo su embarazo, no les importó su estado de salud ni las graves consecuencias que tendría para toda su vida que no le operaran a tiempo; a los 3 meses sufrió un aborto espontáneo y ahí sí fue operada, pero ya era demasiado tarde, ella quedó cuadripléjica de por vida.⁴⁰

36 World Health Organization, *Equity social determinants and public health programmes*, Ginebra, Suiza, WHO, 2010.

37 Montes, Rocío, «El Senado chileno aprueba la despenalización del aborto en tres casos», en *El País*, N. p., 19 jul. 2017, Web 31 dic., 2021.

38 Código Orgánico Integral Penal. Lexisfinder, 2014.

39 Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer de las Naciones Unidas.

40 L. C. vs. Perú (CEDAW), «Derecho al aborto en casos de violencia sexual», Center for Reproductive Rights, N. p., 7 may 2015, Web 31 dic. 2021.

Figura 1. Denuncias por acoso laboral

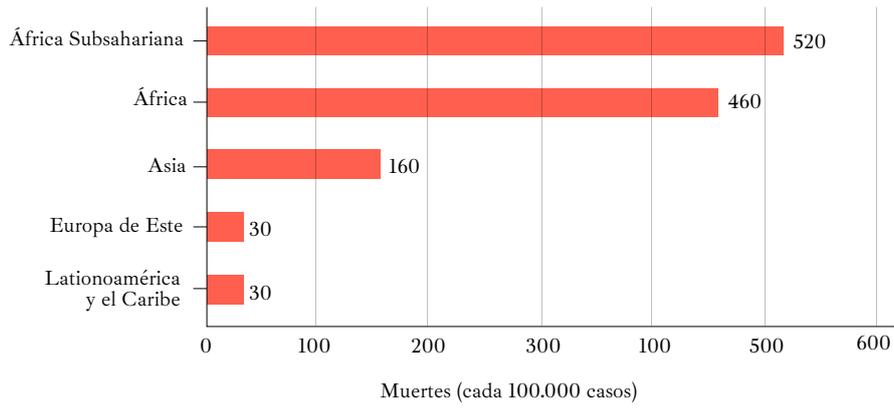


Figura 2. Tipos de proveedor de aborto seleccionado por las mujeres según su estatus en distintas regiones y países

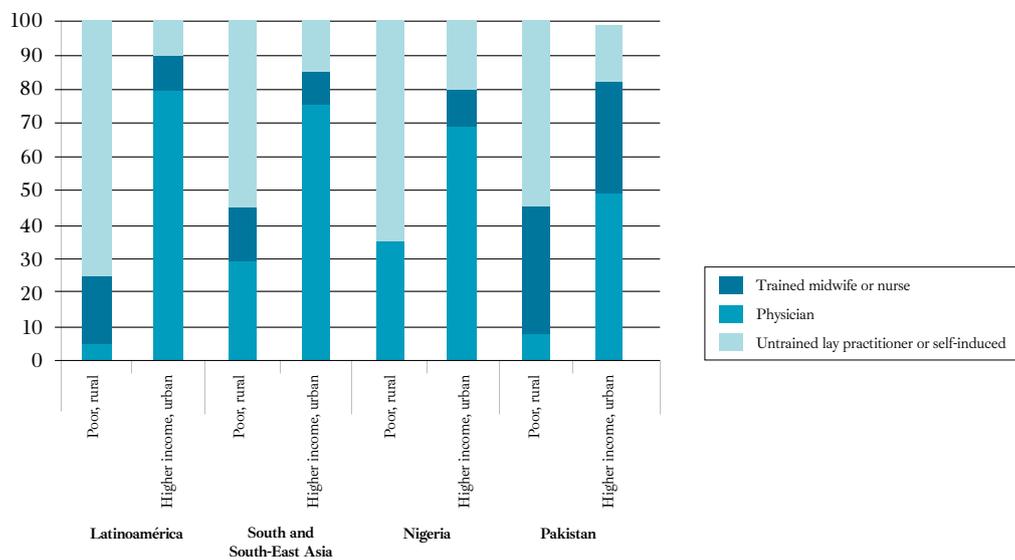
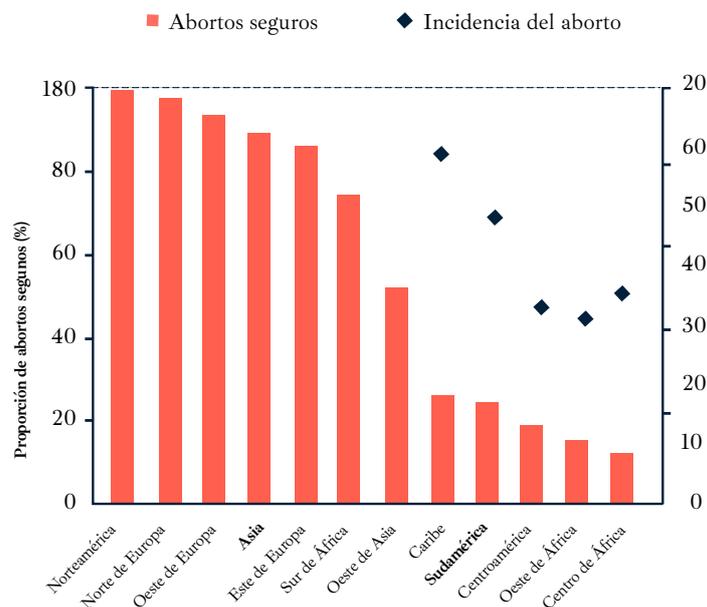


Figura 3. Relación entre la incidencia del aborto y la cantidad de abortos seguros practicados en cada región



ANA VS. COSTA RICA (CIDH)

Pasemos al caso de Ana vs. Costa Rica ante la CIDH⁴¹ a quien le negaron el aborto en su país pese a que los médicos le habían dicho que su embarazo tenía graves problemas, el feto no iba a desarrollarse bien e iba a morir al nacer por lo que Ana sintió mucha angustia como cualquier mujer en esa situación; no podía dormir, ni comer ni seguir con sus actividades cotidianas, éste era un embarazo deseado y no quería pasar por la experiencia de literalmente parir y que su hijo no sobreviviera; por eso decidió solicitar un aborto, sabiendo que a pesar de que el aborto era un delito en Costa Rica existía una excepción legal que le permitía a mujeres acceder a este servicio de salud cuando los embarazos ponían en riesgo su vida o su salud, no solo física sino también mental, pero a Ana le negaron el aborto, no importó su angustia ni su sufrimiento; porque sencillamente no estaban de acuerdo con el aborto y le dijeron un no rotundo. Ana fue entonces obligada a seguir con su embarazo que desembocó en un parto de 7 horas para dar a luz a un feto muerto como los diagnósticos pronosticaron, la experiencia fue tan traumática que ella decidió ligarse las trompas porque no podía volver a vivir algo así.

NORMA VS. ECUADOR (COMITÉ DE DD. HH. DE LA ONU)

Revisemos, por último, el caso de Norma vs. Ecuador ante el Comité de DD. HH. de la ONU. Norma fue violada por su padre a los 13 años y quedó embarazada, como ella nunca recibió educación sexual o información sobre métodos anticonceptivos al principio ni siquiera entendía lo que estaba sucediendo con su cuerpo y no pudo acceder al aborto en Ecuador pese a que el aborto es legal cuando la vida o la salud de la mujer corre algún tipo de riesgo y un embarazo a tan temprana edad es siempre un embarazo de alto riesgo. Por esa negación Norma dejó de asistir al colegio, dejó de jugar con sus amigas y no pudo construir sueños propios porque la obligaron a ser madre siendo aún una niña.⁴²

Esas historias son tan dolorosas como ciertas y lo peor es que no son casos aislados, son solo tres de muchísimas historias que aparecen todos los días en Ecuador y en la región y es que la penalización del aborto sigue creando barreras para que las mujeres puedan acceder a este servicio de salud. Obvio que contar con excepciones es una mejor opción que la prohibición total, pero cuando una conducta es un derecho y un delito a la vez incluso para esos casos donde es legal sigue sin ser suficiente porque la presencia de un delito genera miedo e incertidumbre; además junto a todo esto subyace el problema de la desigualdad que presupone la brecha entre los que más tienen y los que menos tienen y donde nuestro continente es el más injusto.

TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

El principal argumento de quienes en palabras simples se oponen al aborto es que el aborto es inconstitucional y se contrapone a la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴³ que establece que el derecho a la vida es a partir de la concepción, pero el texto completo dice lo siguiente: «Toda persona tiene derecho a que se respete su vida, este derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción [...]»⁴⁴ ese «en general» está incluido en el texto original y se agregó para que los

41 Corte Interamericana de Derechos Humanos.

42 Casas, Ximena y Towns-Miranda, Luz, «Son niñas, no madres», en *El País*, N. p., 29 may 2019, Web 31 dic. 2021.

43 También llamada Pacto de San José de Costa Rica.

44 Organización de los Estados Americanos, «Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)», 1969.

Estados pudieran legislar sobre excepciones sin violar la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Además, la penalización del aborto incumple con otros tratados de derechos como la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y que el derecho a la vida no debe entenderse como un derecho absoluto cuya protección pueda justificar la negación total de otros derechos.

La protección jurídica del embrión no es absoluta e inclusive en la Convención de los Derechos del Niño se aclara que «Se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad [...]»⁴⁵, pero no se especifica desde cuándo. El Ecuador por su cuenta reconoce el derecho a la vida del niño «desde su concepción» en el Código de la niñez y adolescencia y en la Constitución. Por lo tanto, no, el aborto legal no es inconstitucional.

GASTO PÚBLICO

Otro de los puntos que más señalan quienes se oponen es el costo, bajo la premisa de que sería muy caro garantizar los abortos y que teniendo en cuenta el momento económico que está atravesando nuestro país es imposible costearlo, pero no es tan así. Partamos de la base de que en los países donde la interrupción voluntaria del embarazo está completamente prohibida o se permite solo en casos específicos el 75% de los abortos inducidos se realizan por fuera del sistema de salud y como mencioné anteriormente esos abortos se realizan de manera insegura, ya sea desde costosas cirugías en alguna clínica clandestina o hasta las cosas más peligrosas que te puedas imaginar como la autoiducción del aborto introduciendo agujas de tejer, alambres, puntas de perchas o consumiendo sustancias tóxicas como herbicidas u hojas de ruda.

La única manera de un aborto clandestino seguro es pagando un elevado costo en el mercado negro, lo que termina empujando a quien no puede pagarlo a lo peligroso y esos abortos peligrosos suelen derivar en internaciones hospitalarias por complicaciones o incluso hasta la muerte, solo en Ecuador entre 2004 y 2014 hubo 33.340 internaciones⁴⁶ al año por complicaciones asociadas al aborto en hospitales públicos de todo el país.⁴⁷

Sin embargo, en los países donde se permite la interrupción voluntaria del embarazo de forma segura las complicaciones y muertes por abortos son muchísimo más bajas que en los lugares donde está prohibido y con eso los costos de salud asociados a las hospitalizaciones son muy bajos; además en los países donde el aborto es legal la tasa de aborto es más baja y se fue reduciendo con el correr de los años,⁴⁸ lo cual deja entrever nuevamente que restringir o prohibir el acceso al aborto no reduce la cantidad de abortos inducidos.

Por ejemplo, en Uruguay donde el aborto es legal desde 2012, los abortos eran responsables del 37% de las muertes maternas durante 2001 y 2005; luego de ser legalizado esas muertes cayeron hasta representar un 8% entre 2011 y 2015.⁴⁹ Cabe aclarar que algunos países sí aumentaron la cantidad de abortos reportados después de la legalización, pero ese aumento suele tener una explicación; salen a la luz la cantidad de abortos que anteriormente en clandestinidad no quedaban registrados en cifras oficiales.⁵⁰

Pero sí hay países como España o Cuba, donde sí ocurrió un aumento real de abortos

45 UNICEF, «Convención sobre los Derechos del Niño», 1989.

46 No incluye internaciones en el sistema privado.

47 «¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?», Human Rights Watch, N. p., 14 jul. 2021, Web 31 dic. 2021.

48 Sedgh, Gilda *et al.*, «Abortion incidence between 1990 and 2014: global, regional, and subregional levels and trends», *Lancet* 388.10041 (2016), pp. 258-267.

49 OPS, «Uruguay tiene la tasa de mortalidad materna más baja de América Latina», Paho.org., N. p., 2010, Web 31 dic. 2021.

50 Faúndes, Aníbal y Iqbal H. Shah, «Evidence supporting broader access to safe legal abortion», en *International Journal of Gynaecology and Obstetrics: the official organ of the International Federation of Gynaecology and Obstetrics*, vol. 131, Suppl 1, 2015, pp. S56-9. Web.

poslegalización y si bien son excepciones a la tendencia, es importante tenerlos en cuenta; así como también tener en cuenta qué es lo que llevó a que los abortos aumenten en esos lugares. Según diversos estudios es probable que ese aumento se deba a algunas otras causas como el aumento de la actividad sexual en adolescentes, la falta de acceso a anticonceptivos o embarazos no intencionados que ocurren fuera del matrimonio en sectores de la población donde esto aún es un tema tabú, y si bien que aumenten los abortos no es algo deseable, saber que están aumentando sí lo es ya que eso es parte de tener información certera de cuántos abortos hay y así entender si hay que reforzar por ejemplo la educación sexual.

Volviendo al tema del costo, se realizaron estimaciones que argumentaban que la legalización del aborto aumentaría los gastos del sistema de salud de nuestro país; sin embargo, esas estimaciones fueron realizadas teniendo en cuenta el costo de los procedimientos abortivos dentro del mercado negro o en otros países, por lo que no son las mejores estimaciones para calcular el gasto real que esto conllevaría.⁵¹ Hay que tener en cuenta que si el aborto es legal las internaciones por complicaciones son muy raras y las muertes son casi nulas, por lo que todo ese dinero gastado en las hospitalizaciones por complicaciones de abortos clandestinos se ahorraría. El costo real de todo esto depende del método elegido y de si ese método es provisto por el sector público o privado.

PROCEDIMIENTOS PARA LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO

MISOPROSTOL

El misoprostol es un fármaco que comenzó a venderse durante la década de los ochenta para prevenir y tratar las úlceras gástricas; sin embargo, se dice que una mujer brasileña descubrió de casualidad las propiedades abortivas del medicamento y comenzó a utilizarlo para eso de manera clandestina. Tiempo después se hicieron los estudios correspondientes y se encontró que el misoprostol se une a las células musculares del útero y las estimula generando contracciones y dilatación del canal cervical para terminar expulsando el contenido uterino; es decir, produciendo un aborto.⁵²

La efectividad del misoprostol para completar el aborto varía entre un 70% y un 90% dependiendo la etapa del embarazo en la cual se utilice. Por su seguridad y su facilidad de uso fue incorporado inmediatamente a los protocolos de interrupción voluntaria del embarazo en muchos países del mundo y hasta está incluido en la lista de medicamentos esenciales de la Organización Mundial de la Salud.⁵³ El método recomendado a utilizar apoyado en evidencia consiste en la ingesta de 400 a 800 microgramos de misoprostol por vía sublingual con un máximo de tres dosis separadas por 3 o 4 horas completando un total de 1200 a 2400 microgramos del fármaco.⁵⁴

MIFEPRISTONA

Como el método es realmente muy sencillo y seguro hasta se recomienda hacerlo en el hogar, lo que reduce prácticamente a cero los costos de ocupar un lugar en algún

51 Ngo, Thoai D. *et al.*, «Comparative effectiveness, safety and acceptability of medical abortion at home and in a clinic: a systematic review», en *Bulletin of the World Health Organization*, vol. 89, N.º 5, 2011), pp. 360-370. Web. 31 dic. 2021.

52 Wesley Clark, Shannon Caitlin y Beverly Winikoff, «Misoprostol for uterine evacuation in induced abortion and pregnancy failure», en *Expert Review of Obstetrics & Gynecology*, vol. 2, N.º 1, 2007, pp. 67-108. Web.

53 WHO, «Model Lists of Essential Medicines». Who.int. N. p., s. f. Web 1 ene. 2022.

54 Wu, Hang-Lin *et al.*, «Misoprostol for medical treatment of missed abortion: a systematic review and network meta-analysis», en *Scientific Reports*, vol. 7, N.º 1, 2017, pp. 1664. Web 1 ene. 2022.

hospital.⁵⁵ Sin embargo, genera síntomas bastante desagradables como sangrado abundante, contracciones uterinas dolorosas, vómitos, náuseas, diarrea, temblores, fiebre y mareos por lo que se recomienda el acompañamiento de un profesional. Incluso, hace poco se descubrió que si al misoprostol se le combina otro medicamento, la mifepristona, el procedimiento se hace aún más efectivo, más seguro, con menos efectos adversos y más económico.⁵⁶

ASPIRADO AL VACÍO

Por otro lado, en casos donde alguna persona no pueda tomar misoprostol o mifepristona por alguna condición previa de salud o alguna alergia el método utilizado es el legrado uterino; sin embargo, esta práctica dejó de recomendarse por la OMS por causar graves consecuencias como perforaciones del útero o infecciones.⁵⁷ Como alternativa más segura surgió el aspirado al vacío que es menos costoso que el legrado, es más efectivo que el aborto farmacológico y puede realizarse en centros de salud de baja complejidad en poco tiempo, si una institución tiene la capacidad de colocar un DIU⁵⁸ también puede realizar un aspirado al vacío a aproximadamente el mismo costo que un aborto farmacológico.⁵⁹

SÍNDROME POSTABORTO

Mucho se habla del impacto del aborto en la salud mental de las mujeres, en lo que se conoce como el síndrome posaborto.⁶⁰ Esa idea surgió de estudios que fueron muy criticados por la comunidad científica⁶¹ por haber sido realizados con metodología inadecuada, se midió el efecto del aborto en la salud mental de las mujeres sin tener en cuenta variables muy importantes como antecedentes familiares de trastornos psiquiátricos, apoyo de seres queridos o sentimientos de culpa.⁶² Más adelante, investigaciones de mejor calidad demostraron que, si bien, por supuesto, tiene consecuencias psicológicas es relevante considerar también las consecuencias psicológicas en aquellas mujeres a las cuales se les negó la posibilidad de abortar y que se encuentran dentro de un contexto social y familiar que estigmatiza la interrupción voluntaria del embarazo; las cuales resultaron ser aún peores.⁶³

PLAN DE EDUCACIÓN SEXUAL INTEGRAL

Cualquier política de salud relacionada al tema del aborto tiene que estar casi que obligadamente acompañada de un buen plan de educación sexual integral. Hay dos ejemplos perfectos de lo necesaria que es la educación sexual, dos cosas que pensamos que

55 Kopp Kallner, H. *et al.*, «Home self-administration of vaginal misoprostol for medical abortion at 50-63 days compared with gestation of below 50 days», *Human Reproduction*, Oxford-England, vol. 25, N.º 5, 2010, pp. 1153-1157. Web 1 ene. 2022.

56 Ngoc, Nguyen Thi Nhu *et al.*, «Comparing two early medical abortion regimens: mifepristone+misoprostol vs. misoprostol alone», en *Contraception*, vol. 83, N.º 5, 2011, pp. 410-417. Web.

57 Organización Mundial de la Salud, *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*, N. p., 2012.

58 Significa dispositivo intrauterino (básicamente un dispositivo que se pone dentro de tu útero). Es una pequeña pieza de plástico flexible en forma de T.

59 Tarragona, Sonia y Malena Monteverde, «Cuánto costará al sistema la legalización del aborto». Scribd. N. p., s. f. Web 1 ene. 2022.

60 Academy of Medical Royal Colleges (ed.), *Induced abortion and mental health*, National collaborating Centre of Mental Health, 2011

61 Biggs, M. Antonia *et al.*, «Women's mental health and well-being 5 years after receiving or being denied an abortion: a prospective, longitudinal cohort study: a prospective, longitudinal cohort study», en *JAMA psychiatry*, Chicago, Ill., vol. 74, N.º 2, 2017, pp. 169-178. Web. 1 ene. 2022.

62 Steinberg, Julia R. *et al.*, «Fatal flaws in a recent meta-analysis on abortion and mental health», en *Contraception*, vol. 86, N.º 5, 2012, pp. 430-437.

63 Charles, Vignetta E. *et al.*, «Abortion and long-term mental health outcomes: a systematic review of the evidence», en *Contraception*, vol. 78, N.º 6, 2008, pp. 436-450. Web.

son obvias, pero que, sin embargo, para muchos no lo son. El preservativo masculino es el único método anticonceptivo que previene las infecciones de transmisión sexual, en la teoría el preservativo tiene una eficacia de tan solo 0,5 embarazos de cada 100, prácticamente nada, pero en la práctica ese número asciende de 8 a 14 embarazos de cada 100 porque sencillamente lo usamos mal o es utilizado tarde solo para la eyaculación o se abre el paquete con los dientes dañando el preservativo o queda guardado erróneamente o todo aplastado en una billetera, no corroboramos la fecha de vencimiento, lo colocamos al revés y lo volvemos a dar vuelta y un sin fin de cosas más.

En cuanto a la pastilla del día después, muchas personas creen que es abortiva, pero nada más alejado de la realidad, la pastilla del día después es una píldora con mucha hormona que inhibe la ovulación; solo funciona evitando la liberación del óvulo y no tiene ningún efecto en un embrión ya formado. Hay que tomarla lo antes posible ya que cuanto antes se tome más eficaz es y hay que tener en cuenta que su eficacia va bajando hasta el quinto día.

CONCLUSIONES

Establecer que un cigoto por tener un ADN propio es un sujeto de derechos no es una aplicación directa del conocimiento científico, es una forma subjetiva de asignarle valor moral y jurídico a una célula.

Con la despenalización del aborto se busca que las mujeres que deseen interrumpir un embarazo lo puedan hacer, así como quienes desean proseguir con el embarazo también puedan hacerlo, respetando las decisiones de cada persona.

La legalidad del aborto es un paso no solo necesario, sino que urgente; además es una posibilidad real de disminuir drásticamente el número de muertes maternas y el gasto de salud pública asociado a las complicaciones de los abortos clandestinos.

Quedó evidenciado que restringir estos procedimientos y empujarlos a la ilegalidad o la clandestinidad no está sirviendo prácticamente de nada, quienes necesitan o quieren abortar lo van a hacer sea legal o sea ilegal y por supuesto que todo esto va acompañado de educación sexual.

Si se planea bien un aborto no es algo muy caro para el Estado, sobre todo si lo comparamos con el costo actual de las internaciones hospitalarias por complicaciones de abortos clandestinos.

