

año 7, núm. 13 | julio-diciembre 2023

# 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 7, núm. 13 (julio-diciembre 2023)

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

#### DIRECTOR

Mauricio Enrique Pacheco

#### COORDINADORA Y RESPONSABLE CIENTÍFICA

Eliana Alba Zurita

Diagramación | Christian Echeverría  
Corrección de textos | Marcelo Acuña  
Portada | Christian Echeverría

Editorial Universitaria, 2023  
Ciudadela Universitaria, av. América, s. n.  
Quito, Ecuador  
+593 (02) 2524 033  
<https://www.uce.edu.ec/web/editorialuniversitaria>  
editorial@uce.edu.ec

Revista CAP Jurídica Central en línea  
<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

José Luis Terán Suarez | DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Karina Tello Toral | SUBDECANA 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 7, núm. 13 (julio-diciembre 2023)

El derecho a la salud de los extranjeros en situación de movilidad humana en el Ecuador .....	7
<i>Ángel Sebastián Pino Mera</i> <i>Eduardo Andrés Aldaz Vallejo</i>	
El derecho a la salud en las emergencias sanitarias .....	23
<i>Leslit Estefany Machuca Moreno</i>	
Defraudación tributaria: ¿actividad delictiva antecedente para el lavado de activos? .....	41
<i>Ernesto Yerovi B.</i>	
El uso de la inteligencia artificial en derecho penal: un estudio y prevención de la violencia de género en Ecuador y Brasil .....	57
<i>Nelson Paúl López</i> <i>Isadora Meregé Vieira</i>	
Asesores fiscales y defraudación tributaria: claves para entender su autoría y participación en el derecho penal español .....	70
<i>Andrés Cevallos Altamirano</i>	
Instrucciones para los autores. Política editorial .....	91





## El derecho a la salud de los extranjeros en situación de movilidad humana en el Ecuador

Ángel Sebastián Pino Mera | [iD](#) Investigador independiente (Ecuador)  
Eduardo Andrés Aldaz Vallejo | [iD](#) Investigador independiente (Ecuador))

**RESUMEN** En América Latina y en el Ecuador, la migración, hoy conocida como movilidad humana, es uno de los problemas que no tienen solución; la pobreza, las políticas públicas, los modelos socioeconómicos, los conflictos internos, la falta de fuentes de trabajo y hoy la corrupción, son las principales causas para que millones de ciudadanos decidan dejar su país de origen para radicarse en otro. Con la llegada de extranjeros a otro país se origina una serie de problemas que involucra a las relaciones internacionales y a los derechos de los migrantes. En este sentido, el presente manuscrito tiene como propósito, analizar el derecho a la salud de los extranjeros en situación de movilidad humana en el Ecuador; para alcanzar el objetivo se realizó un estudio analítico y crítico sobre las dos variables de estudio (derecho a la salud y movilidad humana). Para el análisis del objeto de investigación se emplearon los métodos empírico, inductivo, analítico y descriptivo; las técnicas e instrumentos de investigación utilizados son la observación, la lectura de documentos físicos y virtuales. Los resultados de la investigación permiten concluir señalando que, a pesar de existir suficiente normativa nacional e internacional, no existe un goce efectivo del derecho a la salud de los extranjeros en situación de movilidad humana en el Ecuador.

**PALABRAS CLAVE** Extranjero, migración, movilidad humana, derecho, salud.

FECHA DE RECEPCIÓN 29/09/2023      FECHA DE APROBACIÓN 03/11/2023

## The right to health of foreigners in a situation of human mobility in Ecuador

**ABSTRACT** In Latin America and Ecuador, migration, today known as human mobility, is one of the problems that have no solution; poverty, public policies, socioeconomic models, internal conflicts, lack of jobs and today, corruption, are the main reasons why millions of citizens decide to leave their country of origin to settle in another. With the arrival of foreigners to another country, a series of problems arise that involve international relations and the rights of migrants. In this sense, the purpose of this manuscript is to analyze the right to health of foreigners in a situation of human mobility in Ecuador; to achieve this objective, an analytical and critical study was carried out on the two variables of study (right to health and human mobility). For the analysis of the research object, empirical, inductive, analytical and descriptive methods were used; the research techniques and instruments used are observation, reading of physical and virtual documents. The results of the research allow us to conclude that, despite the existence of sufficient national and international regulations, there is no effective enjoyment of the right to health of foreigners in a situation of human mobility in Ecuador.

**KEY WORDS** Term to prosecute, nullity, due process, reasonable time, indictment.

## INTRODUCCIÓN

La salud es un derecho fundamental para hacer efectivo el goce de otros derechos, como el derecho al trabajo, a la educación, a la movilidad humana; con salud, el ser humano puede realizar de manera efectiva cualquier actividad, por estas razones la Constitución y los instrumentos internacionales obligan al Estado hacer efectivo el goce de este derecho; para cumplir con este mandato constitucional, el Estado debe implementar estrategias, planes, programas y políticas públicas que garanticen efectivamente el derecho a la salud, no solo de los ciudadanos ecuatorianos, sino de los extranjeros en situación de movilidad humana, «tiene la obligación de precautelarse este derecho fundamental mediante políticas públicas adecuadas que garanticen, entre otras cosas, la disponibilidad y el acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces»<sup>1</sup>.