REFERENCIAS

- Casas Ximena y Towns-Miranda, Luz, «Son niñas, no madres», en *El País*, N. p., 29 may 2019. Web 31 dic. 2021.
- CEDAW, «L. C. vs. Perú: derecho al aborto en casos de violencia sexual», Center for Reproductive Rights, N. p. 7 may 2015. Web 31 dic. 2021.
- Código Orgánico Integral Penal. Lexisfinder, 2014. Print.
- Cruz-Coke, Ricardo, «Fundamentos genéticos del comienzo de la vida humana», en *Revista chilena de pediatría*, vol. 51, N.º 2, 1980. Web.
- El Gato y la Caja | Ciencia en lugares, «El octavo pasajero», N. p. 16 mar. 2015. Web 1 ene. 2022.
- El Gato y La Caja | Ciencia en lugares, «Inconcebible», N. p. 4 jul. 2016. Web 1 ene. 2022.
- El Gato y La Caja | Ciencia en lugares, «La máquina de hacer pastillas», N. p. 30 ago. 2019. Web. 1 ene. 2022.
- El Gato y La Caja | Ciencia en lugares, «La toma de la pastilla», N. p. 9 abr. 2018. Web 1 ene. 2022.

- El Gato y La Caja | Ciencia en lugares, «Nicole en el laberinto», N. p. 14 jun. 2019. Web 1 ene. 2022.
- Faúndes, Aníbal e Iqbal H. Shah, «evidence supporting broader access to safe legal abortion», en *International Journal of Gynaecology and Obstetrics: the official organ of the International Federation of Gynaecology and Obstetrics*, N.º 131, Suppl 1, 2015, pp. S56-9. Web.
- Ganatra, Bela *et al.*, «Global, regional, and subregional classification of abortions by safety, 2010-14: estimates from a bayesian hierarchical model», en *Lancet* 390.10110 (2017), pp. 2372-2381. Web.
- Human Rights Watch, «¿Por qué me quieren volver a hacer sufrir?», N. p., 14 jul. 2021. Web. 31 dic. 2021
- Hurst, Jane, *La historia de las ideas sobre el aborto en la iglesia católica (lo que no fue contado)*. Católicas por el derecho a decidir, 1998. Print.
- INEC, Registro estadístico de defunciones generales. N. p., 2020. Print.
- International Women's Health Coalition, «Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo», N. p., 3 dic. 2013. Web. 31 dic. 2021.
- Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos cómo productos culturales: crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Catarata, 2005. Print.
- Klein, Laura, *Fornicar y Matar: el problema del aborto*, Planeta, 2005. Print.
- Kopp Kallner, H. *et al.*, «Home self-administration of vaginal misoprostol for medical abortion at 50-63 days compared with gestation of below 50 days», en *Human reproduction*, vol. 25, N.º 5, 2010, pp. 1153-1157. Web 1 ene. 2022.
- Ministerio de Salud Pública, «Gacetas muerte materna 2020». Gob.ec. N. p., s. f. Web 31 dic. 2021.
- Morán Faúndes, José y Peñas Defago, María. «¿Defensores de la vida? ¿De cuál “vida”? un análisis genealógico de la noción de “vida” sostenida por la jerarquía católica contra el aborto», en *Sexualidad, Salud y Sociedad, revista latinoamericana*, N.º 15, 2013, pp. 10-36. Web.
- Montes, Rocío, «El Senado chileno aprueba la despenalización del aborto en tres casos», en *El País*, N. p., 19 jul. 2017. Web 31 dic. 2021.
- Naciones Unidas, «Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo», *Salud, Morbilidad y Mortalidad*, Nueva York, N. p., 1995. 133. Print.
- Ngo, Thoai D. *et al.*, «Comparative effectiveness, safety and acceptability of medical abortion at home and in a clinic: a systematic review», en *Bulletin of the World Health Organization*, vol. 89, N.º 5, 2011, pp. 360-370. Web. 31 dic. 2021.
- Ngoc, Nguyen Thi Nhu *et al.*, «Comparing two early medical abortion regimens: mifepristone+misoprostol vs. misoprostol alone», en *Contraception*, vol. 83, N.º 5, 2011, pp. 410-417. Web.
- OPS, «Uruguay tiene la tasa de mortalidad materna más baja de América Latina», Paho.org. N.p., 2010, Web 31 dic. 2021.
- Organización de los Estados Americanos, «Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)», 1969, Web.
- Organización Mundial de Salud, *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*, N. p., 2012. Print.
- Raymond, Elizabeth G. y Grimes, David A. «The comparative safety of legal induced abortion and childbirth in the United States», en *Obstetrics and gynecology*, vol.119, N.º 2 Pt 1, 2012, pp. 215-219. Web.
- Rubín, Sergio, «El inicio de la vida según la visión de las religiones», Com.ar, N. p. s. f. Web. 1 ene. 2022.
- Sedgh, Gilda *et al.*, «Abortion incidence between 1990 and 2014: global, regional, and subregional levels and trends», en *Lancet*, 388.10041 (2016), pp. 258-267. Web.
- Steinberg, Julia R. *et al.*, «Fatal flaws in a recent meta-analysis on abortion and mental

- health», en *Contraception*, vol. 86, N.º 5, 2012, pp. 430-437. Web.
- Steinberg, Julia R. y Lawrence B. Finer, «Coleman, coyle, shuping, and rue make false statements and draw erroneous conclusions in analyses of abortion and mental health using the national comorbidity survey», en *Journal of psychiatric research* vol. 46, N.º 3, 2012, pp. 407-8; discussion 408-11. Web.
- Tarragona, Sonia y Monteverde, Malena, «Cuánto costará al sistema la legalización del aborto», *Scribd*. N. p., s. f. Web 1 ene. 2022.
- UNICEF, «Convención sobre los Derechos del Niño», 1989. Web.
- Vaticano, «Declaración sobre el aborto», 11-nov.-1974». *Vatican.va.*, N. p., s. f. Web 31 dic. 2021.
- Vignetta, Charles E. *et al.*, «Abortion and long-term mental health outcomes: a systematic review of the evidence», en *Contraception*, vol. 78, N.º 6, 2008, pp. 436-450. Web.
- Wesley Clark, Shannon Caitlin y Winikoff Beverly, «Misoprostol for uterine evacuation in induced abortion and pregnancy failure», en *Expert review of obstetrics & gynecology* vol. 2, N.º 1, 2007, pp. 67-108. Web.
- World Health Organization, *Equity social determinants and public health programmes*, Ginebra, Suiza, World Health Organization, 2010. Print.
- WHO, «Model lists of essential medicines». *Who.int*. N. p., s. f. Web 1 ene. 2022.
- WHO, «Prevención del aborto peligroso». *Who.int*. N.p., s. f. Web 31 dic. 2021.
- Wu, Hang-Lin *et al.*, «Misoprostol for medical treatment of missed abortion: a systematic review and network meta-analysis», en *Scientific reports*, vol. 7, N.º 1, 2017, p. 1664. Web. 1 ene. 2022.



Las criptomonedas: el bitcoin y su creciente regulación. Una mirada al futuro

Janetsy Gutiérrez Proenza¹ | Universidad Central del Ecuador (Ecuador)

RESUMEN Las grandes influencias de las criptomonedas, esencialmente el bitcoin, han promovido un rápido desarrollo de tecnologías tendientes a un crecimiento increíble desde el 2013. Sin embargo, esta frenética aceleración de los procesos de consolidación de las criptomonedas como alternativa al sistema financiero establecido en todo el mundo, ha generado una gran incertidumbre o desconfianza por este nuevo sistema que implica un conocimiento diferente sobre los procesos financieros y transaccionales, sobre todo por la gran desconcentración del uso y regulación de la moneda a cargo de instituciones centrales, además de la carencia de una entidad, sea Estado o bancos mundiales, para el control y/o regulación de este fenómeno. ¿Cuál es la tendencia a nivel mundial que el futuro depara a este tipo de transacciones comerciales? ¿Qué incidencias regulatorias se observan en el Ecuador y en el mundo? ¿Se necesita un orden normativo para proteger a los usuarios que las ocupan y el efecto social que éstas han producido? Son algunas de las interrogantes que se pretenden contestar en este artículo.

PALABRAS CLAVE Criptomonedas, bitcoin, sistemas financieros, entidades de regulación monetarias, moneda de uso oficial.

FECHA DE RECEPCIÓN 15/10/2021 FECHA DE APROBACIÓN 6/1/2022

Cryptocurrencies: bitcoin and its growing regulation. A look into the future

ABSTRACT The great influences of cryptocurrencies, essentially by Bitcoin has promoted a rapid development of technologies tending to an incredible growth since 2013. However, this frantic acceleration of the processes of consolidation of cryptocurrencies as an alternative to the financial system established around the world, has generated great uncertainty or distrust for this new system that implies a different knowledge about financial and transactional processes, above all, due to the deconcentrating of the use and regulation of the currency by central institutions, in addition to the lack of an entity, be it State or World Banks for the control and / or regulation of this phenomenon. What is the global trend that the future holds for this type of commercial transaction? What regulatory incidences are observed in Ecuador and in the world? Is a normative order needed to protect the users who occupy them and the social effect they have produced? These are some of the questions that are intended to be answered in this article.

KEY WORDS Cryptocurrencies, bitcoin, financial systems, monetary regulatory entities, currency of official use.

1 Máster en Derecho Empresarial, especialista en Derecho Penal y Derecho Ambiental. Docente de la Universidad Central del Ecuador: Derecho Informático, Derecho Minero y Petrolero. Autora del libro *El derecho informático y su aplicación en Ecuador*, CEP 2019, y otras publicaciones.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad la forma convencional del dinero ha evolucionado hasta el punto de encontrar varias plataformas digitales que permiten generar dinero. Este dinero no es el dinero convencional, sino que adopta el nombre de dinero virtual, es así que encontramos las criptomonedas. El presente trabajo abordará todo lo relacionado a las criptomonedas, sus principales características y funcionalidad, además de la legislación de los países en donde éstas son utilizadas, a fin de conocer cuál es su regulación dentro del ámbito del derecho o si las mismas necesitan una nueva regulación con el fin de proteger a los usuarios que las ocupan y el efecto social que éstas han producido.

La criptomoneda es dinero digital que utiliza claves o códigos para generar un sistema de pagos seguro y que solo la persona que tenga acceso a ésta pueda cobrar el dinero. En el año 2009 apareció la primera criptomoneda, creada por Satoshi Nakamoto (seudónimo), esta criptomoneda se denominó bitcoin.

La influencia del bitcoin ha generado una gran incidencia en el desarrollo de las criptomonedas y de toda la tecnología blockchain-based, según Ang, Ming y Xu (2021), esto puede deberse a tres características en particular: 1) la gran variedad, desde agosto de 2019, del número de criptomonedas, las cuales ya son más de 2300 y siguen creciendo rápidamente; 2) el rápido desarrollo del número de ICOs (entendidos estos últimos como los medios o formas de conversión de criptomonedas a monedas de curso legal); y 3) el enorme precio de cambio y la drástica fluctuación ocurrida por el bitcoin.

En este sentido, es necesario conocer el funcionamiento básico de las criptomonedas, para así comprender por qué su método dista tanto de las entidades financieras ordinarias y que de ahí derive en la compleja tarea de dotarlo de una regulación normativa estricta.

Las criptomonedas cuentan con diversas características diferenciadoras respecto a los sistemas tradicionales: no están reguladas ni controladas por ninguna institución y no requieren de intermediarios en las transacciones. Se usa una base de datos descentralizada, blockchain o registro contable compartido, para el control de estas transacciones. (Santander, 2021)

Según Wolfgang, Campbell y Raphael (2020) las criptomonedas se caracterizan principalmente por: utilizar el mecanismo de *peer to peer* (punto a punto), por lo cual, eliminan efectivamente, el concepto de «intermediario» el cual podría ser una institución financiera, es decir, que no requieren de un tercero que intervenga en los procesos de transferencia del dinero, de ahí que una institución financiera o un Estado, no son necesarios para el uso y control de las criptomonedas. Siendo así, se plantea la alternativa de pasar de un sistema centralizado (una entidad se encarga de su control o regulación) a un sistema descentralizado (no existe una institución que se encargue de su control, sino que se efectúa por la misma comunidad).

Las criptomonedas están desarrolladas sobre la tecnología del blockchain, este sistema se basa en la validación de transferencias y registros a través de bloques, que a su vez están compuestos por páginas, pero todos estos bloques generan una secuencia en cadena y, conforme estipula Nakamoto (2009): «The majority decision is represented by the longest chain, which has the greatest proof-of-work effort invested in it» (la decisión definitiva es representada por la cadena de bloques más larga, es decir, aquella en la que se ha invertido mayor esfuerzo para realizar la prueba de trabajo),² la confiabilidad en el sistema subyace en el trabajo conjunto de toda la comunidad y no en la propuesta de un solo sujeto.

Existe un tipo de monedero virtual o digital que permite enviar y recibir criptomonedas, éste es conocido como *wallet*,³ en estos monederos se almacenan los códigos de las criptomonedas y con éstos ya puede realizar compras o transacciones.

2 Prueba de trabajo es solo un método de verificación del blockchain (PoW, Probe of Work). Así funciona bitcoin y ethereum. Otras criptomonedas como chia funciona con otro método, la prueba de espacio/tiempo (PoST) y otras como filecoin funcionan con pruebas de espacio (PoS).

3 Una *wallet* es un software que almacena tus claves públicas y privadas (siempre van juntas) y te permite enviar y recibir criptomonedas a través de la blockchain, almacenar las que quieras y controlar siempre que quieras tu saldo. Fromm <https://www.bitcobie.com/wallet/>

Por lo anteriormente mencionado es importante conocer cuántos tipos de criptomonedas existen; destacaremos las más importantes. Según el diario *La Razón*, existen alrededor de 9000 divisas o monedas digitales y la cotización de éstas hace que unas destaquen sobre otras.

- *Bitcoin*: Esta fue la primera criptomoneda en aparecer y una de las más utilizadas en la actualidad, además su cotización es muy volátil⁴ y, por ende, es la favorita de muchos.
- *Bitcoin cash*: «Esta divisa digital es una bifurcación de la red de bitcoin y su objetivo es asegurar que la moneda cumpla el objetivo inicial de generar un sistema para realizar pagos, explican los autores del libro» (La Razón, 2021).
- *Ethereum*: Es un tipo de plataforma que permite a las empresas crear plataformas para diferentes usos, sin tener que crear un propio sistema.
- *Ripple*: Es considerada como la criptomoneda de los bancos, ya que la misma permite a las entidades financieras hacer transacciones en cuestión de segundos.
- *Tether*: Este tipo de criptomoneda está respaldada por el dinero convencional, esto con la finalidad de que su precio o cotización sea más estable y no baje el mismo de manera descomunal.

De esta manera se puede observar que existen varias criptomonedas, pero su uso trae consigo un sinnúmero de diferencias, puesto que las personas no confían mucho en este sistema debido a que no se encuentran respaldadas por una entidad financiera. El sistema mediante el cual funcionan las criptomonedas las libera de la necesidad de un respaldo institucional, sea éste estatal o bancario; sin embargo, como lo manifiesta la Comisión Europea, es su interacción con el mundo físico lo que podría hacer necesaria su regularización en las distintas naciones, pues afecta la dinámica económica y social. También es necesario mencionar que el foro plantea la existencia de contratos electrónicos, los que se podrían incluir en las legislaciones vigentes desde el punto de la definición de contrato en su sentido estricto o si es necesario adecuar especificaciones que atiendan al medio electrónico y lo respalde como fuente de obligación legal. El continente europeo ha planeado un plan piloto, denominado caja de arena que consiste en una entidad que consiste en la reunión de regulación, empresas y tecnología; sin embargo, no se ha materializado hasta la actualidad.

A nivel mundial existen varias perspectivas de cada uno de los Estados, optando por los diferentes matices de aceptación a este avance tecnológico, algunos de ellos han implementado la prohibición total de su uso como es el caso de China, cuya decisión tuvo un impacto negativo pues influyó en la caída del valor de las criptomonedas; otros países como España promueven su uso a través de incentivos, tales como la eliminación del impuesto al valor agregado a las transacciones de compra y venta que empleen este sistema de pago, además de contar con una participación activa de entidades financieras en dichas operaciones.

LA ACEPTACIÓN DE LOS ESTADOS AL SISTEMA *BLOCKCHAIN*

Ante su incipiente e inminente crecimiento a nivel mundial, es importante conocer la postura de ciertos Estados respecto al uso o capitalización del bitcoin, ya que existen millones de usuarios quienes han adquirido bitcoin (como principal criptomoneda). Partiendo de la postura de ciertos países, encontramos algunos que se encuentran como defensores e incluso promotores del bitcoin mientras que existen otros que se encuentran totalmente reacios a aceptar su implementación como moneda de intercambio,

⁴ Todas las criptomonedas son volátiles porque no tienen respaldo en oro. Esto es lo que puede hacerlas muy atractivas para el que hace trading o poco atractiva para el que hace minería/agricultura.

representando una limitación para la población, y así también existen países que se encuentran en una postura neutra.

A continuación, se mencionará la forma en que estos países ejercen la gobernabilidad respecto del bitcoin. Primero los países que se han pronunciado positivamente al legislar u organizar la normativa correspondiente a la regulación del bitcoin o criptomonedas.

- Japón: el 1 de abril de 2017 aprobó una ley que acepta el bitcoin declarándola como moneda de curso legal, eliminando el impuesto al consumo sobre las operaciones que traten sobre ello.
- España: al ser miembro de la UE ha presionado para establecer regulación de criptomonedas, donde su expansión e intercambio ha tenido éxito. El gobierno español estableció que están exentas del impuesto al valor agregado y cuenta con sin número de tiendas compatibles con bitcoin, además, los bancos BBVA y Bankinter invierten en él. Es decir, este país acoge positivamente a esta moneda.
- Venezuela: al principio perseguía a los mineros de bitcoin, pero luego promovió su registro para poder apoyarse en ellos para desarrollar su «criptomoneda».
- Australia: eliminó el bitcoin de las políticas de doble imposición por lo que el gobierno lo legalizó e indicó que se puede usar como dinero.
- Brasil: este gobierno declaró que esta no es una moneda sino un activo y, por lo tanto, se encuentra sujeto a impuesto sobre ganancias de capital del 15% por encima del umbral.
- Bulgaria: aceptó la moneda digital, por lo que su Agencia Nacional de Ingresos emitió pautas impositivas que establecen que los ingresos por la venta de monedas digitales serán como ingresos por venta de activos financieros, gravados con tasa del 10%.
- Canadá: en noviembre de 2013, su Agencia Tributaria declaró que los pagos de bitcoin se traten como transacciones de trueque y su gobierno anunció su intención de regular bitcoin a través de su legislación contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo.
- Chile: el primer intercambio de bitcoin, donde los ciudadanos podían comprarla con pesos, fue el 2015 con financiamiento del gobierno, debido a la ambición del gobierno por transformarse en centro empresarial e innovador para Latinoamérica. Y se comprometió a proporcionar regulación y supervisión de auditorías financieras y regulación contra el lavado de dinero.
- República Checa: este gobierno introdujo una ley donde se exige los intercambios de divisas virtuales con la identidad de clientes. Además, se agregará un Impuesto al Valor Agregado (IVA) a las monedas virtuales en el futuro.
- Dinamarca: su gobierno y la autoridad de supervisión financiera han anunciado que las empresas de bitcoin serán gravadas de manera normal y no serán sujetas a impuestos por el comercio. «El banco central danés está considerando una e-krona solo digital». (Fuente especificada no válida).
- Estonia: las bitcoins y monedas digitales podían declararse como medios de pago alternativos, sometiéndolos a pasivos por ganancias de capital e IVA.
- Estados Unidos: existe una regulación estatal, tiene la mayor cantidad de usuarios de criptomonedas, cajeros automáticos de bitcoin y los mayores volúmenes de transacciones de bitcoin a nivel mundial, dependiendo de cada estado: Texas, Kansas, Tennessee, Carolina del Sur y Montana con mayor acogida, mientras que Nueva York, New Hampshire, Connecticut, Hawaii, Georgia, Carolina del Norte, Washington y Nueva México tiene regulaciones no favorables a la moneda virtual. El resto todavía no tiene postura.
- Finlandia: el organismo regulador finlandés ha declarado que bitcoin debe tratarse como un activo y estar sujeto al IVA y a las ganancias de capital, aunque las pérdidas por ganancias de capital no serían deducibles.

- Alemania: se publicó un informe en agosto de 2013 donde los bitcoins se tratan como una actividad comercial y, por ende, están sujetos a impuestos por ganancias de capital excepto si están retenidos durante un año o más. El Ministerio Federal de Finanzas dijo que bitcoin debe tratarse como una unidad de cuenta y dinero privado, y por ello debe sujetarse a impuestos de ventas e IVA.

Mientras que, por otro lado, existen gobiernos los cuales mantienen su mentalidad en oposición a esta nueva propuesta económica por lo que han tomado medidas para conservar el funcionamiento económico tradicional.

- Argentina: para este país el bitcoin no es moneda legal en sentido estricto, pues no es emitida por autoridad monetaria del gobierno y no es de curso legal; sí se le considera dinero, pero no moneda legal, ya que no son un medio obligatorio para cancelar deudas u obligaciones.
- Bangladesh: aprobó una ley en 2014 indicando que cualquier persona descubierta usando la moneda virtual podría ser encarcelada por leyes antilavado de dinero del país, siendo punible hasta con 12 años de cárcel. El banco de este gobierno emitió advertencia contra la realización de transacciones en criptomonedas.
- Bolivia: este gobierno prohibió el uso de bitcoin por temor de que permitiera la evasión de impuestos y la inestabilidad monetaria.
- China: en 2013, el Banco Central de China había prohibido a las instituciones financieras participar en transacciones de moneda digital y bitcoin, pero los individuos eran libres de operarlas hasta este año que se opuso totalmente. (Ocasionando una caída considerable en el valor del bitcoin)
- Islandia: el gobierno, preocupado por la fuga de capital, prohibió rotundamente el bitcoin.

Como tercera sección, se presentan a los países que se han mantenido neutrales; probablemente a la espera de indicaciones de sus organizaciones o de la evolución de este nuevo sistema monetario.

- Bélgica: se niega a emitir alguna postura relativa al bitcoin y junto con una gran cantidad de otros países, está esperando una guía europea. Han emitido una advertencia pública de que no hay supervisión gubernamental.
- Colombia: decretó que la criptomoneda no es ilegal, pero que tampoco recibirá algún reconocimiento legal o normativa en corto plazo.
- Corea del Sur: actualmente no cuenta con leyes que regulen el uso de bitcoin, sin embargo, existen lugares donde la gente puede comprarlas.
- Croacia: el 6 de diciembre de 2013, el Banco Nacional de Croacia (CNB) realizó una discusión sobre la circulación de las monedas digitales y concluyó que el bitcoin no es ilegal en este país.
- Chipre: en este Estado no está regulado, pues el 11 de diciembre de 2013, su Banco Central emitió un comunicado sobre bitcoins, afirmando que el uso de cualquier clase de dinero virtual como particularmente peligroso, dado que no está bajo ningún sistema regulatorio y su operación no está controlada.
- Emiratos Árabes Unidos: las criptomonedas se encuentran en estado de revisión.
- Eslovenia: en diciembre de 2013 declaró que bitcoin no era activo financiero ni una moneda y debía gravarse en función de las circunstancias en que se utilice, sea a través de beneficios comerciales o por minería.
- Francia: este gobierno demostró interés en la tecnología, pero se mantiene todavía sin emitir iniciativas relevantes al respecto.
- Grecia: no existe legislación específica sobre bitcoins, ni su Banco Nacional emitió alguna declaración sobre ello, sin embargo, empresas privadas lo han incluido como forma de pago.

Existen varios países más los cuales se han pronunciado al respecto, pero por motivos didácticos los anteriormente mencionados son más relevantes. Ahora es importante conocer cómo se plantea nuestro gobierno ecuatoriano respecto a esta temática que promete revolucionar nuestra concepción del dinero y el funcionamiento de los sistemas financieros.

El uso, regulación y posturas de la Unión Europea sobre las criptomonedas

Entre los países que aún se encuentran en un punto neutro, por así decirlo, están aquellos quienes esperan resoluciones o indicaciones de la unión europea, la cual en su más reciente pronunciación al respecto del uso y regulación de las criptomonedas ha propuesto rastrear el emisor y receptor de cada transacción de criptomonedas con el objetivo de evitar y mitigar el lavado de dinero mediante el uso de las mismas ya que podrían destinarse al terrorismo dentro de la unión europea, considerando que al momento de asignarse identidades a las partes intervinientes se evita el anonimato, que es uno de los factores que permiten este tipo de actos delictivos, entre otros. Sin embargo, dentro del conjunto de políticas públicas y propuestas legislativas, presentadas por la Comisión Europea en el mes de julio del año 2021, para ser sujetas a evolución y votación por el parlamento europeo, tenemos las siguientes:

1. Un reglamento por el que se establece una nueva autoridad (AML/Cft) de la UE; siendo estas siglas en inglés, Anti-money laundering/countering the financing of terrorism, es decir, antilavado de dinero y lucha contra el financiamiento del terrorismo.
2. Un reglamento sobre AML/Cft, que contiene reglas directamente aplicables, incluso en las áreas de debida diligencia del cliente y beneficio beneficiario.
3. Una sexta directiva sobre AML/Cft («AMLD6»), que reemplaza la directiva existente 2015/849/UE (la cuarta directiva AML modificada por la quinta directiva ALD), que contiene disposiciones a incorporar en la legislación nacional, como normas sobre supervisores nacionales y unidades de inteligencia financiera en los Estados miembros.
4. Revisión del reglamento de 2015 sobre las transferencias de fondos para rastrear las transferencias de crypto-activos (Reglamento 2015/847/UE).

Es precisamente la última propuesta la que contiene, dentro de su documento, todas las modificaciones legislativas respecto al uso del bitcoin puesto que se agregaría como requisito a los proveedores de criptomonedas y a las exchanges, el tener que identificar las transacciones que se realicen logrando conocer a los sujetos detrás de cada una.

Se indica también, respecto de las carteras criptográficas, que se buscará impedir que éstas se creen con carácter anónimo, permitiendo y garantizando que sean rastreables. Las plataformas de criptomonedas tendrán que ofrecer a las autoridades información personal del usuario, como el nombre completo, el documento de identidad oficial o su dirección domiciliaria, lo cual significaría el fin de la privacidad y anonimato que han sido una de las mayores ventajas para los usuarios de las criptomonedas o bitcoin.

Hay que entender la complejidad que conlleva el implementar estas acciones puesto que, en sí, el bitcoin no permite identificar a los individuos en cada transacción, sin embargo, la Unión Europea sí puede lograrlo mediante políticas y medidas dentro de las plataformas de acceso y operación.

EL BITCOIN COMO CRIPTOMONEDA EN ECUADOR

El revuelo que ha tomado el bitcoin alrededor del mundo ha causado un gran impacto debido a que su implementación ha traído consigo varias ventajas, pero también varias dudas, puesto que países que han utilizado este tipo de moneda virtual o que tratan de implementarla no cuentan con algún respaldo sobre este tipo de moneda.

El uso del internet y el desarrollo de éste ha permitido el impulso y surgimiento de nuevos modelos financieros, dando como resultado que monedas virtuales como es el caso del bitcoin tengan acogida entre los estados financieros de varios países generando opiniones positivas y negativas sobre las mismas. Sin duda las criptomonedas vienen con la intención de cambiar el sistema financiero, pero es preciso puntualizar si los países que decidan acogerlas tienen la capacidad legal para regular las mismas y si son una opción necesaria o la moneda física seguirá ganando la batalla.

Para Ecuador el bitcoin es considerado una moneda de alto riesgo porque nace de los algoritmos generados por un computador. Marcos López,⁵ quien es delegado del presidente de la República, Guillermo Lasso, a la Junta de Regulación de la Política Monetaria y Financiera, consideró que se debe determinar claramente el entendimiento de las criptomonedas, que es un término general para denominar a las monedas digitales ya que éstas pueden estar en todo tipo de medio de pagos electrónicos o referirse al bitcoin o criptomonedas.

Algunos inversionistas en bitcoin y conocedores del tema manifiestan que Ecuador al ser un país que se encuentra en una situación no muy buena económicamente, debería adoptar al bitcoin como una alternativa para poder enriquecerse ya que, a futuro, esta propuesta resulta muy prometedora, sin embargo, el desconocimiento en general hace que resulte controversial la idea de adoptarlo de la misma manera en que lo hizo «El Salvador».

Cabe mencionar que utilizar el bitcoin, que posee una gran blockchain, genera una gran seguridad ya que es prácticamente imposible hackearla. Sin embargo, sí existen otros tipos de blockchain que tiene un porcentaje inferior de riesgo; influye también el conocimiento de tecnología o informática que posean los usuarios, ya que los códigos deben ser exactos. Un dato interesante es que bitcoin no ha sido hackeada durante doce años.

Se debe manifestar que, al ser un tema prácticamente reciente para algunos grupos de la sociedad, muchas personas por desconocimiento o temor infundado han rechazado rotundamente el uso o su participación como inversores en bitcoin lo cual puede ser que cambie con el transcurso del tiempo ya que nos encontramos en constante evolución y así mismo conjuntamente con la globalización, nuestro paradigma y cosmovisión cambiarán.

¿ES LEGAL EL USO DEL BITCOIN EN ECUADOR?

Como se ha mencionado en líneas anteriores el uso y desarrollo de internet ha traído consigo varios cambios dentro de las sociedades y claro está que Ecuador no es la excepción, el comercio electrónico ha tomado relevancia en los últimos años en el país, y por tanto se requiere analizar si el uso de criptomonedas es adecuado debido al incremento y rápido progreso del comercio electrónico.

En el Ecuador, en el año 2014 fue impulsado un plan piloto para estudiar el uso de una moneda electrónica dentro del país, se realizaron métodos sencillos que podrían realizar las personas con mínimos conocimientos en el uso de un teléfono inteligente. «Se efectuaron alrededor de mil ochocientas treinta transacciones, involucrando un total de \$ 73.110 en dicho año» (Galarza , Marcillo y Tene, 2017, p. 42)

Se puede observar de esta manera que el dinero electrónico en el país ha tenido una aceptación por parte de las autoridades, sin embargo, el Banco Central quiere impulsar su propia moneda con la finalidad de obtener independencia y por lo tanto que su regulación sea independiente de las sujetas al bitcoin.

En el Ecuador, antes del proyecto de crear una moneda digital nacional, el uso del bitcoin estaba prohibido; sin embargo, en la actualidad su uso se ha aumentado, aunque el mismo no es utilizado de manera comercial. Es un poco ilógico prohibir el uso de los

5 Diario *El Universo*. <https://www.eluniverso.com/noticias/economia/criptomonedas-bancos-centrales-flar-fmi-economia-pandemia-junio-2021-nota/>

bitcoins y posteriormente crear una moneda virtual nacional, debido a que se reconoce que éstas podrían ser de utilidad, generan dudas en cómo se quiere impulsar dicha moneda creada por el gobierno. Con respecto a esto el Banco Central ha manifestado que:

El bitcoin no es medio de pago autorizado de uso en nuestro país. El bitcoin es una criptomoneda que no tiene respaldo, pues tiene su valor en la especulación. Las transacciones financieras realizadas por bitcoin no están controladas, supervisadas ni reguladas por ninguna entidad del Ecuador, por eso que su uso representa riesgos financieros para los que la utilizan. (Galarza, Marcillo y Tene, 2017, p. 45)

La compra y venta de las criptomonedas no está prohibida, pero el bitcoin no es una moneda de curso legal y, por ende, no se puede utilizar como medio de pago. La posesión de bitcoin no está prohibida; en este punto no existe un cuerpo legal que lo prohíba, las personas que posean criptomonedas en Ecuador pueden adquirir bienes o servicios en el exterior, como fines especulativos y éstos también estarán sujetos a obligaciones que determine la ley tributaria.

El Código Orgánico Monetario y Financiero, en su artículo 94, especifica que la única moneda oficial del país es el dólar estadounidense, cuya emisión le compete de manera exclusiva al Banco Central del Ecuador, negando el uso de cualquier otro método de pago, esto quiere decir que no está autorizada para transar en curso legal; sin embargo, su posesión o compra y venta no están prohibidas ni sancionadas, pero su uso para el pago de bienes o servicios si es contrario a la ley. Cabe destacar que la existencia de una ley específica para el uso y regulación de criptomonedas sería una necesidad para dotarlo de confianza ante quienes se encuentran renuentes a su uso y exigen institucionalización, para garantizar la seguridad del usuario.

De acuerdo con un estudio publicado por la Cámara Ecuatoriana de Comercio Electrónico de las transacciones electrónicas en Ecuador durante el covid-19, se adoptó como una de las formas de pago la utilización de criptomonedas con un índice que va desde el 16 al 6% (ver Figura 1).

VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL BITCOIN

VENTAJAS

Una de las ventajas que se puede visibilizar en el uso del bitcoin en varios países donde el uso de la criptomoneda es frecuente, es que las transacciones comerciales se han facilitado brindando seguridad a los usufructuarios. Este medio, al no necesitar intermediarios, permite que las operaciones se realicen de manera más rápida y eficiente.

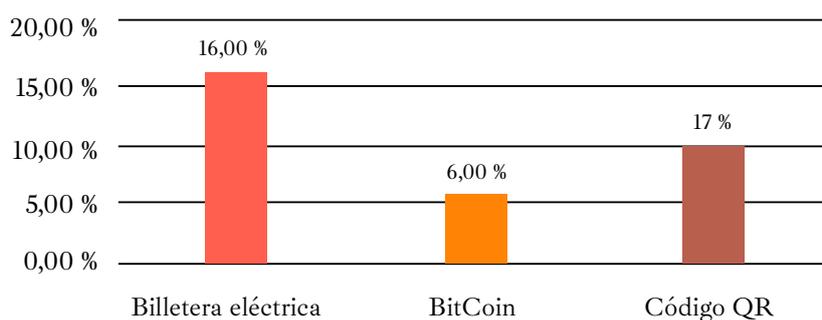
Las instituciones bancarias, con el fin de evadir el robo o suplantación de información al instante de perpetrar una transacción se neutraliza la posibilidad que un delincuente externo intercepte los datos obteniendo así la información confidencial del beneficiario causando daño a éste. Por estos motivos es que da apertura para la utilización de los bitcoins, para así disminuir los riesgos que presentan al tiempo de efectuar una transacción física (Galarza, Marcillo y Tene, 2017, p. 36).

Como es una moneda virtual no está sujeta a influencias políticas o a una economía nacional, es por este motivo que es accesible para sociedades que no se encuentran bancarizadas. Las transferencias pueden realizarse de manera más rápida debido a que son sistemas manejados con internet y que no necesitan de medios físicos, es decir, que solo con el uso de la tecnología se pueden realizar las operaciones.

Es por tales motivos que, a manera de recopilación, entre las grandes ventajas que posee el uso de las criptomonedas podemos encontrar las siguientes.

Fácil intercambio: el bitcoin y en sí las criptomonedas, representan un tipo de divisa internacional por lo que facilita determinadas transacciones entre diferentes partes del

Figura 1. Estudio de la Cámara Ecuatoriana de Comercio Electrónico sobre las transacciones electrónicas en Ecuador durante el covid-19



mundo, algo que si lo analizamos desde el punto social y económico ha facilitado notablemente el comercio electrónico y se evitan las conocidas casas de cambios. Obviamente no aplica en aquellos países que tienen un régimen totalmente reactivo hacia el bitcoin.

Seguridad: una de las características más llamativas de esta moneda cifrada es que se considera una de las más seguras ya que desde su constitución no ha sufrido de algún atentado cibernético y se considera imposible de falsificar, algo que solía pasar con otro tipo de propuestas económicas virtuales. Además, que trabajan con seudónimos, permitiendo anonimato y privacidad a los usuarios, aunque este punto podría considerarse desventaja también, dependiendo del contexto.

Descentralización: su independencia deriva de que no se encuentra gobernada por ningún Estado, entidad financiera o poder económico, motivo por el cual el dominio depende del propietario de la misma.

Valor real: los portales especializados en bitcoin se encuentran posteando constantemente su valor y de cada criptomoneda durante las 24 horas del día, mismo que depende de su oferta o demanda.

DESVENTAJAS

Si bien las ventajas que tiene el bitcoin resultan amplias y ofrece seguridad a las personas que quieren utilizarlas también tiene varias desventajas, como el hecho de que varias personas que tienen bitcoins intentan cambiarlos a euros o en dólares debido a que no confían mucho en esta moneda al momento de realizar compras de bienes o servicios.

Esta moneda se encuentra en constante deflación⁶ y debido a esto no puede ser utilizada como moneda de comercio, ya que su variación genera ciertos problemas para realizar comercializaciones. Este sistema tiene un flujo reducido de transacciones, debido a que solo se pueden realizar siete transacciones por segundo, esto genera un problema al establecer que el bitcoin pretende expandirse mundialmente.

Es por lo que, de manera evidente, se pueden enumerar desventajas claras como:

Riesgo de inversión: como toda inversión, ésta conlleva riesgo financiero ya que así como se puede elevar su valor, también puede reducirse; es por ello que se debe siempre considerar la volatilidad del bitcoin que, según expertos en el tema, tiende a ser considerable.

Aceptación: uno de los obstáculos o desventajas, por así decirlo, del bitcoin, es que aún no es una moneda totalmente aceptada socialmente, por lo que no en muchos establecimientos los aceptan como método de pago o intercambio, sin embargo, esta va ganando aceptación progresivamente.

6 La «volatilidad» es otra de las desventajas de las criptomonedas de forma general.

Libre uso: estas monedas se podrían destinar para fines delictivos, ya que pueden utilizarse para el beneficio de organizaciones delictivas o para evadir obligaciones tributarias o de índole similar.

Pérdida del monedero digital: una vez que la persona tenga creado su monedero virtual debe tener sumo cuidado en recordar tanto el usuario como la contraseña ya que son irrecuperables, en caso de un error de tipeo o el olvido de la contraseña o usuario, se perdería la totalidad del capital.

Requisito indispensable: ésta, en sí, no significa una desventaja grave, sino más bien un requisito fundamental para el funcionamiento de este sistema financiero, por así decirlo, que es el internet. Se necesita internet para realizar el seguimiento de la inversión.

Dentro del Observatorio y Foro blockchain de la Unión Europea, celebrado en París el 12 de diciembre del 2018, se detallaron varios problemas o temas de posible incertidumbre que avivó la discusión sobre el alcance y posibilidad de regulación de este tema. Por ejemplo: a. *Responsabilidad:* Este punto vincula sobre la identificación subjetiva de una persona respecto a las consecuencias generadas sobre este tipo de transacciones o inclusive derivados de contratos inteligentes. b. *Reconocimiento legal de contratos inteligentes:* Implica un gran problema al considerar a este tipo de contratos como algo accesorio a las modalidades del derecho civil o si son completamente nuevos y necesitan una regulación completamente diferente y dotarlas de un reconocimiento legal. c. *Organizaciones autónomas descentralizadas:* La mayoría de los servidores u organizaciones son centralizadas y esto implica la existencia de una persona jurídica, quien respondería en caso de suceder un problema o incumplimiento, pero dentro de estas organizaciones descentralizadas, no existe un solo ente o persona que asuma la responsabilidad, porque la característica de este tipo de organizaciones es la colaboración masiva de personas alrededor de todo el mundo.

Todavía hay mucho que aclarar sobre estas cuestiones, y si un marco legal o regulatorio sólido debe ser un requisito previo para que se asiente la tecnología del blockchain todavía es una mera especulación, sin embargo, es claro que, como sucede en muchos otros aspectos de la industria o tecnología, en caso de existencia de una normativa amistosa y no restrictiva sobre este tema, implicaría un lugar atractivo para el desarrollo de este tipo de tecnología y podría conllevar a un desarrollo acelerado del Estado en el cual se consolide esta nueva forma de trabajo y relación entre usuarios. No obstante, es posible que el desarrollo de un marco normativo para este tema, aunque es una tarea compleja, no requiera de la redacción de leyes y reglamentos, sino que muchos podría ser contenidos dentro de marcos ya existentes, no es necesario la creación de algo completamente nuevo, sino de ampliar la perspectiva y forma de interpretación de las normas ya existentes, y tal vez de esa manera, sería más fácil la comprensión de este nuevo tipo de tecnología y su correspondiente aplicación junto con sus efectos dentro del mundo real.

CASO REAL DE APLICACIÓN DE BITCOINS, «EL SALVADOR»

Una vez entendido el alcance y la importancia de una regulación integral de las criptomonedas a nivel estatal, se puede tener como referencia al caso más reciente y pionero de El Salvador. País que se convirtió en el primero a nivel mundial en adoptar a la criptomoneda como una divisa de curso legal.

Decisión controversial que ha desatado un debate extenso entre personas a favor y detractores de tal decisión. Noticia de interés mundial, por lo que los principales medios de comunicación internacional se han hecho eco de tal noticia por la trascendencia que generará, ya que El Salvador se convierte en una especie de chivo expiatorio que reflejará las consecuencias de tal decisión ya sean éstas buenas o malas.

En términos llanos, la adopción de la moneda como una divisa de curso legal conlleva a que todo agente económico deba aceptar el bitcoin como forma de pago cuando así le sea ofrecido por quien adquiere un bien o servicio. Lo que recae directamente en la razón de convertirse en un hito mundial, debido a que países mucho más avanzados en cuanto al uso de divisas digitales, tales como Japón, actualmente aún no han reconocido a diversas criptomonedas como divisas en su país, por lo que la parte oferente de un producto o servicio no está en la obligación de aceptar tal forma de pago.

En contraparte, el objetivo del gobierno salvadoreño para adoptar tal decisión es impulsar el desarrollo económico y el empleo y beneficiar a quienes envían remesas. El portal de noticias BBC menciona que:

[L]as encuestas sugieren que los salvadoreños no están preparados para esto y organismos internacionales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional han advertido contra su adopción. (BBC, 2021)

La pregunta consecuente que surge una vez instaurada en la normativa de El Salvador, es: ¿cuáles son los riesgos o peligros de la decisión adoptada por el Parlamento?

Como ya se mencionó anteriormente, El Salvador se convierte con esta decisión en una especie de laboratorio mundial sobre los efectos de la regulación estatal profunda en materia económica sobre el uso del bitcoin, por lo que la incertidumbre en los ciudadanos se encuentra latente.

Como recalca el diario *El País* sobre lo establecido en la ley que adopta la criptomoneda como divisa:

La ley indica, además, que el tipo de cambio entre esas dos monedas «será establecido libremente por el mercado», lo que ha generado preocupación entre ciudadanos y expertos por la volatilidad de una moneda que no es de uso oficial en ningún otro país del mundo. (El País, 2021)

Por lo tanto, la regulación del precio estatal de dólar-bitcoin estará sujeto a la fluctuación constante de la criptomoneda en el mundo, algo que ya causó el primer revés en la economía estatal, ya que ha perdido, al menos, 3 millones de dólares de su inversión inicial en bitcoins, ocasionado por el desplome de su precio.

El gobierno salvadoreño anunció la compra de 400 Bitcoin el 6 de septiembre, valorados en 51,924 dólares cada uno en el momento del anuncio, por un valor total de 20,77 millones de dólares. Pero el valor de la criptodivisa se desplomó a 43,767 dólares por moneda en cuestión de horas, dejando el valor total de la inversión en 17,51 millones de dólares eliminando más de 3 millones de dólares del valor de la inversión inicial del gobierno salvadoreño en menos de un día. (Bizlatin Hub, 2021)

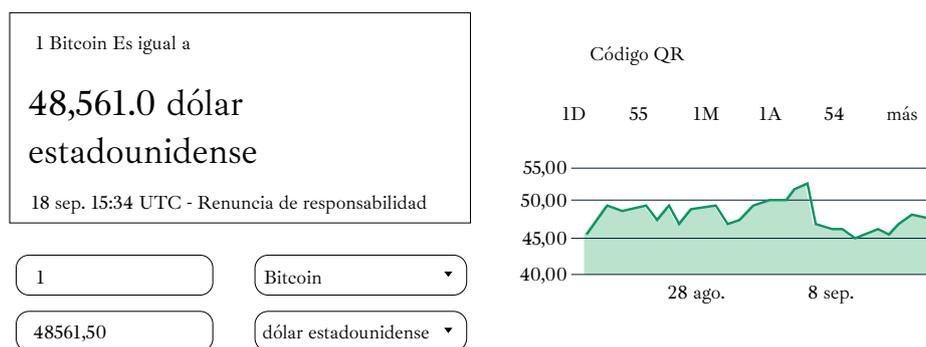
Basta con observar la fluctuación constante de la moneda durante el pasar del tiempo para entender que tal inversión se puede convertir en un desastre o en una oportunidad económica, pero debido a que la misma depende de factores externos y de la volatilidad del precio del mercado mundial ocasiona una inseguridad jurídica en el uso de tal divisa en El Salvador (ver Figura 2).