En la actualidad, uno de los problemas que debe afrontar al Estado ecuatoriano se relaciona con los derechos de los extranjeros en situación de movilidad humana, que se encuentran consagrados en la Constitución de la República (2008), Ley Orgánica de Movilidad Humana (2017) y su Reglamento y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, especialmente los referentes a la vida, integridad personal, igualdad, libertad, salud, etc. Estos derechos tienen limitaciones legales que desconocen los forasteros y que ha sido la causa fundamental para que varios procesos legales, para hacer prevalecer sus derechos, hayan sido declarados nulos; esta resolución, para muchos juristas, los ha dejado en estado de indefensión y se ha violado el derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros.

Las personas en movilidad humana, que por varios motivos están obligados a migrar de un lugar a otro, en el trayecto pueden sufrir hechos que afectan a su integridad y salud, por esta razón, en el Ecuador «tienen derecho a acceder a los sistemas de salud en todo el país. Las entidades públicas o privadas no podrán, en ningún caso, negarse a prestar atención de emergencia debido a la nacionalidad o a la condición migratoria de una persona»<sup>2</sup>. A pesar de estas disposiciones constitucionales y legales, el Estado y el gobierno ecuatoriano continúan vulnerando el derecho a la salud de los extranjeros en situación de movilidad humana.

En este contexto, el objeto de estudio de este trabajo es el derecho a la salud de los extranjeros en situación de movilidad humana en el Ecuador. Se analiza el derecho a la salud en los instrumentos internacionales, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y en la jurisprudencia; también se analizan las políticas públicas que permiten hacer efectivo el goce del derecho a la salud en el país. Para el estudio se utilizan los métodos inductivo, analítico y descriptivo; como técnicas e instrumentos de investigación se emplean la observación, la lectura y análisis de fuentes documentales físicas y virtuales. Los resultados de la investigación permiten concluir señalando que en el Ecuador no se garantiza efectivamente el derecho a la salud de los extranjeros en situación de movilidad humana.

1 Ecuador, Corte Constitucional, «Sentencia», N.º 679-18-JP/20, 21 DE AGOSTO DE 2020.

2 Ecuador, *Ley Orgánica de Movilidad Humana*, Registro Oficial 938, Suplemento, 6 de febrero de 2017.

## LA SALUD COMO DERECHO

### 1. EL DERECHO A LA SALUD

Sin duda alguna, el derecho a la salud junto con el derecho a la vida, son derechos naturales y derechos fundamentales para hacer efectivo el goce de los otros derechos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador (2008) y en los tratados internacionales de derechos humanos. Quien no goza de una perfecta salud, pone en riesgo su vida e integridad física y psicológica; por estas razones, el derecho a la salud no solo puede ser considerado como una retórica filosófica, sino un derecho exigible y el goce debe ser para todos en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna.

Los derechos humanos, como se sabe, se originan en el derecho natural, son derechos que le corresponde a todas las personas por el hecho de ser tal; en este sentido, el derecho a la salud, al ser parte de la dignidad de las personas, es derecho fundamental de los derechos humanos. El derecho a la salud, a no dudarlo, es un derecho humano, sin embargo, varios factores, especialmente económicos, hacen que este derecho sea un derecho privilegiado y de pocos, que no está al alcance de todos, situación que preocupa a sabiendas de que los instrumentos internacionales garantizan este derecho sin discriminación alguna.

Durante la pandemia, a consecuencia del covid-19, el privilegio del derecho a la salud se sintió a nivel mundial. En el Ecuador, mucha gente murió porque no encontraba una cama en la unidad de cuidados intensivos o porque no tenía el dinero suficiente para adquirir los medicamentos, pues de manera salvaje e indiscriminada las farmacéuticas y farmacias elevaron significativamente los precios. Por otra parte, la falta de conocimientos y de personal médico capacitado en este mal del siglo XXI, volvió más crítica la situación; en este contexto, las herramientas jurídicas locales e internacionales no sirvieron para garantizar el derecho a la salud y el derecho de acceso a los medicamentos, ni de los nacionales, mucho menos de los extranjeros.

Bajo estos argumentos, se observa que lo estipulado en la Constitución de la República del Ecuador y en los instrumentos internacionales, son insuficientes para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud, por lo que «es imperante la suscripción de instrumentos internacionales en materia de salud como un mecanismo para que el Estado pueda garantizar tanto el Derecho a la Salud como el Derecho de acceso a los medicamentos»<sup>3</sup>. En el ámbito local se debe elaborar y ejecutar políticas públicas que obliguen al Estado ecuatoriano a cumplir y hacer cumplir las disposiciones constitucionales en materia de salud.

### EL DERECHO A LA SALUD EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

A nivel internacional, analizando la normativa pertinente, se observa que en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el derecho a la salud pasa por desapercibido, no hay un artículo que haga alusión a este derecho. La Carta de las Naciones Unidas que se firmó el 26 de junio de 1945, sin bien es cierto que en su

3 Carlos Emanuele Ortiz, entrevistado por Daniel Borrero, 16 de abril de 2015. Para leer la entrevista completa ingresar a <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4742/1/T1761-MDE-Borrero-Los%20instrumentos.pdf>



articulado no hay un artículo que directamente haga alusión al derecho a la salud, empero, en varios pasajes de su contenido, iniciando desde su preámbulo, expone varios derechos relacionados con los derechos fundamentales: la dignidad y la igualdad; en los artículos 13, 55, 56 enuncia a la cooperación internacional para hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales sin discriminación alguna, en el artículo 62 directamente no enuncia el derecho a la salud, pero obliga al Consejo Económico y Social a presentar informes con respecto a asuntos internacionales de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario, y otros asuntos conexos.