Lo único que demostrará la incorrecta o acertada decisión tanto del Parlamento como del presidente Bukele, en el caso de El Salvador, será el tiempo, la adaptación de la sociedad salvadoreña a su uso, y si la fluctuación libre de la moneda no acarreará perjuicios para todos los entes económicos.

CONCLUSIONES

Una vez analizados el surgimiento y el valor intrínseco de las criptomonedas —y su evolución con el pasar de las décadas— tanto monetario, comercial y social en general, podemos generar conclusiones de su importancia en la actualidad y, de igual forma, una proyección para las épocas venideras. El innegable acaparamiento masivo en

Figura 1. Estudio de la Cámara Ecuatoriana de Comercio Electrónico sobre las transacciones electrónicas en Ecuador durante el covid-19



Fuente: Cámara Ecuatoriana de Comercio Electrónico

diversas aristas a nivel mundial del uso de las criptomonedas generará cambios tanto positivos como negativos en la sociedad.

Una sociedad consumista en crecimiento y tan globalizada utiliza diversos tipos de divisas constantemente para poder adquirir bienes y servicios. Una vez que comienza a implementarse normativamente dentro de los diferentes Estados la regulación sobre la utilización de las criptomonedas, se comienza a dar apertura a un mercado real en el cual los usuarios tenedores de este tipo de moneda están sujetos a los diferentes cambios que puedan generarse en el precio real a nivel global. La fluctuación puede darse de forma imperceptible o, por el contrario, de forma abismal, es por eso que en un Estado donde se empiece a regular su uso, como los ya analizados anteriormente, deben establecerse lineamientos claros para con todos sus ciudadanos.

La afectación que puede generarse por la depreciación de algún tipo de criptomoneda como sucedió con los bitcoins en el presente año, y en el actual caso de El Salvador, donde quedó establecida la adopción de tal criptomoneda como divisa de curso legal estará sujeta a la fluctuación constante del precio del mercado internacional, por lo que puede generar tanto ganancias como pérdidas millonarias para el Estado; consecuencias que las sufrirían directamente sus ciudadanos.

Todo esto sugiere un estudio profundo en inversión y economía sobre el tema ya que, al no ser una divisa propia y física en la gran mayoría de Estados regulados por su sistema financiero, puede ocasionar varios fenómenos económicos en un territorio determinado. La especulación de la sociedad generada en muchos casos por ignorancia puede ocasionar severos golpes económicos en determinados sectores. En consecuencia, es muy difícil su regulación integral dentro de la normativa estatal.

Actualmente existen diversos cursos, seminarios, conferencias, planes y proyectos para atraer y capacitar a nuevos inversores en diferentes criptomonedas, ya que es necesaria su ampliación en el mercado. Con el solo análisis en relación con su valor, comparándolo al dólar de hace unos años a la actualidad, se puede diferir el gran potencial económico que posee y que irá avanzando con el pasar de los años. Cuando se habla de criptomonedas actualmente, a diferencia de unos años antes, ya se tiene afianzado un nuevo sistema globalizado informático de recursos económicos, un capital necesario pero riesgoso que poco a poco está remplazando las transacciones con una divisa de un determinado país. Al entender tal problemática, lo que ocasiona es que cada vez más países se sumen a regularizar su uso y, como en el caso reciente de España, sea una obligación declarar la cantidad de criptomonedas que se posee, ya que es necesario para la economía de un país conocer tal variable para poder generar políticas que eviten un desbalance en sus arcas fiscales.

REFERENCIAS

- BBC. (7 de Septiembre de 2021). *BBC News*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-58441561>
- Bizlatin Hub. (8 de Septiembre de 2021). Bitcoin en El Salvador: El gobierno pierde 3 millones de dólares en el primer día. <https://www.bizlatinhub.com/es/Bitcoin-en-el-salvador/>
- El País. (7 de Septiembre de 2021). El Salvador de Bukele se convierte en un laboratorio de bitcoin. *Elpaís.com*. <https://elpais.com/internacional/2021-09-06/el-salvador-de-bukele-se-convierte-en-un-laboratorio-de-Bitcoin-mundial.html>
- European Commission. (20 de julio de 2021). https://ec.europa.eu/finance/docs/law/210720-proposal-aml-cft-authority_en.pdf
- European Commission. (20 de Julio de 2021). *European Union website*. Recuperado el 21 de septiembre de 2021, de https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3690
- Galarza, E., Marcillo, V. y Tene, J. (2017). Razón por la que el Banco Central del Ecuador no acepta el uso del bitcoin. *Digital Publisher*, 2(4), 33-48.
- Inma Bermejo. (2021). ¿Cuántos tipos de criptomonedas existen y cuáles son las más importantes? *La Razón*.
- Rus, C. (22 de julio de 2021). *xataka*. <https://www.xataka.com/criptomonedas/Bitcoin-no-anonimo-union-europea-propone-rastrear-emisor-receptor-cada-transaccion-criptomonedas>
- Santander. (04 de marzo de 2021). *Guía para saber qué son las criptomonedas*. <https://www.santander.com/es/stories/guia-para-saber-que-son-las-criptomonedas>
- Tejedo, E. (2018). Bitcoin: pros y contras de la moneda de internet, *foxize.com*. <https://www.foxize.com/blog/Bitcoin-pros-contras-moneda-internet/>
- Unión de Estabilidad Financiera, Servicios Financieros y Mercados de Capitales. (20 de Julio de 2021). *European Union*. Recuperado el 22 de septiembre de 2021, de European Commission: https://ec.europa.eu/info/publications/210720-anti-money-laundering-counteracting-financing-terrorism_en#aml
- Wolfgang, Campbell y Raphael. (2020). *Understanding cryptocurrencies*, 18.



La neurociencia y el neuromarketing en la contratación pública: superando el «neocórtex» y pasando al «cerebro límbico»

Inés María Baldeón B.¹ | iD CEO y Directora General de Grupo CEAS

RESUMEN Este artículo intenta analizar la «ridiculez» —o no—, o más «suavemente» la pertinencia —o no—, que tendría la «neurociencia» y dentro de ella el «neuromarketing» en la contratación pública; es decir, entender cómo el sistema nervioso (que está compuesto por el cerebro, la médula espinal y las redes de células nerviosas sensitivas o motoras) influye en la toma de decisiones del comprador cuando éste es el sector público y/o usa recursos públicos. El presente trabajo de investigación, «peca» —por lo tanto— de muchas cosas, entre ellas de «estribar» al borde de la locura, para topar un tema que, al parecer no tendría ningún precedente doctrinario, académico o normativo en ninguna parte del mundo —al menos del hispanohablante—; y que, en dicha lógica, pueda que por ser absurdo, termine siendo el único intento escrito al respecto; en cuyo caso «quedará como una señal» de una mente inquieta que estando casi al cumplir 51 años de edad, 28 años de ellos dedicados a la asesoría en el ámbito de la contratación pública, quiso «desaprender» todo lo aprendido, produciendo un fuerte proceso disruptivo. La otra opción y/o destino de este ensayo académico, podría implicar que, aunque no se lo haya tratado antes, propicie un debate y discusión —tal vez acalorado o más tranquilo— de un tema totalmente nuevo que tiene como base de desarrollo el ámbito privado y de los negocios en ese sector, aunque partiendo de un actor similar: el ser humano, detrás del proceso de compra, sea ésta pública o privada, usando o no recursos públicos, para entender cuál es el factor decisor de una compra desde el análisis del complejo cerebro humano que aun cuando sea para generar «inteligencia artificial» está detrás de todo este complejo y apasionante debate «neurocientífico». Científicamente el cerebro tiene tres capas claramente diferenciadas desde la capa «reptiliana», pasando por la capa «límbica» y concluyendo en el «neocórtex» que es la capa «racional»; de cuyo análisis se podría afirmar que toda compra —pública o privada— la decide el cerebro del ser humano. Ahora bien, lo que se buscará en el presente documento será analizar en qué parte de ese cerebro se decide la compra y cómo se logra justificarla. Intentaré demostrar que la toma de decisiones en la vida real, sin importar que la compra sea pública o privada, superaría el solo contenido de las normas o del tipo de procedimiento escogido; y no dependería del «sombrero —público o privado— que esté puesto el cerebro humano; pues, las decisiones de compra si bien son cerebrales, no siempre son racionales; es decir, no se puede confundir cerebro con razón. Todo este análisis comprueba que el mundo jurídico y su análisis no implica el conocimiento jurídico abstracto e independiente, sino que tiene una riqueza fuerte y adquiere sentido en el auxilio que busca en otras esferas del conocimiento, en este caso desde la información médica y de la neurociencia.

PALABRAS CLAVE Neuromarketing, contratación pública, neurociencia, cerebro reptiliano, cerebro límbico, neocortex.

FECHA DE RECEPCIÓN 21/1/2022 FECHA DE APROBACIÓN 3/3/2022

1 Ph. D. en Derecho, doctora internacional en Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, postdoctora en Inteligencia Artificial, MBA en Alta Dirección de Empresas, MBA en Administración de Negocios, máster en Derecho Constitucional, especialista en Contratación Pública, maestrante en Comunicación Corporativa, conferencista, catedrática universitaria y asesora Empresarial en Ecuador y España, directora general de grupo CEAS Abogados & Consultores.

Neuroscience and neuromarketing in public procurement: beyond the «neocortex» and moving to the «limbic brain»

ABSTRACT This paper tries to analyze the «ridiculousness» —or not—, or «softly» saying the relevance or not, that «neuroscience» has and within it «neuromarketing» in public procurement; that is, understand how the nervous system (which is made up of the brain, the spinal cord and networks of sensory or motor nerve cells) influences the decision of the public buyers or the decision of the buyer that uses public resources. The present research work, «sin» —therefore— of many things, among them of «stairing» on the verge of madness, to come across a topic that, apparently, has no precedent in doctrine, in academy or in normative or law, in any part of the world -at least the Spanish-speaking one-; in said logic, it may be considered absurd, and could be remain as the only written attempt in this regard; in which case, this document «will remain as a sign» of a restless mind that was almost 51 years old, 28 years of them dedicated to advising in the field of public procurement, wanted to «unlearn» everything learned, producing a strong disruptive process. The other objective of this academic work could imply that, even if it has not been dealt with before, it can at least provide the framework to start an intense debate or a calmer one about a totally new topic, which basis is the businesses developed in the private sphere, although starting from a similar actor: the human being, which is behind the purchasing process, be it public or private, using public resources or not, in order to understand which is the decisive factor of a purchase, considering the analysis of the complex human brain that, even for generate «artificial intelligence», is behind all this complex and exciting «neuroscientific» debate. Scientifically, the brain has 3 clearly differentiated layers from the «reptilian» layer, passing through the «limbic» layer and concluding in the «neocortex» which is the «rational» layer; from whose analysis it could be said that all purchases —public or private— are decided by the brain of the human being. In this document will be analyze the part of that brain which decide the purchase and how it is justified. I will try to demonstrate that in real life, the purchase decisions whether the purchase is public or private, exceeds the mere content of the rules or the type of procedure chosen; and —of course— it does not depend on the «hat» —«public or private»— that the brain of a human being is wearing; but the purchase decisions although they are «brainy», the brain is not only rational; in fact brain cannot be confused with reason.

All this work proves that the legal world and its analysis does not imply and abstract and independent legal knowledge, but that it has a richness and acquires meaning un trying to seeks in other spheres of knowledge, such in this case from medical information and neuroscience.

KEY WORDS Neuromarketing, public procurement, neuroscience, reptilian brain, limbic brain, neocortex.

INTRODUCCIÓN ANECDÓTICA JUSTIFICATIVA

Al escribir este artículo (el primero del año 2022) estoy a un mes de cumplir 51 años de edad, 28 de ellos dedicados casi por completo a estudiar y aplicar la contratación pública con enfoque de negocios y de su visión de política pública, es decir, entendida como integrante de una realidad económica en la cual hay una parte que decide comprar un producto para satisfacer el interés común; y, frente a ella, hay otra que está dispuesta a vender y obtener utilidad.

Son dos los únicos aspectos que hacen que esta compra-venta sea diferente: el sujeto comprador y el dinero en juego: el uno es el sector público y el dinero es recurso público.

Estas dos «sutiles diferencias» han generado toda la doctrina y la normativa destinando «tinta y neuronas», para describir y desarrollar principios e instituciones a través de los que se planifique, regule y controle los procesos de contratación, dividida en fases previas, precontractuales, contractuales y poscontractuales, imponiendo sanciones en caso de que algún osado pretenda hacer lo contrario, porque siendo la contratación pública, parte del derecho público, solo se puede hacer aquello que esté expresamente permitido en una norma y no se le puede dejar a la libre imaginación, creatividad e impulso del comprador, quien tiene que planificar la compra y debe evitar cualquier tipo de compra «emocional e impulsiva».

«Motive y justifique la compra» nos «canta el ente público»; «no motivó suficiente» nos recrimina el órgano de control; «no motivó nada y se va a la cárcel», sentencia el juzgador.

Parecía que por mi trayectoria profesional y académica había llegado a obtener claridad suficiente respecto al contenido y alcance de los principios, doctrina y normativa de contratación pública en Ecuador, España y Europa, sin embargo entré a estudiar un máster en Comunicación Corporativa en la Universidad Complutense de Madrid, desde la necesidad de Grupo CEAS, de atender un servicio que se requirió por parte de varios clientes que tuvieron que enfrentar crisis reputacionales, precisamente por la sensibilidad y vulnerabilidad que conlleva vender al Estado.

La contratación pública se basa en principios concursivos, abiertos a la mayoría de competidores; su regla fundamental es el concurso, la competencia, la libre concurrencia; aunque claro está la misma norma deja una vía de salida para procesos de «emergencia» o de «proveedor único», o de «carácter sensible», o de «régimen especial». Estas «válvulas de escape» se usaron desde siempre, por muchos compradores públicos, en diferentes países del mundo. Y, sin embargo, se generaron procesos penales asociados, en varios casos por haberse dado procedimientos de contratación no competitivos, con contrataciones directas y sin concurso previo.

Obviamente, algunos de los escándalos producidos pudieron estar asociados a «ofertas tentadoras» destinadas a llenar los bolsillos de muchos tomadores de decisiones, y eso por supuesto que calza en un ámbito penal, que como tal tenía y tiene que sancionarse, más que por la compra directa en sí, por el factor final —desviado— que influyó en la decisión de compra.

Entendiendo que esto es así, es decir, que es penal y siempre lo será la compra que se haya decidido por el «lubricante» puesto en las manos del tomador de decisión del sector público (o incluso privado), en mi curiosidad profesional seguí sin resolver otra inquietud (de esas que se le vienen cuando uno ha pasado el medio siglo de vida) y me he preguntado: «por qué motivo, yo compro lo que compro», «por qué motivo mis hijos tienen otros factores de decisión para sus compras», «por qué hay momentos en que yo tengo tendencia a comprar más que en otras ocasiones», por qué motivo nunca decidiré comprar determinados productos y por qué otras veces siempre justificaré unas determinadas compras?

¿Me pongo a pensar si por el hecho de que alguna vez entrase a trabajar como funcionaria pública, es decir, representando al Estado, actuaría de forma diferente a la que actúo cuando tomo decisiones en mi ámbito privado?, o tendría similares patrones de conducta a los que tengo cuando actúo en mis compras privadas? Qué es lo que finalmente influye dentro de mí, ¿cómo funciona mi cerebro?, o es que tengo dos cerebros ¿uno cuando actúo como autoridad pública y otro en mi actividad privada?

Entiendo que los teóricos del derecho administrativo (todos colegas míos, muchos mis mentores y otros mis discípulos), juzgarán y criticarán que definitivamente caí en un «pozo de locura sin fondo» acentuado con los años. Es que un torbellino de ideas revolotea mi mente (y lo sigue haciendo al momento que escribo) este artículo, sin encontrar respuesta de solución alguna; pues han sido más dudas que certezas.

Decidí entonces iniciar un proceso disruptivo interno, «desaprendiendo» todo lo que he aprendido en casi tres décadas de ejercicio profesional como abogada experta en contratación pública, unido a mis cinco años iniciales en el grado de Derecho.

Por eso, en una de las clases de mi máster en Comunicación Corporativa, mi profesora de Neuromarketing, sin darse cuenta comenzó a darme información, esperando que yo trasladara esos conocimientos a cómo mejorar la campaña publicitaria de un supermercado o de una tienda. Me traicionó mi subconsciente, pues cuando Luzmar iba hablando del neuromarketing en el ámbito privado, yo automáticamente en mi mente le pasé a por qué no analizarlo en el ámbito de mi especialidad de toda la vida: «la compra pública».

Al terminar la clase, «corrí» al Youtube y a las librerías a buscar videos o literatura jurídica que bajo el título «El neuromarketing o las neurociencias en la contratación pública», me resolvieran todas las dudas doctrinarias y lógicas que tenía al respecto.

Lastimosamente ningún «bloguero», ni «Youtuber ni un escritor más serio vino en mi ayuda: nadie, absolutamente nadie, al menos no en los niveles de acceso que busqué había escrito o hablado algo al respecto.

Busqué entonces el auxilio doctrinario de mi hermano Carlos, él que tanto lee y estudia el derecho administrativo, podía darme alguna guía o al menos darme esperanza de que no había enloquecido definitivamente. Su silencio respetuoso, de hermano menor, me dio a entender que si nadie había hablado o escrito del tema es que era obvio que el tema planteado no tenía razón ni siquiera de toparse.

Mi terquedad sin embargo aquí me tiene, porque seguí buscando información y un 25 de enero de 2022 al ir a un Congreso de contratación pública, en el que entre otros temas se trataría sobre innovación y creatividad, decidí abrir mi boca y hablar con mi mentor de siempre, el catedrático y jurista español José Antonio Moreno Molina.

Le planteé el tema así: «José Antonio, ¿qué tan loco es hablar de la neurociencia en los procesos de compra pública?, me dirás que me he vuelto loca indefectiblemente después del paso de los años no? ¿O tal vez, tanto encierro forzado por la pandemia del covid, ha dejado secuelas irreversibles en mi mente?»

José Antonio, en lugar de confirmar mi locura, me dijo: «Inés María, me parece un tema genial, impresionantemente bueno; y si nadie lo ha topado no es porque sea absurdo, sino porque a nadie se le ha ocurrido y que bueno que seas tú ahora, viviendo en España, la que se anime una vez más a generar un proceso disruptivo y de investigación doctrinaria al respecto, te animo a hacerlo», prosiguió.

«Te acuerdas que algo parecido ocurrió cuando planteaste analizar en tu tesis de Ph. D. los acuerdos colusorios verticales y horizontales y la competencia en general en contratación pública?, también fue un tema totalmente nuevo y tú fuiste la primera ecuatoriana que hizo esa investigación», continuó con entusiasmo, José Antonio.

«Nada que ver José Antonio», le dije yo, esperando que mi mentor recapacite. «En ese tema sí había precedentes españoles, como Patricia Valcarcel, o tú mismo, que habían escrito y hablado al respecto. Sobre la neurociencia en compra pública, no hay nada, absolutamente», sentenció yo con tristeza.

«Pues entonces, yo te apoyo», me dijo José Antonio. «Seremos dos locos hablando de ese tema; hazlo, escribe algo al respecto, para que seas la pionera en la investigación de este tema, ya verás que esto resulta bien», sentenció finalmente mi mentor.

«Ok, concluí yo, voy a escribir, para que, si el tema es incorrecto, al menos se haya dejado evidencia escrita de que hubo una curiosidad intelectual, que luego de mi análisis y del de otros estudiosos, pueda generar y aportar los datos de información necesarios para haber dicho que nada tiene que ver la neurociencia en la contratación pública... (¿O, quién sabe si, si,...?)».

Mi cuñada Lore, esposa de mi hermano Carlos, para ratificar mi esperanza me dijo un poco antes de que yo comience a escribir este artículo: «Usted no es loca, Ine, es una genialidad de su parte abordar este tema». Ese impulso me dio ánimo para finalmente organizar mis ideas y seguir adelante en este loco intento.

DIVISIÓN DEL CEREBRO

Luego de leer varios artículos médicos y consultar con especialistas, no cabe ninguna duda de que, indistintamente de que el cerebro actúe en el sector público o en el sector privado, se divide de la misma forma; es decir no hay seres humanos con un «tipo de cerebro» actuando en el sector público y con «otro» tipo de cerebro actuando en el privado. Esta situación es así, aun cuando se diga que el funcionario público debe actuar de una forma, cuando piensa en su rol de funcionario público y de otra cuando actúa en el ámbito privado.

Esta conclusión tan preliminar, puede resultar un primer «sacrilegio»; porque los tratadistas puros y duros del derecho administrativo, colegas e incluso «correligionarios» míos me dirán que la ley dice otra cosa, que las normas señalan un actuar distinto, que el Estado es un ente que piensa de manera distinta al de una empresa privada. Y aunque eso normativamente es así y de ello no quepa duda alguna, los seres humanos que están actuando, solo se ponen «diferentes sombreros», pero lo hacen «sobre la misma cabeza».

Creo que el segundo «aporte de investigación» que puedo realizar desde mi creatividad hasta el momento, es que hemos confundido «cabeza» con «sombrero».

Hasta el momento, hemos estudiado y regulado los «sombreros», pensando que así hemos logrado regular y estudiar las «cabezas»; y esto es precisamente lo que ha podido generar una serie de distorsiones más allá de lo perfecto de las normas en el actuar real del ser humano. En efecto, es importante señalar que el cerebro (sea trabajando en el sector público o en el privado) está formado por tres partes.

1. Por un lado, el denominado «cerebro primitivo o reptiliano», que se encarga de las reacciones instintivas y básicas de nuestro comportamiento. Este cerebro responde por nuestra supervivencia cuando nos encontramos en situaciones de peligro; por ello, normalmente es rígido, compulsivo y no tiene capacidad para enfrentar situaciones innovadoras, ya que se rige y guía por los instintos más simples. Habrá que ver cómo en el objeto del análisis de este documento, el «reptil» que llevamos en esta parte del cerebro influye o no en el proceso de compra pública.
2. La segunda parte es el denominado «cerebro límbico», encargado de gestionar y regular las emociones y de memorizar las experiencias. Desde lo límbico se entiende la semántica de los objetos, sean reales o abstractos y se los relaciona con las emociones. Tiene una influencia significativa de las percepciones que le dan nuestros sentidos. En esta parte del cerebro se hacen inconscientemente los juicios de valor que afectan el comportamiento. Para efectos del análisis que se expone en este trabajo, esta parte del cerebro tendrá especial atención.
3. La tercera y última parte del cerebro es el neocórtex, que es en donde está la lógica y la razón y es la que más usamos para desarrollarnos en el mundo; procesando lo que se recibe a través de los sentidos y convirtiéndolos en reacciones verbales y no verbales. Se encarga de la mayoría de los procesos cognitivos complejos. Es el neocórtex, el único que se ha creído que existe al momento de que un comprador público actúa en sus decisiones de compra y desde cuya lógica se le ha exigido motivar sus contrataciones; habrá que ver hasta qué punto actúa desligado de las demás partes del cerebro.

ROMPIENDO CIENTÍFICAMENTE EL MITO DE QUE LA RAZÓN «NEOCORTEJANA» COMPRA: EL ESTUDIO DE LA NEUROCIENCIA.

Se dice que casi nunca las compras que hacemos se dan porque necesitamos, sino más bien compramos porque queremos; esta situación se atribuye a la influencia que tiene el cerebro reptiliano en el límbico, sin que nada o poco tenga que ver la razón del neocórtex. Son las emociones las que influyen en que sintamos una sensación agradable con respecto a un producto; y, nuestra parte más primitiva es la que decide comprarlo, sin que nada o casi nada tenga que ver el neocórtex, quien lo único que hace una vez que las otras partes del cerebro han decidido comprar, es "racionalizar" la compra; es decir, generar la famosa «motivación» exigida en los procesos de contratación pública.

Entre estos dos cerebros «reptiliano y límbico», hay una forma de relacionarse a través de la denominada «percepción sensorial», que se da cuando vemos un producto y se activan automáticamente diferentes áreas de nuestro cuerpo que nos indican si esta situación es agradable o no. Es decisiva esta percepción sensorial, ya que hace que nuestro cerebro reaccione y se impulse a comprar un producto, que luego para efectos de justificarlo, se racionaliza con el uso de la lógica y la razón; pero frente a una decisión que se habría tomado de forma previa.

La gran complejidad, en tratándose de contratación pública, es que estas relaciones cerebrales y percepciones sensoriales, no distinguirían si el ser humano es funcionario público o actúa en la esfera privada; sus reacciones serían las mismas; entonces parecería que los juristas y estudiosos del derecho, hemos creído que con regular los «sombremos» público o privado que se pone una persona, se haría que su cerebro cambie. Insisto, nuestra doctrina y normas han estudiado y regulado sombreros y no habrían analizado ni previsto el inmenso y complejo mundo que está debajo del sombrero y que es el cerebro que está detrás de la toma de decisiones y no es el cerebro racional, sino aquel reptiliano y límbico el que decide desde su experiencia y percepción sensorial.

Aparece entonces la necesidad de entender la neurociencia como aquella que estudia el sistema nervioso, compuesto por el cerebro, la médula espinal y las redes de células nerviosas sensitivas o motoras, llamadas neuronas, con el objetivo de comprender cómo funciona el sistema nervioso para producir y regular las emociones, los pensamientos, las conductas y las funciones corporales básicas, incluidas la respiración y el mantener el latido del corazón. Los neurocientíficos estudian el sistema nervioso en muchos niveles diferentes; examinando las moléculas, las células nerviosas, las redes neurales y la estructura del cerebro, de forma individual y en conjunto, y cómo estos componentes interactúan para realizar diferentes actividades.

LAS EMOCIONES Y SU RELACIÓN CON EL CEREBRO Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Las emociones, son fundamentales en el proceso de toma de decisiones y de compras, independientemente de que ésta sea de contratación pública o privada; ya que las emociones no vienen etiquetadas o se las pide actuar de forma distinta dependiendo del sombrero que esté puesto el actor.

Y entonces la neurociencia ha tomado a la tecnología para entender y confirmar sin lugar a dudas que la activación emocional es mucho más rápida que la activación cognitiva y consciente, en todos los procesos y aspectos de nuestra vida, incluido en el momento de comprar; sin distinguir si se trata de una compra pública o privada. Es así que, el impacto emocional de un mensaje o producto correría muchísimo más rápido que el mensaje sobre su funcionalidad.

Si el objeto a ser vendido trae a nuestra conciencia recuerdos positivos, automáticamente se activan emociones positivas respecto de dicho producto o servicio y, en consecuencia, hace que tomemos la decisión de obtenerlo. Por ello es que la publicidad se enfoca principalmente en generar emociones positivas que se relacionan con aspectos agradables de la cotidianidad de una persona; haciendo que se activen aspectos menos conscientes en nuestro cerebro, generando sensaciones positivas no solo con un producto o servicio, sino también con una marca.

Cuando se va a comprar un producto, si su marca se asocia a emociones positivas guardadas en nuestra memoria emotiva, esta marca va a ser necesariamente preferida; y así se comienza a configurar en nuestro cerebro y en el hábito de comprar.

Esta es una realidad contrastada pese a los diferentes intentos de investigar para saber si por el hecho de ponerse el sombrero público, el cerebro va a actuar de otra ma-

nera, comprobando lastimosamente *a priori* que el sombrero no cambiaría la realidad del cerebro, sino solo le ayudaría a racionalizar la decisión adoptada por fuera de la razón y la lógica. Se torna entonces complejo y casi imposible mantener el mito de que la compra pública la realiza el «neocórtex público» y más bien se entendería que la base de la decisión de compra estará en la relación del cerebro en su parte reptiliana y límbica.

Así se podría entender cómo varias veces —y no obstante diferentes esfuerzos normativos— muchos tomadores de decisiones han justificado contrataciones directas o han «simulado» procesos de compra, aparentemente concursiva; sin que haya existido factores extraños o «punibles», sino más bien basados en esta realidad neurocientífica.

Complejo de entender para los abogados especialistas de la compra pública, que siempre pensamos que el único cerebro que existía en el sector público era el «neocortexano».

MOTIVACIÓN Y TOMA DE DECISIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Luego de haber abandonado científicamente o al menos haber «cuestionado a muerte» la base de la compra desde el neocórtex, indistintamente de que sea pública o privada, hay que ratificar que en las necesidades a atender hay unas consideradas primarias, que se relacionan con aspectos fisiológicos, necesarios para vivir vinculados con necesidades de comer o dormir; mientras que hay otras necesidades de carácter secundario, que se relacionan con patrones sociales, que tienen que ver con la importancia de sentirse parte de un grupo.

Este tipo de necesidades le lleva a nuestro cerebro a comprar objetos que favorecen nuestra integración, como puede ser la tecnología. En consecuencia, la funcionalidad de un objeto no es, por regla ni principal o peor única, la que incide en nuestra decisión de compra, sino más bien es la emoción que nos genera.

Por otro lado, está claro que la motivación desde el ámbito jurídico que es conectar los hechos con la base del derecho, no sería suficiente, desde el análisis del proceso mental y humano para efectos de motivar una compra en el sector público.

TÉCNICAS DE NEUROMARKETING APLICADAS A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Generada la aseveración, o al menos puesto sobre la mesa de discusión el hecho de que el sombrero público no cambiaría el cerebro humano, bien se podría, desde el análisis de la incidencia de la neurociencia en la contratación pública, entender y analizar las diferentes técnicas que se usan como herramientas científicas para adentrarse en los veciuetos de nuestros cerebros.

Señalo a continuación algunas de las principales herramientas que se usan como técnicas en el neuromarketing y que se podría investigar qué tan aplicables pueden resultar en el ámbito de la contratación pública.

1. *Resonancia magnética funcional*. A través de ella se obtendría imágenes del cerebro del comprador público mientras éste desarrolla una actividad o recibe estímulos exteriores, mostrando qué áreas del mismo se activan. Puede proporcionar información valiosísima, aunque tendría costos elevados.
2. *Electroencefalografía*. Identificaría las áreas con mayor actividad del cerebro del comprador público, a través de las variaciones eléctricas medidas a través de electrodos en su cuero cabelludo.

3. *Seguimiento ocular (eye-tracking)*. Con cámaras especiales de alta velocidad, se registraría hacia dónde los compradores públicos dirigen su mirada en cada momento. Se pueden también obtener datos de otros factores como la dilatación de las pupilas o el parpadeo.
4. *Conductancia eléctrica de la piel*, permitiría medir la respuesta fisiológica de los compradores públicos estudiados a partir de su sudoración.

No solo el cerebro, sino también las hormonas pueden influir en la decisión del comprador público.

Markus Heinrichs, profesor de la Universidad de Freiburg, señaló que la oxitocina u hormona de la felicidad, ejerce un rol fundamental en la creación de experiencias positivas para un cliente en general.

El citado autor no estuvo pensando en contratación pública, cuando opinó al respecto, sin embargo, ya hemos visto a lo largo de este documento que no habría dos cerebros distintos actuando en el sector público o privado; y en esa misma lógica, tampoco existirían hormonas distintas de dichos tomadores de decisión o, manifestado en otras palabras, no es que habría una producción especial de hormonas si el ser humano está vestido de servidor público o de empresario privado.

La situación expuesta nos permite comprender la relación entre la mente del comprador público y de su conducta; lo cual, además, aporta datos mucho más profundos que los estudios de mercado tradicionales que se realizan.

Este conocimiento sería de gran valor para todo proceso de compra pública, más aún en tratándose de modelos de contratación pública no tradicional, o de modelos de contratación pública de innovación o, en general, de carácter estratégico.

CONCLUSIONES

A lo largo de este documento se ha intentado demostrar la estrecha, incuestionable e indiscutible relación entre el cerebro límbico y reptiliano y las compras, sin importar que éstas últimas sean realizadas por el sector público o privado.

Muchas veces nos creemos seres lógicos en cuanto a las compras que realizamos, mucho más si son del sector público actuando como comprador, pero no se ha encontrado ningún dato científico que demuestre que al actuar desde un rol, o puesto un sombrero o una vestimenta, el servidor público deja de tener un cerebro determinado; todos los datos nos dicen que los seres humanos, indistintamente que estemos en el ámbito público o privado, somos muy influenciados por la parte emocional o los estímulos que nos rodean. Por lo tanto, si un producto o servicio, nos genera una emoción agradable o evoca un recuerdo nostálgico de nuestra infancia, indefectible y científicamente se ha demostrado que adquiriría poder para influir en nuestra decisión de compra, aun cuando estemos ejerciendo el rol de funcionarios públicos.

Desde esta lógica sería muy interesante que conociendo esta realidad que genera y aporta desde una perspectiva científica el estudio de la neurociencia y del neuromarketing, se incentive un proceso de estudiar y entender qué tan cierta y sustentada sería esta teoría y por lo tanto cuál sería el proceso de desarrollo tanto doctrinario como normativo para incluir el análisis de esta temática en el estudio de la contratación pública desde el aporte de la neurociencia.

No se trata de intentar «leer las mentes», ni de generar novelaría publicitaria o peor aún ocultar una realidad que puede ser evidente; sino de comenzar a estudiar qué tan pertinente sería aplicar el método científico de la neurociencia en el análisis y regulación de la contratación pública, usando para el efecto, estudios en laboratorios altamente controlados; con la finalidad de «escuchar» el cerebro del funcionario público y de las decisiones que adopta.

Si es que el tema después de esta primera exploración doctrinaria fuera pertinente, necesitaría de forma ineludible iniciar un proceso de fuerte y seria discusión que pase, también, hacia los terrenos legislativos y de toma de decisiones políticas, para generar regulación normativa, que permita, por ejemplo, no evaluar solo las declaraciones de los servidores públicos sino sus respuestas fisiológicas objetivas, y todo lo que está ocurriendo en su cerebro; identificando patrones de respuesta del tipo «causa-efecto».

En ese proceso de aprendizaje y del traslado de este conocimiento del ámbito privado hacia el público, habría que considerar por ejemplo territorios en los que el neuromarketing ha aportado grandes resultados, como son, el olfato para que el cerebro recuerde los olores y los procese en el subconsciente, los nombres de las marcas o productos, los colores que pueden modificar las ideas y emociones, el apelar a los sentimientos provocando risa, amor, solidaridad, etc., o el contar historias que creen un vínculo de confianza con la marca para que ayuden a instalarse en la memoria de los compradores, sin importar si son públicos o privados.

RECOMENDACIONES

Sin afán de presumir, confieso mi orgullo al terminar de escribir este artículo, como un primero, aunque incipiente estudio aún, alrededor de la temática planteada; siento que, aunque nuevo y poco manejado desde mi realidad diaria, intenta al menos exponer la lógica de sus ideas.

La tarea sin embargo recién empieza, porque tengo el reto de seguir investigando y viendo cómo aterriza el estudio y técnicas de la neurociencia en general y del neuromarketing, en específico, en su posible relación y aplicación en la contratación pública.

Considero también que este artículo es una invitación a otros profesionales colegas del ámbito jurídico y también del mundo médico, comunicacional y comercial, para desde un proceso integrador, generar discusión, debate e investigación que desvirtúe o profundice el estudio de la temática planteada.

Si el tema tuviera asidero doctrinario, entonces este artículo pretende ser también un elemento propiciador de discusión normativa en los estratos públicos, políticos y legislativos correspondientes, desde la realidad no solo de un país determinado, a ver si se encuentran elementos de convicción necesarios que permitan analizar las fases previa y precontractual, incluidos estudios de mercado, procedimientos de contratación y evaluación y selección de proveedores, así como actos administrativos de adjudicación de contratos e informes de pertinencia de compra, desde el uso de la neurociencia en el análisis de la contratación pública y del cerebro humano como actor principal de esta relación. El debate y discusión recién empieza y me enorgullece ser yo la que haya planteado el tema.

REFERENCIAS

- Álvarez, Gustavo; Mazzitelli, Antonella y Tristezza, Diego, «El neuromarketing. Creación y producción en diseño y comunicación», 2010, pp. 65-66.
- Araujo Cuauero, Juan. «Las neurociencias y su impacto en el derecho. El papel del cerebro en el quehacer jurídico. El neuroderecho». *Revista Mexicana de Medicina Forense y Ciencias de la Salud*, vol. 7, N.º 1 2021.
- Capó, Miguel, *et al.*, «Neuroética. Derecho y neurociencia», *Ludus Vitalis*, vol. 14, N.º 25, 2017, pp. 163-176.
- Casado-Aranda, Luis y Sánchez-Fernández, Juan. «¿Puede el neuromarketing ayudar a

- mejorar el diseño de la web de compra? Un estudio neurocientífico sobre entornos de compra hedónicos y utilitarios». *Revista de Marketing y Publicidad*, 2021, pp. 7-30.
- Castilla Colquehuanca, Jhoni, «Neurociencia y derecho: entorno neurocientífico, entorno jurídico y contorno conceptual», en *Revista de Derecho*, vol. 4, N.º 1, 2019, pp. 45-60.
- Coca Carasila, Andrés, «Neuromarketing: las emociones y el comportamiento de compra», en *Perspectivas*, N.º 25, 2010, pp. 9-24.
- Fernández, Atahualpa, «Derecho y neurociencia», en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N.º 9, 2005/2006).
- Pardo, Michael S. y Dennis Patterson. «Fundamentos filosóficos del derecho y la neurociencia», en *InDret Penal*, N.º 1, 2022.
- Restrepo, Santiago, «Neurociencia y marketing: de la emoción a la compra», 2017, p. 101.
- Tinoco-Egas, Raquel, «Fundamentos del neuromarketing desde la neurociencia del consumidor para la generación de confianza», en *Redmarka, revista académica de marketing aplicado*, N.º 16, 2016, pp. 29-40.



La discriminación justificada en una sociedad liberal

Carlos Manuel Rosales | [iD](#) Investigador independiente

Danitza Morales Gómez¹ | [iD](#) Red de Investigadores Parlamentarios de la Cámara de Diputados de la LXIII Legislatura de los Estados Unidos Mexicanos

RESUMEN El acto de la discriminación es una decisión que afecta derechos de terceros. Sin duda, su ejercicio y materialización es pernicioso. Sin embargo, ¿sería posible discriminar a una persona, sin enfrentar consecuencias jurídicas? Este trabajo abre un espacio para exponer que hay situaciones en que se realiza y valida la discriminación, en que se justifica su utilidad para conservar un bien titulado considerado como derecho fundamental o salvaguardar el orden público como estructura fundamental de la teleología del Estado.

PALABRAS CLAVE Democracia, derechos fundamentales, desigualdad, discriminación, autonomía, justicia.

FECHA DE RECEPCIÓN 17/11/2021 FECHA DE APROBACIÓN 5/1/2022

Justified discrimination in a liberal society

ABSTRACT The act of discrimination is a decision that affects the rights of third parties. Undoubtedly, its exercise and materialization is disastrous. However, would it be possible to discriminate against a person without facing legal consequences? This work opens a space to explain that there are situations in which discrimination is carried out and validated, in which it is justified its usefulness to preserve a titled property considered as a fundamental right or safeguarding public order as a fundamental structure of the teleology of the state.

KEY WORDS Democracy, fundamental rights, inequality, discrimination, autonomy, justice.

Aprender a dudar, es aprender a pensar.

Octavio Paz

INTRODUCCIÓN

Cuántas veces se ha reprendido a un niño por jugar con otro, por el color de su piel; la negativa familiar al matrimonio entre personas con religiones diferentes; el disgusto de algunos al ver una pareja homosexual, andando de la mano; la sobrevigilancia a una persona con rasgos árabes, en un aeropuerto internacional; la desaprobación casi

¹ Universidad de Chile.

automática a una persona mayor, pidiendo un empleo; la negativa laboral a una persona con discapacidad motriz, sin valorar su potencial intelectual; la calificación de la apariencia personal prejujuada para ingresar a un restaurante; y así se tienen muchas situaciones que hacen subsistente la discriminación.

Esos (pre)juicios sociales provocan una lesión, un agravio y, en lógica consecuencia, una(s) víctima(s). El victimario realiza una acción para demostrar su desagrado o inconformidad, autojustificando el acto en su derecho de libertad al tiempo de invisibilizar los derechos ajenos, para luego producir y emitir una apología de inculpabilidad.²

La discriminación es sinónimo de agresión, donde se excluye a una persona de un grupo social, bien sea por sus características físicas, por presentar algún tipo de enfermedad, religión, sexualidad, o porque no cumpla con lo establecido dentro de la ética dominante.³ Sin duda, esos actos afectan a la sociedad de una manera **significativa**, contraen a las personas y debilitan su autoestima, formando resistencias y creando barreras en la sociedad.

Deconstruir la discriminación es un atrevimiento para conocer, observar e interpretar los motivos para imponer y aplicar un discurso ignominioso.⁴ La misoginia, el racismo, la segregación o el confinamiento son ejemplos que evidencian la ausencia de comprensión, tolerancia, empatía y respeto que ameritan las características, preferencias o actos de las demás personas.

El prejuicio se convierte en el elemento primario para ejercer la discriminación, por lo que ésta se instrumentaliza en un ejercicio de verticalidad, dominación, subordinación y manipulación que produce privilegios y una satisfacción egoísta, que genera odio, rencor y resentimiento.⁵

En este orden de ideas, este trabajo parte de la hipótesis de que existen espacios en los cuales se inculca a la discriminación como un hecho. Sin embargo, ésta puede ejercerse para crear condiciones favorables hacia un grupo (discriminación positiva), como las convocatorias de gobierno exclusivas para mujeres o la contratación de personas con alguna discapacidad física, así como los espacios confinados en los centros comerciales para personas con discapacidad.

Reflexionando en torno a la discriminación positiva, es necesario analizar sus aristas limitativas para no tergiversar su utilidad pública, dado que puede suceder que este trato diferenciado, debidamente justificado, sea operacionalizado o invocado erróneamente. Por ejemplo, en un anuncio de empleo se requiere una *hostess*, y se presenta una persona con rasgos físicos que no son los acordes a las exigencias de la empresa; se podría considerar que la no contratación, ¿sería una discriminación? Pensemos otra muestra, un ex-reo solicita un trabajo como operador vehicular en una empresa de transporte de valores, si suponemos que esta persona ya cumplió su condena, y por tanto está readaptado, el no contratarlo ¿sería discriminación?, ¿o dicha negativa está justificada? Las respuestas no están dadas, sino que deben construirse.

La metodología de este ensayo es deductiva y analítica, por lo que para empezar se presentará un mapa sobre los sustantivos diferencia y desigualdad, con el objetivo de visualizar que la discriminación es un constructo social articulado e interrelacionado con los tratos diferenciados injustificados derivados de lo desigual. En el siguiente apartado se realiza un esbozo de los orígenes de la discriminación, y como ha sido parte de la historia. Lo anterior, ya permite exponer cómo se ha generado su instauración socialmente y cómo ha sido utilizada por los gobiernos para justificar su existencia y validez. Este trabajo estudiará los tipos de discriminación existentes, y con ello observar las especies, dependiendo del contexto espacio y tiempo del que se trate. Para finalizar, se

2 Rousseau, Jean-Jacques, *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Madrid, Ed. Alianza, 1992.

3 A estas nociones la Suprema Corte de Justicia de la nación mexicana las ha denominado «categorías sospechosas».

4 Garzón Valdés, Ernesto, «Algo más sobre la relación entre derecho y moral», Rodolfo Vázquez, *Derecho y moral*, Madrid, Ed. Gedisa, 1998, p.152.

5 *Vid.*, Galindo, Mariana, *Desigualdad*, Serie de estudios económicos, vol. 1, México, 2015.

hace una argumentación sobre la discriminación posible, un espacio en que su ejercicio no debe ser censurable.

El objetivo es exponer y analizar cuándo una discriminación puede ser aceptada socialmente y no genere efectos legales, en el entendido de que esa acción se valida y/o tolera por determinadas circunstancias y que se limita a un espacio cerrado, generando excepciones en materia de discriminación. Ese acto podría observarse como una aporía en el sistema legal, pero se debe considerar que la norma es relativa, cuando se aplica, y que es general, en su ámbito espacial.