La Organización Mundial de la Salud (OMS), creada en el año de 1946 por las Naciones Unidas, en su carta constitutiva, define a la salud como: «un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades», además reconoce a la salud como derecho fundamental, cuyo responsable de su goce efectivo es el Estado.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el derecho a la salud está consagrado en el artículo 25 y está vinculado a otros derechos, como el derecho al bienestar, a la alimentación, al vestido, a la vivienda, a la asistencia médica, a servicios sociales, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez y vejez.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el art. 12 señala que el derecho a la salud está garantizado y no podrá ser restringido a las personas que se encuentran legalmente radicados en un Estado diferente al de su origen. Este articulado se contrapone al principio de no discriminación, porque conforme al artículo citado, el goce efectivo del derecho a la salud solo lo tienen quienes estén legalmente radicados en un país.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), el derecho a la salud, conforme al art. 12, está específicamente reconocido a nivel internacional para asegurar la asistencia médica a todos; sin embargo, en el análisis de su contenido, se evidencia cierto privilegio para los niños y los trabajadores. Es necesario señalar que la promulgación de estos dos pactos en el seno de la Organización de las Naciones Unidas en el mismo año (1966) se debe a cuestiones ideológicas. Por un lado, se encuentra la corriente capitalista con la que se diseñó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y por otro, la filosofía socialista, que fue la base para elaborar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En conclusión, los derechos humanos no pueden obedecer a cuestiones ideológicas o filosóficas, al hacerlo se reconfigura su esencia y se estaría cayendo en el plano de derechos humanos parciales y no universales.

A partir de 1966 se han ido creando varias normas internacionales, a través de las convenciones como, por ejemplo: la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que reconocen la universalidad del derecho a la salud. A pesar de los esfuerzos de los organismos internacionales de derechos humanos, a pesar de existir suficiente normativa internacional que obliga a los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas a garantizar el goce efectivo de los derechos humanos, en especial el derecho a la salud, es una quimera, una retórica expresada en verso en un papel legal.

## EL DERECHO A LA SALUD EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

El ordenamiento jurídico ecuatoriano se fundamenta en la jerarquía de la norma establecida por Hans Kelsen que propicia un orden descendente. Inicia con la Constitución de la República, los tratados y convenios internacionales, culmina con normas de menor jerarquía como las resoluciones. Al igual que el derecho internacional, en el Ecuador existe suficiente normativa para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud, pero el desacato, inobservancia e incumplimiento de las disposiciones constitucionales causan una vulneración constante de este derecho constitucional.

La Constitución de la República del Ecuador (2008), en el art. 3, señala que uno de los deberes primordiales del Estado es garantizar, sin discriminación alguna, el efectivo goce del derecho a la salud, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El principio de no discriminación de derechos es una disposición constitucional de inmediato cumplimiento, el desacato y/o incumplimiento puede ser causa de destitución del cargo público; sin embargo, actualmente en nuestro país se viven momentos de inseguridad jurídica e impunidad, con casos de sobreprecio en las compras de insumos y medicamentos, en la construcción de infraestructuras y en la contratación de personal médico que afectan directamente al derecho a la salud y que están quedando en el olvido, navegando en el palacio de los injustos y corruptos.

La Ley Orgánica de Salud (2006) es la norma especializada que tiene como finalidad regular las acciones que permitan efectivizar el derecho universal a la salud. Sin embargo, las actividades que ha realizado el Ministerio de Salud Pública, para cumplir con el mandato de esta ley, ha sido nula. La falta o el inadecuado control y vigilancia a los procedimientos y a la misma actuación de los servidores de la salud ha hecho que las instituciones de la salud del Estado, incluido el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional y el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas estén llenos de actos de corrupción; mafias enquistadas en las unidades médicas que extorsionan a los pacientes, compra de medicamentos con sobreprecios, adquisición con sobreprecio de mascarillas, bolsas para los muertos a consecuencia del covid-19, son pruebas de que el derecho a la salud en el Ecuador es una quimera y un espacio para el enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, peculado, cohecho, concusión, etc., delitos en contra de la administración pública, que afectan a la integridad del Estado e influyen negativamente a la eficiencia y acceso a la salud de calidad.

Por otro lado, para garantizar el derecho a la salud de las personas consideradas vulnerables de atención prioritaria, se han creado leyes especiales y específicas, que tiene como objeto, «asegurar la prevención, detección oportuna, habilitación y rehabilitación de la discapacidad y garantizar la plena vigencia, difusión y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad»<sup>4</sup>. La negativa por parte de las entidades privadas para prestar el servicio de salud; la falta de personal médico especializado; la falta de provisión de medicamentos; la inadecuada asistencia médica, son argumentos para señalar que los grupos de atención prioritaria en el Ecuador son colectivos a quienes se les vulnera todo tipo de derechos, especialmente el derecho a la salud; a pesar de existir garantías constitucionales y organismos nacionales e internacionales cuyo propósito es hacer efectivo el goce de derechos constitucionales y humanos, el derecho al acceso a la salud integral y de calidad es una retórica que se lee bonito en una norma muerta.