DIFERENCIA Y DESIGUALDAD

En este apartado se presentarán dos temas que tienen un objetivo primario, la distinción. La diferencia es el resultado derivado de comparar cosas similares y notar cuáles son las características semejantes y distintivas de esos objetos, cosas o bienes. La desigualdad se realiza a partir de un conocimiento o prejuicio aprendido o construido por una(s) persona(s) con el objetivo de desaprobar algo o alguien que le disgusta, que no le parece correcto, le molesta o le inconforma aquel ser, actuar, preferencia o hacer de otro(s) individuo(s).⁶

Por lo que hace a la desigualdad, cuando se realiza una confrontación y se pregunta si son iguales, en qué son semejantes o diferentes, se debe tener en cuenta el sistema de referencia que se observa y dialoga. Verbigracia, para comparar un par de libros de forma precisa es necesario saber qué aspecto se está comparando y con qué finalidad, a esto se le llama sistema de referencia. Físicamente, uno es de portada verde y, el otro, azul; uno tiene cien páginas y el otro ochenta; uno está hecho con papel bond y el otro con papel reciclado; uno tiene letra manuscrita y el otro de molde; uno contiene anotaciones y el otro está en perfectas condiciones; un libro es reciente y el otro es del siglo pasado. Otra forma de comparación podría ser la funcional o temática: un libro habla de álgebra y el otro de política; uno resultó útil, el otro no se comprendió. Entonces pues, el sistema de referencia relaciona estrechamente las intenciones del comparador y a los objetos de la comparación a efecto de tener precisión en las conclusiones y/o intenciones específicas de la comparación.

El utilitarismo produce un vínculo entre el objeto y el sujeto, creando un beneficio a la persona a partir de su juicio subjetivo. De forma subjetiva, la persona reconoce la calidad o función del objeto para calificar si le es útil o conveniente y de qué manera lo es o puede ser. Así, la diferencia puede ser de dos maneras, la comparación física entre dos objetos, que pueden ser del mismo género, pero diferente en la especie. Por ejemplo, se podría anotar las diferencias entre el estómago de un perro y el de un oso, y comparar el tamaño, funcionamiento, capacidad, localización, entre varias características. Pero no es productivo comparar objetos sin un género común, por lo que deben ser objetos que se puedan cotejar o mencionar por qué se podrían comparar.

Los elementos constitutivos que contienen los bienes o propiedades permiten realizar una diferenciación.⁷ Estos juicios se realizan de acuerdo con las características propias de los objetos y los conocimientos del que realiza la confronta. Pero también pueden realizarse a partir de su utilidad. La diferenciación es un hecho que relaciona al sujeto, su intencionalidad y al objeto, resultando una decisión o un juicio. La subjetividad y la utilidad indicarán de qué forma se observará, disfrutará o utilizará la cosa por la persona. Por ejemplo, el que adquiere un cuadro de Tiziano por gusto o como una inversión; el que viaja en autobús en vez de manejar su propio vehículo para ir al trabajo; el que se divierte más en un bar, que en un museo.

6 Cfr., Perry, Michael J., *Constitutional rights, moral controversy and the Supreme Court*, USA, Ed. Cambridge, 2009.

7 Delfino, Silvia, «Desigualdad y diferencia», en *Revista Estudios*, N.º 7, Córdoba, Universidad de Córdoba, 1997, pp. 189-214.

Por lo que se puede colegir que las diferencias se realizan a partir de la comparación de los elementos contenidos en un objeto, considerando el género en que concuerden. A partir de esos elementos se hace la diferenciación entre ellos. En otro escenario, la diferencia se basa por la función que deba operar el objeto. No existe un mandato para esta decisión, sino lo contrario, en cada comparación y selección de los elementos y funciones se refleja el volitivo subjetivismo.

Con respecto a la desigualdad, las características, preferencias y usos son los elementos distintivos que permiten hacer diferencias entre las personas. Estas peculiaridades o rasgos son básicos para el desarrollo de la personalidad. Están revestidas de dignidad, por lo que deben ser respetadas para convivir en paz. En consecuencia, la desigualdad puede verse como una incorrecta distribución de libertades, derechos, recursos u oportunidades.

Sin embargo, es más fácil calificar y sojuzgar a otra persona, que atender el motivo del juicio subjetivo hacia otro individuo. Se crea o asimila un conocimiento para criticar por motivos como su raza, sexualidad, género, credo, condición económica, entre otras formas para imponer un pensamiento a otra. Se recrea una verdad construida en concepciones u opiniones propias y/o de terceros, que intentan alejar, impedir un acto, continuar una conducta o subyugar a otro sujeto.

La desigualdad está diseñada por un conjunto de premisas que se originan en la preferencia personal o social, o en determinadas condiciones socio-culturales, políticas y/o económicas. A alguien no le agrada que su vecino sea un individuo con rasgos indígenas, porque no son iguales y considera que ellos deben vivir fuera de su barrio. En este asunto, se tiene un prejuicio hacia las personas por sus características personales (no califica su conducta o aporte a la sociedad), sino que no es de su agrado verlo alrededor e incluso tiene un discurso que lo justifica. Pero de dónde y por qué emanó esa solicitud para despreciarlo y expulsarlo de su comunidad. Se debe observar que esta persona tenía un conocimiento previo, que fue utilizado en cuanto vio o supo de alguien con ciertas características. Este prejuicio se transforma en molestia cuando la circunstancia lo enfrentó a esta situación visual por lo que exigía su desalojo. Sus preferencias personales activaron su disgusto y activaron un mecanismo de defensa contra el otro individuo. En esta discusión se crea una distinción de la persona que no desea ver, y otra que no comparte ni agrada su pensamiento y actitud, y al mismo tiempo genera un daño.⁸

Los conceptos que se originan a partir de la discriminación pueden provenir de discursos y hechos de desigualdad; que tienen como objetivo instaurar privilegios, imposiciones, beneficios, subordinaciones para imponer un pensamiento y una acción contra los desiguales, a través de la perpetuación de un cierto *statu quo*.

En el caso de la discriminación se valida y materializa por una narrativa carente de reflexiones y críticas al mismo. No hay un juicio al interior, y se obedecen como dogma sus sentencias, acciones, condiciones y estipulaciones, tomando en cuenta solo las opiniones que les sirvan para continuar demostrando su discurso y actuar.

Como sistema de ideas la discriminación es una tendencia endógena. No necesita de una opinión o valor externo, simplemente es porque así es y debe ser, sin posibilidad de poder realizar un comentario u observación en contra; es espuria, contiene falacias o se diseña con prejuicios, mentiras, manipulaciones o descalificaciones sobre los rasgos, actos y circunstancias de desigualdad de las personas, para construir un gusto, beneficio, privilegio o recompensa para el desigualitario.⁹

La discriminación no contiene contrastes al interior, requiere de la opacidad para seguir operando y estacionar a las personas en la obscuridad; para que continúen ejer-

8 La doctrina considera que el daño es la violación de los intereses de la persona; el perjuicio en algo en lo que tiene verdadero interés.

9 Altschuler, Bárbara, «Desigualdades sociales desde el enfoque de la complejidad: integrando disciplinas para pensar nuestra realidad», Repositorio Institucional de acceso abierto de la Universidad Nacional de Quilmes, Argentina, 2016.

ciendo sus perversiones y perjuicios. Esta desigualdad se diseña, fabrica y elabora por medio de prejuicios o ideas sin deliberación científica ni empatía. Se origina por juicios elaborados sobre mitos, conclusiones subjetivas, manipulación de los hechos, falsa comunicación, ignorancia permeable, entre otros componentes.¹⁰ Estos actos de control generan una lesión o un agravio, provocando que la víctima sufra un menoscabo físico, psicológico y/o una pérdida económica.

Esta desigualdad materializada en su modalidad discriminatoria produce una parcialidad en el ejercicio de derechos y libertades, que benefician a la persona o al grupo ideológico controlador y, por otro lado, se genera un agravio a la(s) persona(s) en su ámbito personal, espacial, material y temporal.

Orígenes y fundamentos de la discriminación

El tema que se propone se analizará desde la teoría de las esferas de la justicia de Michael Walzer.¹¹ La exploración de la discriminación desentrañará su naturaleza, sus componentes, su instrumentación, sus objetivos y los argumentos para su validez.

Descubrir el origen de la discriminación permitirá conocer su naturaleza y etiología. Este develamiento antropológico expone la instauración y los instrumentos que se utilizaron para convertir a la desigualdad en una doctrina imperiosa y condición de posibilidad de la discriminación. ¿Qué se requiere para que la discriminación se instaure como una conducta habitual y se pueda ejercer el poder contra los desiguales? El reconocer y extraer los fundamentos de la desigualdad revelará los cimientos de los juicios y las acciones para abusar, ordenar y separar a los distintos, mediante actos de exclusión y segregación discriminatorios. Por ejemplo, en Europa, los peregrinos no tenían los mismos derechos que un ciudadano; los esclavos manumitidos en Roma nunca serían senadores. Los afroamericanos en Estados Unidos de América eran (y siguen) siendo mal vistos en múltiples comunidades con predominancia de ascendencia europea (blanca); incluso todavía se les impide a los que no son de ascendencia europea, la compraventa de una propiedad, y en ocasiones, no son atendidos respetuosamente en los comercios y servicios públicos.

La discriminación como producto de la subjetividad emana de las concepciones individuales, en que justifica por qué la otra persona no debe ni puede ser vista como par y, por tanto, no merece ser considerado como un igual. La discriminación se ha utilizado como instrumento para enhestar y recalcar las diferencias entre las personas. Estos mecanismos se convierten en la materialización de sus concepciones, para resaltar ciertas características, comportamientos o preferencias de algunos que supuestamente están sujetos a la voluntad de otros, por lo que no pueden desarrollarse libremente, ni existir con dignidad. El menosprecio es uno de los instrumentos materiales de la discriminación, que se origina por las características o actividades de otra persona o grupo. Esta acción sirve para dar a conocer que aquel sujeto no es un elemento común, no es grato, ni goza de aceptación (o es de poca valía), y eso explica y justifica el demérito o descalificación.

La discriminación provoca animadversión, por lo que exige o solicita el cese o prohibición de la acción, la expulsión del sitio y la debida sanción por alterar y vulnerar su bienestar. Se crea una sanción al individuo por no conducirse a lo que se impone, porque la pseudonorma es por un lado un acto de imperio y por el otro, un ejercicio de cierta ideología. Las condiciones dominantes impondrán un mecanismo de resolución a esa clase de entuertos.¹²

La antipatía produce desigualdad. El discriminador espera u ordena que las personas sean de cierto aspecto o que las personas actúen conforme a sus ideas, exigencias y gustos personales. En el que las víctimas están a merced del carácter y decisión del que desea la imposición, para asegurar su bien, deseo y tranquilidad.

10 Bickel, Alexander, *The least dangerous branch*, USA, Ed. Yale University Press, 1986, p. 38.

11 Cfr., Walzer, Michael, *Spheres of justice*, USA, Ed. Basic Books, 1984.

12 Kojève, Alexandre, *La noción de autoridad*, Buenos Aires, Ed. Nueva visión, 2005, p. 36.

La discriminación es producto de la irracionalidad. El ejercicio de racionalizar produce conocimientos y herramientas que diseñan la personalidad y la conducta. Sin embargo, si no se elabora un proceso cognoscitivo crítico, inteligente y robusto, se obtendrá información y comportamientos tendenciosos.¹³ Por lo que los juicios irracionales también producen un trato diferenciado hacia ciertas personas, pero sin una explicación sólida de sus posturas.

La ignorancia es una fuente de la discriminación. El opinar, hacer o cuestionar sin la debida información produce, en ocasiones, lesiones. En Chile se dice que los comunistas se comen a los bebés. Un comentario iletrado que descalifica al adversario político, que se hace sin ninguna evidencia. La discriminación y el trato por la preferencia política aún continúa produciendo una profunda división en la sociedad chilena.¹⁴ De tal manera, el desconocimiento puede producir ideas mal concebidas y, por tanto, un trato desigual.

La discriminación como falta de empatía. El colocarse en la situación de la otra persona es esencial para descubrir sus pensamientos y emociones, y así lograr conformismos sociales. En los casos de desigualitarismo, al victimario no le interesa reflexionar en la consecuencia de sus actos, su egoísmo no le permite pensar en el otro. Su posición no le permite colocarse en el papel o las emociones ajenas. Su meta es que su egoísmo sea el que impere en las relaciones que sostiene con el exterior.

La discriminación genera parcialidad. Ante una decisión que trate sobre selección, distribución u otra, si la persona opera con un sistema epistémico desigual-discriminatorio preferirá al sujeto que le sea más afín. Su decisión la puede ajustar a las normas establecidas, o como una oportunidad de mostrar su criterio y poder. La parcialidad no reconoce ni otorga los mismos derechos, libertades y oportunidades, es el beneficio a otra persona por un interés privado.¹⁵

La discriminación tiene implícita la intolerancia. El respeto a lo distinto es el núcleo de la tolerancia. Este valor permite la convivencia entre personas diferentes, sin importar sus características o conductas. La tolerancia es la esencia de un régimen republicano, para que exista y permita una convivencia pacífica. La intolerancia se transforma en discriminación, como falta de respeto a la diversidad y al pluralismo.¹⁶

La mayor parte de la discriminación se adquiere de forma empírica, por medio de los sentidos y/o de las deducciones, sin un método científico. Su conceptualización es subjetiva y casuística: su argumentación es un tipo de abstracción, que se hace vigente por su aliteración. La discriminación se valida como autojustificación de lo correcto, lo justo, lo que debe ser, con base en el juicio sesgado.

La discriminación no posee un respaldo científico. Esto significa que carece de estructura metodológica para poder producir un aporte a la sociedad, y mejorar la calidad de vida. La discriminación impide el desarrollo de la ciencia y de la humanidad, por lo que los argumentos o discursos en que se propicie por la desigualdad son un retroceso socio-político.

El tipo de discriminación nace y depende de un contexto histórico, económico, político y social. Esto se comprende es un producto cultural. Envuelve un espacio y tiempo en que se realiza, por ejemplo: la persecución de los girondinos en la Revolución francesa, la solución final del régimen nazi, el apartheid en Sudáfrica o la segregación en los años sesenta en EE. UU. Estas discriminaciones fueron perpetradas por medio de un pensamiento personal o social a un nivel local o nacional, en un ambiente en que un grupo intentó imponer su posición por medio de acciones lesivas, en un tiempo y espacio determinados.¹⁷

La discriminación muchas veces es aceptada sin ponderación ni reflexión. La asimilación de sus concepciones se hace por medio de la familia, la escuela, la religión o

13 Linz, Juan J., *Problems of democratic transition and consolidation*, USA, Ed. The Johns Hopkins University, 1996, p. 5.

14 Valenzuela, Arturo, *A nation of enemies. Chile under Pinochet*, USA, Ed. W.W. Norton, 1991, p. 272.

15 Vid. Trujillo, Isabel, *Imparcialidad*, México, Ed. UNAM, 2007.

16 Williams, Melissa and Waldron, Jeremy, *Tolerance and its limits*, New York, Ed. New York University press, 2008.

17 Nohlen, Dieter, *El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque histórico-empírico*, México, Ed. UNAM, 2003, pp.191 y 196.

la costumbre social, que declaran y justifican por qué debe existir la desigualdad y la obligación de continuar con ese conjunto cerrado de juicios, ejecutando diversas conductas que provocaran la continuidad de la desigualdad.¹⁸

El desigualitarismo como concepto social se puede equiparar al proceso de ósmosis, esto es, que pasa de un líquido a una membrana sólida. En otras palabras, la asimilación del conocimiento discriminatorio sucede del exterior al interior del individuo, como medio para ser o pertenecer al grupo principal o no ser discriminado por ellos. Esta adopción le permite vivir tranquilamente, aunque no la acepte totalmente. Pero también la podría practicar o usar para el abusar de las demás personas.¹⁹ Esta adopción permite su continuidad en el tiempo y en el espacio, por medio de su reproducción y repetición para instaurarla como costumbre. Su observación general provoca una aceptación y validación en la comunidad, que la legitima por sus actos a favor o la descalifica por los ultrajes que excita.

La discriminación se puede establecer como costumbre social, como producto de la subjetividad de individuo o de la psique social que invita y anima a su establecimiento o permanencia, por medio de la observación de la repetición de esos convencionalismos que erigen un comportamiento del grupo social, unos como desigualitarios y los otros, como víctimas de sus usos y abusos.

La familia es otra de las fuentes que pueden predicar y propagar la discriminación, y hacer que ésta sea adoptada por sus integrantes. El ambiente familiar genera y propicia una forma de comportamiento al interior y exterior por medio de las reglas que se enseñan, invocan y protegen desde el mismo hogar. Esta comunicación de conocimientos es enseñada por los titulares de la familia al resto de sus integrantes, que disponen qué valores y prácticas son las que deben ejercer.

Otra fuente de la discriminación es por medio de la justificación de índole religiosa, que advierte o elabora una ordenanza a los feligreses para instaurar un conjunto de creencias, que permiten los fines de la desigualdad, el abuso y la injusticia. Los creyentes y adoradores del culto no dudarán del mensaje dado por la autoridad que lo emite, y tomarán literalmente sus palabras y practicarán lo dictado por sus dirigentes espirituales.

Los aparatos ideológicos del Estado también pueden generar y difundir la discriminación, mediante ciertos mensajes que son comunicados a través de la propaganda, los medios de comunicación, las normas y sentencias que propicien el amalgamamiento entre política y sociedad.²⁰ Verbigracia, el sistema de castas que hubo en México en el periodo de la colonia (peninsular, criollo, mestizo, negro, mulato, zambo, saltimbanqui, salta pa' tras), determinaba la posición social y, por tanto, precisaba sus derechos, libertades y hasta los lugares donde asistir, profesión y para vivir.²¹

Es menester, recordar que las personas que desobedezcan las concepciones discriminatorias se vuelven enemigos por no aceptar ni realizar lo que supuestamente deberían hacer o invalidar, pues la discriminación parte, como ya se ha dicho, de la reproducción de discursos hegemónico-oligárquicos instrumentados desde el privilegio.

Con esto no se quiere decir que todo trato diferenciado sea discriminatorio, dado que, siempre y cuando esa diferenciación sea objetiva, justificada y racional, no puede ser tildada discriminatoria. Si un entrenador de fútbol elige a determinados jugadores para jugar y no a otros por no tener tanta destreza física, la elección no es discriminatoria, en virtud de que existe un umbral justificativo en la decisión; caso contrario sería que el entrenador estandarizara su decisión no en la destreza física sino en la inclinación religiosa de los jugadores. Otra clave para su instauración es favorecer a una persona o

18 Dworkin, Ronald, *Virtud soberana*, España, Ed. Paidós, 2003, p. 419 y ss.

19 *Vid.*, Porras, Angélica, *Igualdad y no discriminación*, Quito, Ministerio de Justicia, 2010.

20 *Vid.*, Althusser, Louis, *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*, Medellín, Ed. La oveja negra, 1974.

21 Castro, Efraín, «Los cuadros de castas en la nueva España», en *Institute of Latin American Studies*, N.º 20, University of London, 1983.

a un grupo, para que predomine el más capaz, el más inteligente, la más hermosa, etc. El beneficiar a una persona por sus características o habilidades es un tipo de desigualdad, justificando esa selección parcial, con ciertos conceptos de lo correcto, lo estético, lo útil, lo valioso, etc.²²

Al seno de la discriminación, se genera una situación de orden-subordinación, entre el desigualitario y el sujeto que es objeto de sus pretensiones y decisiones. Lo que devela una ventaja para el que ejerce, y una pérdida para la persona que sufre los efectos de sus subjetividades. La parcialidad es uno de los fundamentos para instaurar un sistema de favorecimiento, en el que una persona o un grupo materializa su gusto y necesidad, por medio de la imposición y la coerción para proteger alguna decisión y poder otorgar una preferencia.

Si bien es cierto, en la sociedad y en la complejidad social de la contemporaneidad, no todos tienen una misma posición, no es menos cierto que ese posicionamiento diferenciado no justifica, ni ontológica, fáctica, social, política y económicamente cualquier trato diferenciado instaurado arbitrariamente. Los objetivos de la discriminación nacen de la concepción individual por medio de reflexiones, concepciones y asimilaciones a nivel subjetivo, que producirán un prejuicio que caracterizará al individuo, y su interacción con los demás.

Uno de los efectos de la discriminación, es constituir dos grupos sociales: desigualitarios y desigualados (victimarios y víctimas). En el que los desigualitarios, serán los que realicen o provoquen una afectación o detrimento por el ejercicio de su doctrina. Las decisiones y acciones de los victimarios se materializan en el daño sufrido o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos en contra de la personalidad y el patrimonio de las víctimas.²³

Por ejemplo, considere la legalidad de la conducta de los operadores del III Reich, con respecto a su ordenamiento jurídico nacional.²⁴ Los nazis convirtieron en norma jurídica el exterminio sistemático de un pueblo. Las leyes de Núremberg de 1935, y toda acción efectuada para efectivizar dicho mandato, estaban amparadas en la Ley del III Reich. En efecto, todas sus acciones estaban respaldadas en leyes, decretos y reglamentos. Los nazis eran conscientes de que lo que hacían o dejaban de hacer poseía un carácter delictivo; sencillamente lo que hacían era correcto, según su ordenamiento jurídico, y el no haber procedido de esa forma, más bien, los hubiera hecho responsables por haber vulnerado su ley.²⁵ En este caso concreto, se puede dilucidar cómo ese relacionismo e interaccionismo entre unos y otros se institucionalizó jurídicamente, traduciendo a la discriminación como legal.

Como se mencionó, el discriminador desea reprimir, manipular, disuadir o extinguir para poder obtener ventajas sobre lo que no es de su agrado.²⁶ En su entorno, intenta hacer prevalecer sus ideas, bajo un medio de dominación y de circunstancias controladas. Esto por dos razones, la primera, contar con un ambiente ideal para su filosofía; y la segunda, que sea permanente ese entorno ideal.

El control en la forma de vivir de las personas, es otro de los objetivos de la discriminación. Al estipular cómo deben comportarse las personas, se crea un inventario de qué se puede hacer y lo que está prohibido, derivado de lo que está permitido o directamente, se prohíba algún acto.

El efecto de la desobediencia a la discriminación es la sanción que puede de varias maneras: pena corporal, la sanción, la exhibición, la separación, la censura, la limita-

22 Cfr., Dworkin, Ronald, *Freedom's law*, Cambridge, Ed. Harvard University Press, 1996.

23 Waller, Irvin, *Derechos para las víctimas de los delitos*, México, Ed. INACIPE, 2013, pp. 63 y ss.

24 García, Juan Antonio, «Nazismo, derecho y filosofía del derecho», en *Anuario de filosofía*, N.º 7, Argentina, 1991, pp. 341-364.