4 Ecuador, *Ley Orgánica de Discapacidades*, Registro Oficial 796, Suplemento, 26 de junio de 2012.

Finalmente, en el plano específico y en relación al tema motivo de esta monografía, para garantizar los derechos de las personas en movilidad humana, en especial el derecho a la salud, se creó la Ley Orgánica de Movilidad Humana (LOMHU) (2017), que manifiesta, en concordancia con lo señalado en la Constitución (2008), los extranjeros o migrantes, tienen derecho a acceder a los sistemas de salud en todo el país, lo que implica señalar, que toda persona que se encuentra en el Ecuador, indistintamente de su condición, sin discriminación alguna, tiene derecho a la salud y las entidades que ofrecen este servicio no pueden negarse por ningún motivo a hacer efectivo este derecho.

El cierre de fronteras durante la emergencia sanitaria fue un acto que, para muchos, vulneró los derechos de las personas en movilidad humana y que atentó contra la vida y salud de los migrantes, vulnerando toda normativa internacional y nacional; al respecto, «la Corte Constitucional, como los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, han exigido al Estado establecer medidas de control sanitario que no signifiquen la vulneración de los derechos de las personas en movilidad humana, tanto para su ingreso como su salida del país»<sup>5</sup>. A pesar de estas disposiciones legales, según el autor citado, las acciones administrativas del Ejecutivo y las reformas a la lomhu promovidas por la Asamblea Nacional en el período 2017-2021 ocasionaron violaciones y limitaciones a los derechos de las personas en movilidad humana, evidenciando un retroceso en la garantía de los derechos de esta población.

Al ser el Ecuador un Estado constitucional de derechos y justicia, es responsable por la violación de los derechos a la vida, integridad personal, salud y otros como lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Guachala Chimbo y otros vs. Ecuador, sentencia de 26 de marzo de 2021; en este sentido, la Corte Constitucional del Ecuador mediante la sentencia n.º 679-18-JP/20, ha sido enfática en manifestar que el Estado tiene la obligación de precautelarse el derecho a la salud mediante políticas públicas. Para hacer frente al mal de la violación de derechos y de la impunidad de los delitos se debe realizar una reingeniería de personal, tanto en la función judicial como en el sector de la salud. Para hacer efectivo el goce del derecho a la salud, el Estado, juntamente con la sociedad civil, no con los dirigentes y politiqueros corruptos, debe crear y ejecutar políticas públicas apegadas a la realidad del paciente en las áreas de salud.

## LA LIMITACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DE LOS EXTRANJEROS EN ECUADOR

Históricamente, el Ecuador no ha sido un país de llegada extrema de inmigrantes, el flujo de extranjeros en el país en el «siglo XX fue bajo en comparación con los números registrados actualmente. En el siglo xx, la inmigración fue causada por las relaciones comerciales entre Ecuador y algunos países árabes y europeos, que emigraron de Libia, Siria, Palestina y España»<sup>6</sup>; a finales del siglo xx e inicios del siglo xxi el ingreso de colombianos y peruanos, fue significativo; en el caso de los colombianos muchos de ellos huyeron y tuvieron que abandonar de manera obligada su país de origen por el conflicto entre el Estado y la guerrilla; en el caso de los peruanos, su llegada al país se relaciona con las actividades comerciales y empresariales.

5 Eufemia Sánchez Borja y Patricio Benalcázar Alarcón, «El despojo de los derechos en un Ecuador en reversa: personas en movilidad humana 2017-2021. Aportes para evaluar una ley emblemática», en *NULLIUS, REVISTA DE PENSAMIENTO CRÍTICO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO*, VOL. 3, N.º 2, 2022, PP. 55-78, DOI: 10.5281/ZENODO.6795104.

6 Valle Franco, Alex Iván, «Breve análisis histórico de la inmigración al Ecuador», *Revista Facultad de Jurisprudencia*, N.º 2, 2017, PP. 1-30, DOI: [HTTPS://DOI.ORG/10.26807/rfj.v1i2.57](https://doi.org/10.26807/rfj.v1i2.57).

En el año 2016 debido al modelo sociopolítico que asumió Venezuela y a la crisis económica, empezaron a ingresar los venezolanos al Ecuador y ya para el año 2019, este colectivo de extranjeros era mayor al de los colombianos; según el Ministerio del Interior de Ecuador en el año 2016 ingresaron al país 102.619 venezolanos y salieron 79.008; «el flujo migratorio venezolano a Ecuador registra en el año 2017 a 227.810 emigrantes, de los cuales 156.622 ingresaron al país como una ruta para llegar a otros destinos»<sup>7</sup>; la Organización Internacional para las Migraciones (oim) en el año 2018, señalaba que han cruzado la frontera ecuatoriana entre 547.000 y 560.000 venezolanos, de los cuales, una cifra superior a 5000 de personas viven en condiciones precarias. En este contexto, conforme a los testimonios de Garyda y Kléver (2022), venezolanos que se dedican a la limpieza de parabrisas en el sector de la media luna, señalan que los principales problemas que tienen los migrantes venezolanos se relacionan con el desempleo, la pobreza, el hambre, la vivienda y la salud.

La crisis económica, la aplicación de políticas de Estado, la prevalencia de modelos filosóficos de gobernabilidad, los conflictos armados internos y externos, la violencia e inseguridad ciudadana son algunos factores que han provocado la migración de personas en América Latina; el último flujo migratorio significativo es el generado por los venezolanos a finales del año 2015 que, en el año 2020, se convertirían en personas en doble vulnerabilidad: por un lado por ser migrantes y, por otra, por estar indefensos ante la pandemia del covid-19. En efecto, el acceso a varios derechos garantizados por la Constitución y los instrumentos internacionales se vieron limitados para los extranjeros en el Ecuador.

La pandemia a consecuencia del covid-19 provocó implicaciones graves, especialmente en el ámbito educativo, sanitario, económico y social; esta realidad obligó a los Estados y gobiernos a priorizar la inversión en el ámbito de la salud para salvar la vida y precautelar la salud de nacionales y extranjeros; el derecho a acceder a servicios públicos de calidad, durante esta época fueron muy limitados, la incapacidad y falta de gestión de los gobernantes poco o nada pudieron hacer para entender las necesidades de la población. «Debido a la urgencia de los pacientes contagiados con covid-19, se tuvo que limitar otros servicios de salud. Lo cual, sin duda, vulnera el derecho de acceso a la salud pública»<sup>8</sup>.

El derecho a la igualdad y a la no discriminación son derechos que inciden elocuentemente en el goce del derecho a la salud de los extranjeros en el Ecuador. Si los extranjeros, conforme al art. 9 de la Constitución (2008), poseen los mismos derechos de los ecuatorianos, el principio o derecho de igualdad, faculta a las personas en movilidad a gozar efectivamente de los derechos en las mismas condiciones que los ecuatorianos, esto lleva a señalar que si para los ecuatorianos no existe una atención efectiva en salud, ni tampoco existe medicamentos para sanar o curar las enfermedades y, aun peor, no existe la infraestructura necesaria para garantizar una salud integral, para los extranjeros tampoco la hay, factores que inciden negativamente y limitan el derecho a la salud no solo de los extranjeros, sino también de los ecuatorianos.

Por otra parte, el derecho a la no discriminación obliga al Estado ecuatoriano a tratar al extranjero y/o migrante igual que al nacional, en el ámbito internacional este derecho y principio fundamental para la convivencia pacífica y armónica se encuentra establecido en el art. 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), que no solo garantiza el derecho a la no discriminación, sino que propicia la protección ante este fenómeno social; a partir de esta promulgación, el derecho a la no discriminación

7 Legarda Sevilla, Mónica Alejandra y Folleco Chalá, Johnson Marcelo, «La migración venezolana a Ecuador y su prospectiva», *Journal of Research in Business and Management*, n.º 7, 2019, pp. 14-21, [HTTP://WWW.DSPACE.UCE.EDU.EC/ BITSTREAM/25000/17311/1/19%20LA%20MIGRACI%C3%B3N%20VENEZOLANA%20A%20ECUADOR%20Y%20SU%20PROSPECTIVA.PDF](http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/17311/1/19%20LA%20MIGRACI%C3%B3N%20VENEZOLANA%20A%20ECUADOR%20Y%20SU%20PROSPECTIVA.PDF).

8 Castillo Sánchez, Luis Alberto, «Una mirada al derecho de acceso a los servicios públicos en tiempos de covid en Ecuador», *Revista Jurídica Crítica y Derecho*, vol. 3, N.º 4, 2022, pp. 17-28, DOI: [HTTPS://DOI.ORG/10.29166/CYD.V3I4.3535](https://doi.org/10.29166/cyd.v3i4.3535).

ha sido utilizada en otros instrumentos internacionales de la Organización de las Naciones Unidas, como, por ejemplo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); en la Convención Internacional sobre los Derechos Políticos de la Mujer (1952); en el Convenio sobre la discriminación (1958); en la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1979), etc.

Los derechos y principios de igualdad y no discriminación son la base fundamental para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud de toda persona, incluidos los extranjeros radicados legal o ilegalmente en el país. Sin embargo, durante la pandemia y después de esta emergencia sanitaria se observa una limitación del derecho a la salud de los extranjeros en el Ecuador, sin precedentes, y claro, todos nos diremos, si no existe una atención de salud pública de calidad para los ecuatorianos, mucho menos va a existir una atención básica de salud para los extranjeros. En efecto, la ausencia de medicamentos y la falta de personal médico para atender las consecuencias de la migración son indicadores que justifican lo señalado.

El derecho a la salud tiene cinco características fundamentales: es un derecho humano fundamental, constitucional, universal y en nuestro país está garantizado a través del Ministerio de Salud Pública. Es un derecho humano porque se relaciona directamente con la vida y con la integridad personal, está consagrado en los instrumentos internacionales de derechos humanos, lo que permite la exigibilidad y justiciabilidad en organismos internacionales cuando las instancias jurídicas nacionales no garantizan este derecho humano necesario para el desarrollo de la vida.

La salud es un derecho fundamental, porque la ausencia de este derecho y de sus componentes como, por ejemplo, el personal médico especializado, los medicamentos para sanar y combatir las enfermedades puede terminar con la vida. «No obstante, y desgraciadamente, hay que reconocer que una cosa es que exista un derecho, teórico, en declaraciones de principios y otra es que exista en la realidad, es decir, que pueda ejercerse de manera efectiva»<sup>9</sup>. En efecto, en América Latina y en especial en el Ecuador, el derecho a la salud es un derecho que la norma nacional e internacional lo garantiza, pero en la realidad existen limitaciones que lo convierten en un derecho privilegiado y de pocos.