25 Barrios, Rafael, *La legalidad del III Reich*, periódico La Razón, Bolivia, 18 de enero del 2013.

26 Guzmán, Virginia, «Legitimación y crítica a la desigualdad», en *Revista Convergencia*, N.º 73, Universidad Autónoma del Estado de México, 2017, pp. 94-96.

ción, la marginación, incluso el ostracismo o el confinamiento. Por medio del castigo se refuerza el sistema desigualitario; las personas conocen qué pueden hacer o cómo deben comportarse, el efecto de la norma es disuadir la conducta. La exhibición muestra no solo al infractor, sino que producirá una marginación por ser contrario a las creencias desigualitarias y, como efecto, se le separará del resto, pues no respetó las normas reconocidas. De forma extrema, los discriminados pueden ser expulsados de la comunidad para que ya no los vean, ni cohabiten en el mismo espacio.²⁷ Es conocido el tema de la expulsión por motivos raciales, o como se han creado *ghettos* para ubicarlos.

Un objetivo indirecto de la discriminación es construir una subordinación. Dos son las maneras, la primera es la sumisión incondicional de los desigualitarios a su filosofía. La segunda, es la que produce en los desiguales como víctimas, al tener que obedecer los lineamientos y condicionamientos que le genera esa doctrina.²⁸

La discriminación como figura transgeneracional conlleva a la continuidad de sus principios, formas, acciones y las circunstancias que la funda. Su continuidad dependerá de sus aparatos de persecución y sanción, de la educación y de otros factores. Lo que se debe visualizar, es que un objetivo de la desigualdad que busca imponerse de manera permanente, para generar un solo discurso, creando y estableciendo una sola razón.

INSTAURACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN Y SU TAXONOMÍA

En anterior apartado se presentó el concepto de discriminación, sus orígenes, sus fundamentos y una clasificación para ver las distintas formas en que se puede ejercer. En el siguiente estudio, se analizará cuáles son los dispositivos que utiliza la persona o grupo dominante para imponer su voluntad mediante la discriminación, es decir, el sentido instrumentalista de ésta.²⁹

Por lo que se tendrá que tener en cuenta que la obediencia a la desigualdad puede ser por medio de la coacción. Para que el acto imperioso sea considerado ya no solo legítimo, sino legal, se coloca como justo y válido ese orden jurídico, y como inicuo e inmoral, para los maltratados.

FORMAS Y TIPOS DE DISCRIMINACIÓN

Aquí se tendrá la aplicación directa e indirecta de criterios subjetivos, sociales o profesionales que, basado en la desigualdad, han provocado un desequilibrio en las relaciones, derechos, libertades y oportunidades de alguna(s) persona(s).

En el acto de la discriminación es importante notar que la diferencia puede producir desventaja, y viceversa, la desventaja genera una diferencia discriminatoria.³⁰ Ejemplificando, si alguien posee cierta característica personal por su tono de piel, el desigualitario reacciona, utilizando su inconsciente, que le advierte y señala la conducta que debe ejecutar. Por otro lado, la diferencia social es un constructo de una comunidad, que ha instaurado una serie de concepciones sobre lo bueno, lo justo, lo incorrecto, lo normal, lo aceptado, lo valioso, lo debido, lo reconocido, lo malo, lo nefasto, lo repudiable, lo sancionado, etc. Los actos de la persona son con base en estándares reconocidos que la mayoría aprueba (estándares morales), que sirven para el desarrollo

27 Kerbo, Harold, *Estratificación social y desigualdad*, Madrid, Ed. McGraw, 2004, p. 250 y ss.

28 Fallon, Richard Jr., *The dynamic constitution*, USA, Ed. Cambridge University Press, 2004, p. 1.

29 Cornejo, Certtucha, Francisco, Voz «Autonomía de la voluntad», en *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo I, México, Ed. UNAM, 1982, pp. 239-240.

30 Sorensen, Aage, «The structural basis of social inequality», en *The American Journal of Sociology*, N.º 101, 1991, pp. 1333-1365.

funcional a nivel personal y social, que permiten ejecutar conductas de tracto continuo, y que se evalúan y fortalecen en un sistema de recompensa o de una sanción.

Una comunidad religiosa, por ejemplo, rechaza a las personas homosexuales, porque, a su tamiz, son perversos, porque eso no es lo natural, porque no son aceptables sus preferencias, conductas o forma de ser, porque echan a perder al resto de la sociedad, porque están enfermos, entre tantos prejuicios e ideas que dirigen la psique y conducta del colectivo.³¹ La persona que adopta esas ideas preconcebidas los puede aceptar íntegramente o con cierta gradualidad, o los puede rechazar, diseñando y construyendo sus propios juicios, basado en sus propias ideas y valoraciones.

Los tipos de discriminación deben ser estudiados a partir del contexto social, político y económico. Cada escenario es diferente, pero hay ciertos patrones en su concepción, difusión y aplicación. Lo que es importante considerar es que la discriminación es creada a partir de concepciones subjetivas y que intenta formar a las personas acorde a los planes de los desigualitarios. De esta forma, la discriminación se instala en la persona y de ella depende su rechazo, adopción, continuidad, desinterés o la censura.

La diferenciación personal es la forma más común de discriminación. Esta se genera a partir de la antropomorfología, el atuendo, la manera de hablar, alguna incapacidad física o mental. En estos casos, el sujeto distingue la diferencia con los otros, generando y reproduciendo sus esquemas de desigualdad.

Muchas discriminaciones que se realizan son a partir de las concepciones sociales, en el que el individuo valida su actuar por las imposiciones comunales.³² En este caso, la diferencia ya no se basa propiamente en el gusto o preferencia de la persona, sino que sus juicios provienen de ideas asimiladas y, por tanto, continúa reproduciendo y renovando esa creencia. En los Estados Unidos de América varios de sus ciudadanos piensan que los latinos solo sirven para brindar servicios. En este caso, los inmigrantes consideran que no son capaces de llevar una vida digna y poder alcanzar el sueño americano; que no están a su nivel y, que las características y creencias de ellos, no les permite alcanzar otras metas.

En cuanto a la discriminación como factor de desventaja, se pueden anotar varias posibilidades.³³ La primera, cuando al origen de la persona (que puede ser racial, económico, entre otros), es lo que conlleva al juicio de aceptación por la comunidad. El origen respecto de dónde proviene genera una etiqueta en ciertos grupos, que califican su aceptación de acuerdo a la misma.

La apariencia física es una de las principales causas que excitan y fomentan la discriminación. Se intenta imponer un estereotipo, estándar o un modelo de lo que es un patrón de belleza o de las características estéticas que deben poseer las personas, para no ser descalificadas por su imagen (en el caso latinoamericano, con frecuencia el estándar estético es el eurocéntrico). Al observar los elementos externos, se conforma una imagen o un símbolo en la persona. que conoce o identifica sus peculiaridades físicas y para qué sirve, albergando en la mente sus contenidos y funciones del objeto. Pero no solo asimila una identificación, también un juicio personal hacia el objeto, una opinión con base en la subjetividad y/o conforme a la materialidad social. El núcleo de la identidad del objeto, debe ser la base para su identificación, uso y juicio.

Por otro lado, todas las personas cuentan con gustos, que provienen la mayoría de las veces de la selección subjetiva de los conocimientos contenidos en la psique. Ellos dan pauta a una actuar, tener o hacer, como lo es el vestir, la preferencia sexual, entre tantas.³⁴

Se dice que para gustos hay colores, y cada ser humano tiene su preferencia, basada en la depuración de sus conocimientos, que les provocan gusto y atracción a diversos

31 Sojo, Carlos, *Igualitarios*, Costa Rica, Ed. Flacso, 2010, pp. 45-63.

32 Tilly, Charles, *La desigualdad persistente*, Buenos Aires, Ed. Manantial, 1998, p. 22 y ss.

33 Raz, Joseph, *The morality of freedom*, New York, Ed. Oxford University Press, 1988, pp. 23-99.

34 *Vid.*, Dubet, Francois, *¿Por qué preferimos la desigualdad?*, Buenos Aires, Ed. Siglo XXI, 2015.

elementos. En el caso de los gustos personales sobre la apariencia de otra persona, opera por el conocimiento previo ya sea por el gusto personal o por una concepción externa, que dirige sus agrados y pensamientos. La idea de superioridad de una persona hacia otra se puede dar de varias maneras. Uno de los ejemplos más evidentes lo tenemos al observar que todos los individuos poseemos ciertas características morfológicas como: el color de piel, estatura, talla, olor, entre otros, que permiten la identificación y, en segundo plano, la calificación de ciertas características personales. En el primer escenario, se hace una identificación y un reconocimiento. En el segundo momento, se lleva a cabo la actitud que se tomará hacia el otro individuo: un trato indiferente, como un par o de desagrado (que puede generar una acción contra la otra persona). El pre-juicio por las diferencias físicas se vuelve discriminación, cuando no se otorga ni se reconoce el mismo trato social a los que son disímiles en apariencia o que consideran no forman parte de sus estándares, por lo que se les da un trato diferenciado que ataca y vulnera sus derechos y libertades.

Continuando con el tema de las características físicas, se puede ver que la discriminación se produce cuando hay un juicio de que alguien es más valioso que otro por su raza o ascendencia, o sea, no son pares y, por tanto, sus derechos y libertades no deben ser iguales. La xenofobia es un problema social que se produce por el estigma de la diferencia física y que conlleva un trato desigualitario en la sociedad. Los problemas raciales son tan antiguos como la humanidad, recuperemos a los afroamericanos en los EE. UU., la supremacía aria, los indígenas de los pueblos originarios (Bolivia, Brasil, Chile, Perú, México, entre otros), los segregados por el *apartheid en Sudáfrica*, entre tantos.³⁵

Se dice que la imagen es la que nos identifica, pero también es la muestra primaria con la que se juzga a las personas. Ese juicio superficial no contiene profundidad, es solo una percepción que se fundamenta en la subjetividad emocional. El atuendo de una persona que proviene de un pueblo originario, un punk, una rubia a la moda, una persona sucia, alguien con un traje viejo, entre tantas imágenes, califican instantáneamente a la persona por su imagen. Esta evaluación genera una reacción hacia el otro individuo, que puede ser de indiferencia, gusto o desagrado y con ello, podría generar una desigualdad en el trato, por no cumplir con ciertas etiquetas o no estar acorde con el consumo de moda. También se podría discriminar a una persona por la imagen que posee negándole un bien o servicio. La desnivelación que se ejerce con estos juicios crea un daño, que la víctima resiente en su esfera.³⁶

Por su parte, el género es un producto social, que reconoce la estereotipación del hombre y la mujer, sus roles en la sociedad, derechos y libertades. Este constructo está vinculado con una relación de poder, en que la mujer es desnivelada por su sexo y por las creencias dominantes.³⁷ La cosificación ha convertido a la mujer en un objeto, al servicio no solo del hombre, sino también de la sociedad y del mercado. La diferenciación ha servido para despreciar e ignorar sus sentimientos y emociones, menguar sus derechos y libertades, lo que produce desigualdad al desentrañar el tema de género. Esto tiene facticidad en materia de empleos (secretarias, enfermeras, meseras), carreras profesionales (educadoras), trabajos (se cree que no pueden dirigir un taller mecánico), lugares (públicos y a buena hora), atuendo (etiqueta para verse propia), para que sea bien vista. Esta desigualdad se encuentra intrínseca en los actos que imponen modos, formas, reglas y conductas de los roles que deben realizar los hombres y mujeres, si quieren ser aprobados y ser bien vistos por el conglomerado social.³⁸

En otro sentido, la sexualidad es un asunto privado, que incumbe y pertenece a cada ser. En este tema, hay libertades y derechos que la sociedad ha tutelado y delimi-

35 Bix, Brian H., *Diccionario de teoría jurídica*, México, Ed. UNAM, 2009, p.22.

36 Fiss, Owen, *Libertad de expresión y estructura social*, México, Ed. Fontamara, 2004, p. 59.

37 Izquierdo, María, *Del elogio de la diferencia*, Paper 59, Universidad Autónoma de Barcelona, 1999, pp. 25-49.

38 *Vid.*, Nino, Carlos S., «El principio de autonomía de la persona», en *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1989, pp. 199-236.

tado, en que la preferencia debe ser respetada, así como la protección a la sexualidad de menores y discapacitados. La preferencia sexual es una decisión subjetiva, que involucra su ejercicio (facultativo), una decisión, y una realización que involucra los derechos sexuales de cada persona. El ejercicio de la libertad de preferencia sexual se construye a partir de las concepciones y creencias personales, sociales y religiosas de cada sujeto, pero que se determinan en un espacio y tiempo. Con esto se crea un parámetro de la sexualidad admitida, en que el tema de lo correcto, lo normal y lo bueno, son las medidas para saber si esa persona actúa conforme a lo debido, si podría haber alguna tolerancia, cómo tratar una enfermedad o un delito que sancionarse. La discriminación viene en el trato con las personas que no siguen los cánones sociales sexuales; por ejemplo, los homosexuales no son bien vistos por todos, no pueden demostrar su afecto públicamente, van a lugares exclusivos para entretenerse sin ser calificados, las vestimentas por su preferencia sexual, la solicitud de un trabajo si se reconoce su homosexualidad, etc.³⁹

La condición mental también puede generar diferenciación, y conllevar a una desigualdad y discriminación. Por ejemplo, las personas con síndrome de Down, Asperger, Tourette, retraso mental (entre otras enfermedades mentales o motrices) muestran a primera vista una persona con alguna discapacidad, lo que produce en ocasiones una clase de injusticia, pues ellos no gozan de las mismas condiciones físicas o mentales que el hegemonismo mental-físico-motriz. Sin entender, que somos iguales, pero diferentes. Estas enfermedades ya los descolocan y les provocan molestias, pero todavía existen personas que no brindan su comprensión y apoyo, sino que todavía los discriminan. En la lotería natural no gozaron de contar con una salud excelsa, y por lo mismo se deben dar condiciones para que participen en equidad en la sociedad.⁴⁰

La intolerancia religiosa ha generado cientos de miles de desgracias humanas. El profesar o adorar alguna religión o credo en especial, es una decisión personal. La religión militante o el odio dirigido hacia una persona, raza o población en particular, demuestra su falta de pluralismo espiritual. La descalificación, la dominación y la imposición son las peculiaridades de una religión intolerante, que en muchas ocasiones está en complicidad con una ideología de Estado. La religión se usa como instrumento del fanatismo como un medio para que el Estado instrumentalice la exclusión, la persecución, la sanción o una campaña de odio hacia un grupo religioso. Por ejemplo, los judíos en el régimen nazi, los cristeros en México, los cristianos en el Imperio romano, los aztecas en el Imperio español, los musulmanes en occidente, entre otros casos de discriminación por profesar alguna fe.⁴¹ No se olvide que la Iglesia cristiana en la edad media censuró cualquier otro modo de entender el mundo, y el que se atrevía era sancionado, la forma de enjuiciar a las que señalaban ser hechiceras, los que degradan a los que no siguen los convencionalismos, entre otros.

El pertenecer a un grupo político también puede colocar a una persona en una situación de discriminación. Las personas que son comunistas o de extrema derecha, son intolerantes con el pluralismo político, en que su visión es de una hegemónica política. Consideran la ideología de la razón de Estado, y que se debe instaurar su filosofía, sobre las demás que sean contrarias o tienen un interés que no empata con ellos. Esta discriminación en el trato a los que no están conmigo, conlleva a descalificar el pensamiento e intereses del pluralismo político, pero, sobre todo, expone la falta de diálogo y empatía, considerando antípodas o enemigos a sus adversarios.

La educación recibida también puede generar discriminación. Esto de varias formas: primera, en algunos lugares, la educación privada es un privilegio, se cuentan

39 En México se reconoce el derecho de matrimonio de las personas del mismo sexo. Pero aún no se reconocen sus derechos como esposo(a). Por ejemplo, seguridad social, pensión, adopción, seguro médico, entre otros.

40 Mújica, Oscar, «Métodos de medición de las desigualdades de salud», en *Revista Panamericana de Salud*, N.º 12, Colombia, 2002.

41 Tortosa, Miguel, «La construcción social del enemigo», en *Revista Convergencia*, año 10, N.º 33, México, Universidad Autónoma del Estado de México, 2003, pp. 177-195.

con mejores profesores y compañeros con condiciones económicas similares a diferencia del sistema público de educación. En segundo lugar, se puede desarrollar un prejuicio por la escuela o universidad de origen. En tercer plano, las oportunidades que se les presenta, por su lugar de formación. Y, por último, para la continuidad de sus estudios en posgrado, se considera como variable, el colegio en donde hicieron sus estudios profesionales o para conseguir un trabajo. Esta diferencia entre los tipos de educación genera desigualdad y discriminación en el trato, oportunidades y condiciones laborales.⁴²

El clasismo que se produce por pertenecer a un estrato social puede producir discriminación.⁴³ El trato social que recibe una persona con recursos financieros en un restaurante o en un sistema de competencias, ciertas personas gozan de ventaja por la educación que recibieron y esto provoca un nuevo caso de discriminación.⁴⁴ Las condiciones sociales y económicas que posee y en las que vive cada persona, son en ocasiones determinantes para evidenciar y producir un trato discriminatorio.

En el caso de la edad como factor de discriminación. En el que los años se vuelven un componente en el mercado, en las relaciones o para definir sus actividades.⁴⁵ Cuando una persona mayor solicita trabajo en una fábrica, se rechaza su petición por sus capacidades; una persona joven desea adquirir un crédito hipotecario, pero no lo consideran un sujeto para hacer frente a ciertas obligaciones; una mujer madura intentando conseguir trabajo en una oficina de gobierno y es rechazada por los años que tiene y que podría cotizar. En estos casos, la edad es un factor determinante para no obtener lo que solicitaban o requerían. En el primer caso, se juzga las condiciones físicas de la persona mayor, sus destrezas y habilidades, pero también los peligros a los que puede exponerse él mismo y a los demás. En el segundo ejemplo, una persona que no goza de una estabilidad laboral y de cierto perfil, por lo que le es más difícil encontrar un crédito inmobiliario o para poner un negocio. En el tercer asunto, una mujer con cierta edad y sin experiencia laboral, le es muy difícil encontrar trabajo en el mercado, que requiere jóvenes y que cobrarán menos. Por lo que los trabajos que llegan a ofrecerles son menores, con poca responsabilidad y pago mínimo. Esto crea juicios de desigualdad y en consecuencia discriminación, porque los afectados no son acordes a los requerimientos sociales, convencionales o laborales, o peor aún, de rentabilidad mercantil.

La discriminación hoy en día es muy discutida, ya que existen entes sociales y entidades públicas que hacen leyes para controlar y combatir estos actos; pero, aun así, en estos tiempos existen focos en que parte de la ciudadanía discrimina, que no acepta a todos por igual y que fundamenta su actuar en ideas desigualitarias.⁴⁶

CRITERIOS DE VALIDEZ PARA UNA DISCRIMINACIÓN JUSTIFICADA

La discriminación es rechazada de manera instintiva, se reconoce como perjudicial y un lastre en las sociedades liberales. Sin embargo, es esa misma libertad la que en ciertas ocasiones permite que se justifique su utilización, sin una sanción; se habla, pues, de excepciones a la discriminación, en que la aplicación de criterios de segregación no tiene sanción legal e, incluso, moral, sino que se procura una apología para esa decisión, y produce su validez a partir de la protección de un bien tutelado.

Por lo que se puede crear una clasificación a partir de diversos casos, que permiten

42 Anton Wesselingh, «Spheres of justice: the case of education», *International Studies in Sociology of Education*, vol. 7, N.º 2, 1997, pp. 181-194. USA.

43 Cortés, Fernando, *Desigualdad y clases sociales*, Paraguay, Ed. CLACSO, 2016, pp. 23-60.

44 Sen, Amartya, *Nuevo examen a la desigualdad*, España, Ed. Alianza, 2005, p. 16 y ss.

45 Gallego, Jorge, «Desigualdad y leyes de potencia», en *Criterios de economía*, N.º 29, Colombia, 2010, p. 59.

46 *Vid.*, Esquivel, Gerardo, *Concentración del poder político y económico*, México, Ed. OXFAM, 2015.

un análisis del porqué se genera y del porqué se valida la justificación para poder hacer un trato diferenciado racional y objetivo, buscando la preminencia de determinados principios.

DISCRIMINACIÓN POSITIVA

La discriminación positiva se construye a partir de políticas públicas, por medio de las llamadas acciones afirmativas, en los años 60. Es fundamental ubicar el contexto en el que las mujeres no podían ser responsables de posiciones ejecutivas en el sector privado o ser nombradas para funciones públicas relevantes. Se generó un estereotipo en el que el trabajo de las mujeres era conservar el cuidado del hogar o para realizar trabajos en el que los hombres no tuvieran competencia.⁴⁷ Así la sociedad enquistó la costumbre de las funciones, empleos y tareas que debía realizar una mujer y, por otro lado, se consolidó un paradigma que las excluía del debate y las decisiones públicas, sin su presencia u opinión.

Esta construcción —discriminación positiva— tiene como finalidad la búsqueda de justicia e inclusión de las mujeres en el espacio público. En el que solicitan igualdad de oportunidades, inclusión en el espacio público, libertad de actuación social, equidad en el trato y efectividad plena de sus derechos (que no solo sean una representación legal).

Como ejemplo se pueden anotar las convocatorias públicas de empleo en el gobierno mexicano, en el que se colocó en las bases del concurso, que solo sería para mujeres esta promoción. Lo que, sin duda, excluía a los hombres de la competencia para esos cargos públicos, generándose una serie de recursos legales, que acusaban de discriminación y que no había las mismas posiciones, tan solo por ser de un sexo distinto al femenino.

Sobre el tema en análisis, la Sala Superior del Tribunal, en un asunto diverso, arribó a las siguientes consideraciones al resolver el expediente SUP-JDC-1080/2013 y acumulados, mediante sentencia de fecha 21 de octubre de 2013:

Las acciones afirmativas a favor de las mujeres, por ejemplo, tienen como fin combatir la discriminación y exclusión que éstas han enfrentado históricamente, además, pretenden acelerar su participación en un determinado ámbito.- También denominadas medidas especiales de carácter temporal, buscan igualar las oportunidades y, por ello, otorgan beneficios especiales o tratos preferenciales a las mujeres, los cuales están destinados a desaparecer tan pronto la situación de desigualdad haya sido superada.- Son medidas de acción afirmativa: o) La emisión de convocatorias únicas para cargos y empleos públicos abiertas exclusivamente para mujeres como respuesta a una historia de exclusión estructural y sistemática. Una convocatoria única exclusiva para mujeres en los concursos de oposición para ocupar los cargos relacionados con el servicio profesional electoral sería una respuesta proporcional a la enorme disparidad existente entre mujeres y hombres que detentan puestos en dicho servicio profesional.