El goce efectivo del derecho a la salud es garantizar el cumplimiento de otros derechos conexos que inciden en el desarrollo integral y en la calidad de vida de la persona. Para hacer efectivo el goce de este derecho el Estado deberá crear políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; el acceso a este derecho para los ecuatorianos y extranjeros radicados en el país es constante, oportuno y no exclusivo; estas disposiciones constitucionales son fundamentos legales para señalar que la salud es un derecho constitucional, no solo porque está escrito en la Constitución de la República, sino porque el Estado garantiza su goce efectivo; sin embargo, desde el gobierno de Lenin Moreno (2019), la crisis y la corrupción en las áreas de la salud ha limitado y restringido el derecho a la salud de los extranjeros y nacionales en el Ecuador.

La salud es un derecho elemental para el goce de otros derechos fundamentales; el ser humano con salud puede realizar efectivamente otras actividades que involucra su desarrollo integral; sin salud, la persona no puede ejercer el derecho al trabajo, a la educación, a la amovilidad humana, etc. Por estas consideraciones sobre la salud, la onu (2021), manifiesta que «la cobertura sanitaria universal implica que todas las personas y comunidades reciban los servicios de salud que necesitan sin tener que pasar penurias financieras para pagarlos, es un derecho universal». En este sentido, para garantizar una salud adecuada e integral, los ciudadanos nacionales y extranjeros requieren de instituciones, de un personal especializado en áreas de la medicina, de medicinas; sin

9 Sánchez Bayle, Marciano, «El derecho a la salud como derecho fundamental», *Cultura para la esperanza: instrumento de análisis de la realidad*, N.º 72, 2008, pp. 29-31, <https://www.accionculturalcristiana.org/html/revista/r72/72salu.pdf>.

embargo, los extranjeros y muchos ecuatorianos, por su situación económica, social y estado de vulnerabilidad, denotan serios problemas de salubridad.

En el Ecuador, el derecho a la salud de los extranjeros está garantizado por la Constitución y se efectiviza a través del Ministerio de Salud Pública, y sería el Ministerio de Inclusión Económica y Social el encargado de elaborar un registro de las personas residentes que padezcan enfermedades. «Las instituciones públicas o privadas que prestan servicios de salud no podrán, en ningún caso, negarse a prestar atención de emergencia en razón de la nacionalidad o la condición migratoria de una persona»<sup>10</sup>. Ahora bien, durante la pandemia y luego de ella, las condiciones y realidad de la salud limitan el derecho a la salud de los extranjeros en el Ecuador.

## LA MOVILIDAD HUMANA Y EL DERECHO A LA SALUD DE LOS EXTRANJEROS EN EL ECUADOR

### LA MOVILIDAD HUMANA

El ser humano desde sus orígenes ha estado en constante movimiento y desplazándose de un lugar a otro, en busca de mejores condiciones de vida y de los recursos necesarios para satisfacer sus necesidades. Así lo hizo el *Homo Australopitecus*, *Homo habilis*, *Homo erectus* y *Homo sapiens*; por lo que se puede señalar que el derecho a la movilidad humana es un derecho natural que nace junto con la persona. Este derecho nadie se lo otorgó, ninguna norma o institución, es un derecho por la vida y para la vida.

La evolución de la sociedad y el apareamiento de la propiedad privada, son dos hechos que marcan los inicios del Estado. Con la conformación de las naciones, países o Estados, aparece el famoso «contrato social», que establece una serie de mandatos con el objetivo de regular las relaciones entre el soberano y el Estado; son aspectos del derecho positivo creados por el hombre, no precisamente para mejorar la calidad de vida, sino para restringir derechos y libertades. Según Claramunt (2022), la tecnología, el cambio del papel de las mujeres, el envejecimiento, la inteligencia artificial, el cambio climático, los problemas relacionados con infancia, educación, salud, trabajo, vejez, la movilidad humana y las transferencias intergeneracionales, serían los puntos claves del nuevo contrato social para el siglo XXI.

Analizando las características de la movilidad humana, se puede señalar que la causa principal para que se desarrolle este fenómeno social es la supervivencia y el bienestar de la persona; cuando se estructura la familia, involucra el buen vivir de sus miembros; además, se evidencia que por los desastres naturales, por las malas decisiones políticas de los gobernantes, por el conflicto de interés, por ideologías socioeconómicas, como actualmente sucede con Ucrania y Rusia, la gente se ha visto obligada a dejar su lugar de residencia y buscar un sitio más óptimo para el desarrollo de la vida y el bienestar.

En este contexto, la movilidad humana implica a asilados, refugiados, desplazados y migrantes. Los asilados son personas que, en su país de origen, han sido perseguidos principalmente por cuestiones políticas. Constitucionalmente, el Ecuador, cumpliendo las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos, reconoce el asilo, «las personas que se encuentren en condición de asilo gozarán de protección especial que garantice el pleno ejercicio de sus derechos»<sup>11</sup>.

10 Ecuador, *Ley Orgánica de Movilidad Humana*, Registro Oficial 938, Suplemento, 6 de febrero de 2017.

11 Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 41.



La Convención de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados, señala que refugiado es la persona que «debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad»; el Ecuador firmó y ratificó el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, aprobado por Naciones Unidas en 1967; con este instrumento internacional, se obligó a otorgar a todo ciudadano de los Estados miembros de la onu, refugio; en este sentido, el derecho al refugio está garantizado en el art. 41 de la Constitución de la República (2008); las normativas señaladas están siendo utilizadas principalmente por los colombianos para ingresar a territorio ecuatoriano, en calidad de refugiados.