Otro ejemplo de discriminación positiva se halla en el Congreso Legislativo Federal mexicano. En el que actualmente, las candidaturas y los cargos de delegación representativa política deben ser cincuenta por ciento para las mujeres, para que exista y haya una representación equitativa y ya no se les prescinda de los asuntos comiciales y de representación política.⁴⁸

Empero, aquí habría un espacio para la reflexión. Si bien es cierto, ya se creó una paridad cuantitativa en el Congreso, no significa que tengan libertad plena para el ejercicio de su función, sino que están supeditadas a las órdenes del partido político que las postula y que apoyó su candidatura. Por lo que sus determinaciones están dirigidas por la cúpula del partido político y, por otro lado, por la agenda legislativa. Se trata de una representación que en lo cualitativo no aporta al género de las mujeres, y que se

47 <https://www.crf-usa.org/images/pdf/gates/Affirmative-Action-Fischer.pdf>

48 <https://imco.org.mx/informe-legislativo-2018-paridad-genero-poder-legislativo-2/>

vuelve un ornamento para una linda fotografía, pero que tiene en el fondo un invisible encadenamiento y una oscura manipulación.⁴⁹

DISCRIMINACIÓN FUNCIONAL

En un anuncio de empleos de un periódico, se solicitó personal para laborar como *hostess* (anfitriona) en un privilegiado restaurante. La convocatoria requería mujeres de cierta estatura, buen trato y con presencia, pero el mensaje no definía ni mencionaba las características físicas que debían poseer las candidatas, por lo que se presentó una persona con rasgos indígenas y un atuendo de su localidad. El departamento de Recursos Humanos decidió que no poseía los requerimientos de perfil que exigía la imagen de la empresa. Así, la afectada decidió demandar por este rechazo, pues consideraba que sí cumplía con las bases del anuncio, y que sus rasgos raciales y étnicos, habían sido el pretexto para no contratarla. El asunto llegó a la Suprema Corte de Justicia en el que consideró que se coincidía en que había existido una discriminación por trato diferenciado, sin embargo, también le dio la razón a la empresa, pues tenía la libertad de elegir a su personal, y que las consideraciones de conocimientos e imagen son primordiales para el producto que ofrecen. De esta manera, se diseñó una excepción en los criterios de contratación de personal, salvaguardando el derecho de libertad del empleador sobre sus contrataciones.⁵⁰

DISCRIMINACIÓN POR MALOS ANTECEDENTES

Como se expuso anteriormente, la imagen puede ser un requisito para una contratación laboral, en el que los requerimientos estéticos son primordiales para el desarrollo de la función que se planea, por lo que la selección se hace fundamental para el buen desarrollo de esa labor. Pero podría examinarse los antecedentes de una persona como criterio para acordar un empleo, dicho de otra manera, se tendrá la libertad de contratar a alguien que tenga mala fama o antecedentes penales.

En México, se publicó un aviso en la sección de empleos de una empresa de transporte de valores bancarios solicitando personal. En esa ocasión, se presentó un sujeto que contaba con una salida reciente de la cárcel, por robo y tráfico de estupefacientes. Al postular al trabajo, le preguntaron si cumplía los requisitos que eran de estatura, manejo de armas, manejo de automóviles, consumo de drogas, entre otras que señalaba el anuncio del periódico. Pero el punto que impidió la contratación fue la aparición de su record criminal, pues no brindaba confianza en el trabajador, por lo que se decidió no contratarlo.

La persona rechazada estableció que fue discriminado, que él ya había sido liberado y que en el anuncio no se mencionaba el tema de los antecedentes penales como requisito para ser contratado y poder laborar en esa empresa. El asunto fue judicializado y se consideró por el máximo tribunal del país que, si bien la convocatoria no mencionaba ni especificaba no contar con antecedentes penales, no menos cierto es que por las actividades que desarrollaba la corporación, requería un perfil apto, y entre ellos generar una relación de confianza para ejercer sus funciones. Se justificó la discriminación por trato diferenciado que había sucedido, tutelando el derecho de la empresa para contratar al personal indicado para cumplir sus cometidos.⁵¹

49 <https://politica.expansion.mx/congreso/2018/07/07/historico-para-mujeres-la-mitad-del-congreso-tras-elecciones2018>

50 Amparo directo en revisión 4441/2018 del Poder judicial mexicano.

51 Amparo en revisión 272/2019 del Poder judicial mexicano.

DISCRIMINACIÓN POR CAPACIDAD MENTAL O FÍSICA

En los casos anteriores, se observó como las convocatorias de empleos deberían ser más específicas para no generar problemas con las contrataciones. Sin embargo, qué pasaría si en la convocatoria se estableciera una condición mental para poder poseer un trabajo. En el caso hipotético de una obra donde hay un anuncio exterior, que indica que se requiere alguien con experiencia en el manejo de la grúa para colocar vigas de hierro, subir material y demás actos relacionados con cargas pesadas y se presenta una persona con síndrome de Down o con edad avanzada⁵² para solicitar el empleo del manejo de la grúa. La primera reacción fue una burla, ni siquiera se le preguntó por sus habilidades, siendo discriminado y no contratado por la constructora.

El punto a examinar, es que el anuncio no contenía como requisito algún motivo de salud, ni capacidad mental o física; sin embargo, se debe reflexionar que las personas que desean ese empleo gozan de un conjunto de conocimientos, habilidades y de salud para operar estos equipos. La seguridad de los trabajadores debe ser tutelada por la misma empresa, por lo que la contratación de personal especializado minimiza riesgos, de ahí la justificación en el trato diferenciado.

DISCRIMINACIÓN EN LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

En ocasiones existen ciertos requisitos para las posiciones y los cargos de representación política, que colocan en una posición de desventaja a los que no los pudieran cubrir, o que por su especialidad requiere personal con un perfil profesional o ciertos requisitos para su designación. Estas exigencias legales se podrían considerar discriminatorias, pero veamos algunos ejemplos. En la Constitución política mexicana indica que para ser diputado o senador, se debe poseer 21 y 25 años de edad, respectivamente. Pero realmente estos ciudadanos que ya ejercen actos políticos, no pueden contender por el hecho de que no cuentan con la edad establecida; en verdad, la edad sería un criterio para pensar que el individuo ya puede discernir responsablemente sobre los asuntos públicos.⁵³

En otros sistemas normativos para postular a los cargos representativos en el Congreso se exige saber leer y escribir (Brasil), o contar con educación media superior (Chile), siendo los requisitos fundamentales para ser candidato. Pero ¿estas condiciones constitucionales, son discriminatorias, o son el piso mínimo para poder ejercer sus labores representativas? Existen otras condiciones, por ejemplo, en México, los ministros de culto deben dejar sus hábitos, por lo menos seis meses antes de la elección o haber sido encargado de despacho en el gobierno de la elección corriente.

En el caso de la administración pública, se advierten algunos requisitos adicionales para ser considerado en el cargo, como lo es el contar con la nacionalidad (caso Taibo) o para ser Secretario de Estado (contar con la licenciatura profesional).⁵⁴

DISCRIMINACIÓN POR AUTOTUTELA (SEGURIDAD)

La discriminación justificada también se puede realizar cuando es por motivos de seguridad. En la ciudad de México, en el transporte público se apartan vagones o espacios exclusivos para mujeres, para que no sufran de acoso, garantizando su seguridad y poder viajar confortablemente, con esta política de separación.⁵⁵

En tiempos de pandemia, podría negarse un servicio público. Por ejemplo, la renta de un departamento a un médico, que está en contacto con enfermedades infecciosas o

55 <https://www.eluniversal.com.mx/blogs/estefania-vela-barba/2016/05/13/los-vagones-del-metro-separados>

atender en un restaurante a enfermeras que laboran con personas infectadas de algún virus de transmisión por contacto.⁵⁶

DISCRIMINACIÓN LEGAL

En ocasiones las normas contienen criterios discriminatorios por estimar que se tutela un bien superior. En el Código Civil, en los asuntos de familia se establece que en los casos de tutela las mujeres poseerán la guardia y custodia de menores, dejando en indefensión al padre de los menores, pues se impone un derecho por ser la madre, y se cree que ella cuidará debidamente de ellos. Sin embargo, cada caso es una historia, y no por estar normado no debe dejar de contemplarse todos los elementos de ese asunto.⁵⁷

Asimismo, existen políticas públicas especializadas para madres titulares de hogar, en que se les otorgan ciertos apoyos, como en materia de educación, salud para ella y los menores, emprendimiento, vivienda, microcréditos, horarios de trabajo, entre otros. En el que la sexualidad determina que solo las mujeres podrán obtener estos beneficios.

DISCRIMINACIÓN EN COMPETENCIA

El contexto determina las formas como se llevan las vidas y los actos de las personas. En el que la evolución es la constante para que los grupos vulnerables obtengan triunfos políticos o reivindicaciones sociales por sus derechos. En el caso de la competencia de los deportes para mujeres, se ha hecho notar la diferencia de los atletas *trans* con las mujeres.⁵⁸ Pues consideran que sus condiciones físicas (volumen y masa muscular) producen desigualdades con las mujeres (biológicamente hablando), lo que genera una competencia que no es justa por esas desigualdades físicas. Este tema aún se sigue discutiendo, lo que se puede observar es que la respuesta sería muy casuística, dependiendo el tipo de deporte que se consigna. No es lo mismo tiro con arco que atletismo, rutina con aro que halterofilia, no es lo mismo nado sincronizado que boxeo, entre otras.⁵⁹

DISCRIMINACIÓN POR APARIENCIA SOSPECHOSA

En el sistema procesal penal y en muchos ordenamientos de seguridad pública, se permite la revisión corporal de las personas que al parecer de la policía son sospechosos o actúan de forma que podría generar un delito.⁶⁰

Pero este acoso se da también por la apariencia de las personas. En EE. UU., las revisiones o detenciones son mayores a latinos o afroamericanos, en el que se relaciona sus condiciones raciales a delitos, y por ello ejercen mayor supervisión, que muchas veces pasa a ser una discriminación en su selección de revisiones personales.

Otro ejemplo en que hay una discriminación en la selección para revisión sucede en los aeropuertos. En que las personas con rasgos árabes son más vigiladas y los cateos personales son casi un hecho futuro. Aquí el bien que se tutela es la seguridad, su criterio son los actos pasados en que hubo ataques terroristas.

56 <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/coronavirus-personal-medico-acusa-discriminacion-por-covid-19>

57 <https://www.reporteindigo.com/reporte/mamas-no-tendran-preferencia-para-ejercer-custodia-de-los-hijos-scjn/>

58 https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2019-03/14_Vela_REVISTA_CEC_SCJN_NUM_4-367-397.pdf

59 https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/02/160129_deportes_juegos_olimpicos_rio2016_atletas_transexual_transgenero_mujer_hombre_ventaja_jmp

60 Art. 269 CNPP (Revisión corporal).

DISCRIMINACIÓN POR ANTECEDENTE PÚBLICO

Actualmente se pueden consultar bases de datos en diversas materias. A través de medios electrónicos o de consulta pública; que van desde historiales de crédito, antecedentes penales, récord de depredadores sexuales contra menores,⁶¹ impago de pensiones alimenticias, mala praxis profesional, entre otras.

En estas bases, se encuentra exhibido diversos datos públicos de las personas, y que pueden servir para tener información sobre sus actividades. Pero estos bancos de datos, podrían generar una discriminación de la gente contenida en ellas, por lo que podría ser un factor (dependiendo el tema y objeto), para poder discriminar a un sujeto que haya cometido un acto ilegal o ilícito.

UN POSIBLE FRAUDE A LA LEY

En este espacio legal, si un hombre solicita vía judicial el cambio administrativo de su acta de nacimiento, en el que se le registra como hombre para que ahora sea reconocida como mujer, acompaña un peritaje en psicología en que se declara su personalidad femenina. El juez debe considerar o examinar que esta persona está haciendo un cambio voluntario, no hay oposición, la ley no tiene objeciones y tampoco el juez puede solicitar una revisión más a fondo del caso.⁶²

Por ser un trámite de índole administrativo, se procede a la orden para el cambio de sexo en el acta de nacimiento, y con esto se genera el poder hacer efectivo sus derechos como cualquier ciudadano. Posteriormente, solicita que las políticas públicas que se crearon de manera exclusiva para las mujeres, le sean reconocidas y otorgadas, en rubros como emprendimientos, madres solteras, salud para ella y sus hijos, subsidio en vivienda, becas educativas, entre otros, o exigir licencias laborales para cuidar a sus hijos. Esto parece un cambio interesado en obtener una ventaja, lo que podría verse como un fraude a la ley, pero cómo demostrarlo sería el tema a reflexionar.

En el tema electoral, hubo un caso relevante.⁶³ Un conjunto de hombres solicito su inscripción por cuota de género al aducir que eran mujeres (incluso se vistieron y maquillaron para unas fotos), y que no considerar su decisión personal, violaría su determinación sexual y se les discriminaría, pues ellos aseguraban ser mujeres. Este caso se resolvió con el presupuesto de que ellos antes de las elecciones no habían manifestado esa preferencia, ni habían hecho declaraciones públicas o privadas sobre su orientación sexual, por lo que se desestimó el asunto y negó estas postulaciones.⁶⁴

EPÍLOGO

Este trabajo presentó un tema que, si bien es repudiado en primera instancia, no menos cierto es que su obra es un acto que se realiza de manera constante en varias áreas sociales. Por lo que se dio la tarea de mostrar estos espacios, en que la circunstancia o la persona pueden operar un sistema que justifica a la discriminación, sin tener que enfrentar una consecuencia sancionatoria. No se trata de validar esas decisiones, sino exponer que la relatividad de un área que generará un régimen de excepción, y es eso mismo, lo que permite generar válvulas de salida y que el sistema pueda enfrentar sus

61 https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Pronunciamiento_20160828.pdf

62 Véase, López, Bonilla; Irvin, Uriel y Amparo, Carla, «Un acercamiento a la justiciabilidad del derecho a la identidad y a la no discriminación por identidad de género, desde la Universidad Veracruzana», en *Revista Letras Jurídicas*, N.º 40, 2019.

63 https://verne.elpais.com/verne/2018/05/07/mexico/1525729786_752440.html

64 SUP-JDC-304/2018 del poder judicial mexicano.

contradicciones al interior.

REFERENCIAS

- Anton Wesselingh, «Spheres of justice: the case of education», en *International Studies in Sociology of Education*, vol. 7, N.º 2, 1997.
- Althusser, Louis, *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*, Medellín, Ed. La oveja negra, 1974.
- Altschuler, Bárbara, «Desigualdades sociales desde el enfoque de la complejidad: integrando disciplinas para pensar nuestra realidad», Repositorio institucional de acceso abierto de la Universidad Nacional de Quilmes, Argentina, 2016.
- Barrios, Rafael, «La legalidad del III Reich», en *Periódico La Razón*, Bolivia, 18 de enero del 2013.
- Bickel, Alexander, *The least dangerous branch*, USA, Ed. Yale University Press, 1986.
- Bix, Brian H., *Diccionario de teoría jurídica*, México, Ed. UNAM, 2009.
- Castro Efraín, «Los cuadros de castas en la nueva España», *Institute of Latin american studies*, N.º 20, University of London, 1983.
- Cornejo Certtucha, Francisco, Voz «Autonomía de la voluntad», *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo I, México, Ed. UNAM, 1982.
- Cortés, Fernando, *Desigualdad y clases sociales*, Paraguay, Ed. CLACSO, 2016.
- Delfino, Silvia, «Desigualdad y diferencia», en *Revista Estudios*, N.º 7, Universidad de Córdoba, Argentina, 1997.
- Dubet, Francois, *¿Por qué preferimos la desigualdad?* Buenos Aires, Ed. Siglo XXI, 2015.
- Dworkin, Ronald, *Freedom 's law*, Cambridge, Ed. Harvard University Press, 1996.
- Dworkin, Ronald, *Virtud soberana*, España, Ed. Paidós, 2003.
- Esquivel, Gerardo, *Concentración del poder político y económico*, México, Ed. OXFAM, 2015.
- Fallon, Richard Jr., *The dynamic constitution*, USA, Ed. Cambridge University Press, 2004.
- Fiss, Owen, *Libertad de expresión y estructura social*, México, Ed. Fontamara, 2004.
- Galindo, Mariana, *Desigualdad*, Serie de estudios económicos, vol. 1, México, 2015.
- Gallego, Jorge, «Desigualdad y leyes de potencia», en *Criterios de Economía*, N.º 29, Colombia, 2010.
- García, Juan Antonio, «Nazismo, derecho y filosofía del derecho», en *Anuario de filosofía*, N.º 7, Argentina, 1991.
- Garzón, Valdés Ernesto, «Algo más sobre la relación entre derecho y moral», Rodolfo Vázquez, *Derecho y moral*, Madrid, Ed. Gedisa, 1998.
- Guzmán, Virginia, *Legitimación y crítica a la desigualdad*, Revista Convergencia, N.º 73, Universidad Autónoma del Estado de México, 2017.
- Izquierdo, María, *Del elogio de la diferencia*, Paper 59, Universidad Autónoma de Barcelona, 1999.
- Kerbo, Harold, *Estratificación social y desigualdad*, Madrid, Ed. McGraw, 2004.
- Kojève, Alexandre, *La noción de autoridad*, Buenos Aires, Ed. Nueva Visión, 2005.
- Linz, Juan J., *Problems of democratic transition and consolidation*, USA, Ed. The Johns Hopkins University, 1996.
- López Bonilla, Irvin Uriel. «Amparo Carla: un acercamiento a la justiciabilidad del derecho a la identidad y a la no discriminación por identidad de género, desde la universidad veracruzana», en *Revista Letras Jurídicas*, N.º 40, 2019.
- Nino, Carlos S., «El principio de autonomía de la persona», en *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1989.
- Nohlen, Dieter, *El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque his-*

- tórico-empírico, México, Ed. UNAM, 2003.
- Mújica, Oscar, «Métodos de medición de las desigualdades social de salud», *Revista Panamericana de la Salud*, N.º 12, Colombia, 2002.
- Perry, Michael J., *Constitutional rights, moral controversy and the Supreme Court*, USA, Ed. Cambridge, 2009.
- Porras, Angélica, *Igualdad y no discriminación*, Ministerio de Justicia, Quito, 2010.
- Raz, Joseph, *The morality of freedom*, New York, Ed. Oxford University Press, 1988.
- Rousseau, J. J., *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Madrid, Ed. Alianza, 1992.
- Sen, Amartya, *Nuevo examen a la desigualdad*, España, Ed. Alianza, 2005.
- Sojo, Carlos, *Igualitarios*, Costa Rica, Ed. FLACSO, 2010.
- Tilly, Charles, *La desigualdad persistente*, Buenos Aires, Ed. Manantial, 1998.
- Tortosa, Miguel, La construcción social del enemigo, *Revista Convergencia*, año 10, número 33, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2003.
- Trujillo, Isabel, *Imparcialidad*, México, Ed. UNAM, 2007.
- Waller, Irvin, *Derechos para las víctimas de los delitos*, México, Ed. INACIPE, 2013.
- Sorensen, Aage, «The structural basis of social inequality», en *The american journal or sociology*, N.º 101, USA, 1991.
- Walzer, Michael, *Spheres of justice*, USA, Ed. Basic Books, 1984.
- Williams, Melissa and Waldron, Jeremy, *Toleration and its limits*, New York, Ed. New York University press, 2008.
- Valenzuela, Arturo, *A nation of enemies. Chile under Pinochet*, USA, Ed. W.W. Norton, 1991.

RECURSOS ELECTRÓNICOS CONSULTADOS

- https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/sinopsis_asuntos_destacados/documento/2016-11/IS-230610-JRCD-968_0.pdf
- <https://www.crf-usa.org/images/pdf/gates/Affirmative-Action-Fischer.pdf>
- <https://imco.org.mx/informe-legislativo-2018-paridad-genero-poder-legislativo-2/>
- <https://politica.expansion.mx/congreso/2018/07/07/historico-para-mujeres-la-mitad-del-congreso-tras-elecciones2018>
- https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/sinopsis_asuntos_destacados/documento/2016-11/IS-230610-JRCD-968_0.pdf
- <https://aristeguinoicias.com/1511/opinion/discriminatorio-si-paco-ignacio-tai-bo-ii-no-llegara-al-fce-por-su-origen-nacional/>
- <https://www.eluniversal.com.mx/blogs/estefania-vela-barba/2016/05/13/los-vagones-del-metro-separados>
- <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/coronavirus-personal-medico-acusa-discriminacion-por-covid-19>
- <https://www.reporteindigo.com/reporte/mamas-no-tendran-preferencia-para-ejercer-custodia-de-los-hijos-scjn/>
- https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2019-03/14_Vela_REVISTA_CEC_SCJN_NUM_4-367-397.pdf
- https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/02/160129_deportes_juegos_olimpicos_rio2016_atletas_transexual_transgenero_mujer_hombre_ventaja_jmp
- <https://www.bbc.com/mundo/noticias-45798783>
- https://www.eldiario.es/desalambre/blog/derecho_discriminacion_6_60953913.html
- https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Pronunciamiento_20160828.pdf

https://verne.elpais.com/verne/2018/05/07/mexico/1525729786_752440.html

LEGISLACIÓN CONSULTADA

Art. 269 CNPP (*Revisión corporal*).
Constitución federal mexicana.

RECURSOS JUDICIALES CONSULTADOS

Amparo directo en revisión 4441/2018 del Poder judicial mexicano.
Amparo en revisión 272/2019 del poder judicial mexicano.
SUP-JDC-304/2018 del poder judicial mexicano.

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.

1. DEBERES Y RESPONSABILIDADES GENERALES DE LOS EDITORES

- 1.1 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;
- 1.8. 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;*
- *remitir los casos problemáticos a COPE, especialmente cuando surjan cuestiones no contempladas en 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 CON-SORT) 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 personales 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.*

11. 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 reimpressiones 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 reimpressiones, 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.



EDITORIAL UNIVERSITARIA

Esta revista se terminó
de diseñar para su versión digital
en Editorial Universitaria en el mes
de enero-junio de 2022 siendo rector de
la Universidad Central del Ecuador el
Dr. Fernando Sempértegui Ontaneda y
director de Editorial Universitaria el
Prof. Gustavo Pazmiño.