Desplazar a una persona de su territorio es un acto inhumano que convierte a la persona en un ciudadano vulnerable; los conflictos armados, la guerrilla, el narcotráfico, la violencia, la explotación de los recursos naturales, la corrupción, son algunas causas por las cuales las personas —de manera obligada— deciden abandonar sus territorios. En el Ecuador, conforme al art. 42 de la Constitución, los desplazados tienen derecho a recibir protección y asistencia humanitaria, especialmente en lo que se refiere a alimentos, alojamiento, vivienda, servicios médicos y sanitarios; atención preferente y especializada recibirán las niñas, niños, adolescentes, mujeres embarazadas, madres con hijas o hijos menores, personas adultas mayores y personas con discapacidad.

La doctrina reconoce dos tipos de migrantes: el emigrante, que es la persona que, por varios factores, decide emigrar de un lugar a otro dentro de su territorio de origen, por ejemplo, en el Ecuador, la decisión que toman los indígenas que viven en el sector rural, para trasladarse a vivir en las grandes ciudades. Y el inmigrante, que es el ciudadano que decide salir de un país para radicarse en otro que le ofrece mejores condiciones de vida; en este sentido, uno de los principios de las relaciones internacionales es el respeto de los derechos humanos de las personas migrantes, el Estado ecuatoriano no considera como ilegal a las personas en condición migratoria.

Como se puede observar, el derecho a la movilidad humana, conocida popularmente como migración, es un derecho humano, constitucional y legal que está amparado por las normas internacionales y nacionales. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, para proteger a las personas en condiciones migratorias que huyen de los conflictos armados, ha creado normas que pasan a formar parte del derecho internacional humanitario; de igual forma, existen organismos que protegen los derechos de las personas en movilidad humana, como el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (acnur).

A nivel nacional, el derecho a la movilidad humana está garantizado por la Constitución de la República (2008), los artículos 41 y más de la Carta Magna señalan que nadie puede negar o impedir el ingreso al Ecuador de un extranjero, de hacerlo se constituye en un delito, porque esta acción puede afectar a su vida, salud e integridad personal, la Corte Constitucional (2021), en sentencia n.º 2120-19-JP/21, confirmó la vulneración del derecho a la reunificación familiar, el derecho a migrar y al interés superior, por lo que recomendó al Ministerio de Gobierno, realizar las investigaciones internas necesarias para determinar la responsabilidad administrativa de los servidores encargados del control migratorio que vulneraron los derechos de los migrantes.

Conforme al régimen de competencias consagrado en la Constitución de la República (2008), el Estado tiene competencia exclusiva para llevar un registro y control de los extranjeros, acción que contribuye a garantizar la protección y promoción de los derechos de las personas en situación de movilidad humana; la Corte Constitucional. (2020), en sentencia n.º 639-19-JP/20, dispuso que «la Policía Nacional, con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo, en el término de 6 meses desde la notificación de la presente sentencia, elabore protocolos de control migratorio y realice su correspondiente difusión». En este sentido, realizar una investigación que permita establecer

si los protocolos de control migratorio contribuyeron a garantizar el goce efectivo de los derechos, específicamente el derecho a la salud de los extranjeros en situación de movilidad humana, justifica la presente investigación.

## EL DERECHO A LA SALUD DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN DE MOVILIDAD HUMANA EN ECUADOR

En Ecuador la salud no solamente es un derecho, sino también es un servicio público fundamental para el bienestar de las personas, «la salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir»<sup>12</sup>. En efecto, para mantener una salud adecuada se requiere del cumplimiento de otros derechos, para que esta sea efectiva y la persona pueda realizar idóneamente sus actividades; en este contexto, Julio César y Carlos Eduardo (2022), venezolanos que se ganan la vida haciendo varias actividades informales, señalan que ellos no tienen para financiar las tres comidas diarias, pasan todo el día solo con una comida (desayuno) y cuando logran reunir algunos centavos, este dinero lo gastan en el desayuno del siguiente día; esta realidad de los extranjeros en situación de movilidad humana permite señalar que ellos no consumen una alimentación saludable, los alimentos que consumen son de mala calidad, aspecto que incide negativamente en el desarrollo de enfermedades.

Varias son las personas extranjeras, especialmente los venezolanos y cubanos que están en el Ecuador en calidad de emigrantes regulares, irregulares, de tránsito o en situación de refugiados; todos ellos amparados en las disposiciones constitucionales y sobre todo por el principio de igualdad y no discriminación establecido en el art. 11 de la Carta Magna, gozan de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales, siendo uno de ellos el derecho a la salud. Sin embargo, la falta de recursos hace que el personal médico tan solo se limite a realizar un diagnóstico para determinar qué es lo que padece el paciente extranjero; la falta de medicamentos no permite ir más allá de la consulta; por otra parte, los escasos recursos económicos impiden que los emigrantes puedan adquirir los medicamentos respectivos para poder curar su enfermedad; esta es una de las razones que no justifica, pero motiva a delinquir.

Actualmente, recibir una atención de calidad, eficiente y eficaz en las instituciones públicas de salud del Ecuador es una quimera, no hay medicamentos, conseguir un turno para ser diagnosticado por un profesional especializado es una odisea, no hay reactivos para los exámenes de laboratorio, ni tampoco para las radiografías, el trato por el personal administrativo hacia los usuarios no es el adecuado; en efecto, estos indicadores son fundamentos para señalar que en el país el Estado no está tutelando adecuadamente los derechos humanos y constitucionales.

Uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la agenda 2030, es «garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades»<sup>13</sup> y una de las metas es lograr una cobertura sanitaria universal; sin infraestructura, sin una vivienda digna, sin una alimentación saludable y nutritiva, sin tener los espacios y el tiempo para el deporte y ocio, inclusive, en varios casos, sin gozar efectivamente del derecho al agua, es imposible que el Estado ecuatoriano garantice una vida sana y bienestar a los extranjeros en situación de movilidad humana.

12 Ecuador, *Constitución de la República*, art. 32.

13 Ecuador Naciones Unidas, «Los Objetivos de Desarrollo Sostenible en Ecuador», Naciones Unidas en Ecuador, 2014, <https://ecuador.un.org/>.

## LAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA GARANTIZAR EL DERECHO A LA SALUD DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN DE MOVILIDAD HUMANA EN ECUADOR

El Estado ecuatoriano garantiza el derecho a la salud para todos, «mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva»<sup>14</sup>. Las políticas públicas, son procesos, planes, programas, estrategias institucionales que interactúan y se interrelacionan para alcanzar un fin, en este caso, para garantizar un servicio eficiente y eficaz de salud; sin embargo, la falta de recursos e infraestructura induce a señalar que el sistema de salud en Ecuador no garantiza una vida saludable y digna para todos. Al respecto, Castillo<sup>15</sup> dice que «la planificación y el monitoreo de las acciones en salud son débiles. Son evidentes las falencias en cuanto al abastecimiento de insumos, recursos, infraestructura y transparencia de los procesos»; aspectos que influyen en la deficiencia de la atención médica para todos.

Por otra parte, «La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional»<sup>16</sup>. Lastimosamente, como se había señalado anteriormente, factores económicos y éticos hacen que muchos de los principios señalados en la carta magna, en el área de la salud, sean letra muerta al igual que las políticas públicas; esto se puede verificar con la cantidad de muertes que se tuvo acá en el Ecuador durante la pandemia; «en los países de pequeños o medianos ingresos, que son la mayoría en América Latina y el Caribe, mueren más de 8 millones de personas por enfermedades que pudieran ser perfectamente tratables por los sistemas de salud»<sup>17</sup>. Sin embargo, por las inadecuadas políticas públicas y sobre todo, por la falta de aplicabilidad de la norma, el derecho a la vida, a la salud y a la integridad personal, son constantemente vulnerados.

Según el art. 52 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana (2017), los extranjeros residentes en el Ecuador tienen derecho a acceder a los sistemas de salud de conformidad con las leyes y los tratados internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano. De igual forma, la norma precitada indica que en ningún caso los servicios de salud públicos o privados podrán negar la atención de urgencia considerando la nacionalidad o estatus migratorio de una persona. En este contexto, el Defensor del Pueblo es un ente que tiene como función respetar y hacer respetar los derechos consagrados en la Constitución y en la ley, en el caso de la violación o inobservancia de los derechos fundamentales, según el art. 81 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (2019), tiene la obligación de pronunciarse motivadamente sobre los reclamos y las quejas presentadas por los consumidores nacionales y extranjeros.

«El Estado ecuatoriano promoverá políticas que protejan a las personas extranjeras en el Ecuador en caso de enfermedad, accidentes o muerte, siendo necesario para la persona residente contar con un seguro público o privado que consolide este beneficio»<sup>18</sup>. Una de las políticas públicas que el Estado ecuatoriano implementó para garantizar el derecho a la salud de los extranjeros en situación de movilidad humana en el Ecuador es el plan de contingencia de flujo migratorio en la zona de frontera y uno de los obje-

14 Ecuador, *Constitución de la República*, art. 32.

15 Castillo, Luis, «El sistema de salud en Ecuador», *Ecuador Decide: Grupo Faro*, 12 de marzo de 2021, <https://elecciones2021.ecuador-decide.org/wp-content/uploads/2021/03/Diagno%CC%81stico-El-sistema-de-salud-en-Ecuador.pdf>.

16 Ecuador, *Constitución de la República*, art. 32.

17 Kruk, Margaret E. et al., «Sistemas de salud de alta calidad en la era de los Objetivos de Desarrollo Sostenible: es hora de una revolución», *The Lancet Global Health*, vol. 6, n.º 1, 2018, pp. 1196-252, [https://cdn1.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/2445/2019/04/18tlgh0221\\_Spanish\\_translation\\_new.pdf](https://cdn1.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/2445/2019/04/18tlgh0221_Spanish_translation_new.pdf).

18 Ecuador, *Ley Orgánica de Movilidad Humana*, Registro Oficial N.º 938, 6 DE FEBRERO DE 2017, ART. 52.

tivos es brindar atención médica integral a los transeúntes, se han creado unidades de psicología, odontología y medicina general; con esta estrategia el Gobierno nacional, a través del Ministerio de Salud Pública de Ecuador, garantiza el acceso a los servicios de salud gratuita y sin restricción; en efecto, se garantiza el derecho a la salud de los extranjeros, empero, la falta de personal médico especializado, de infraestructura adecuada, de medicamentos y otros recursos médicos, permite señalar que esta política pública, es insuficiente para el ejercicio integral del derecho a la salud.

Organismos internacionales e instituciones nacionales, han llamado «la atención al gobierno nacional sobre la regresividad no debidamente justificada en relación con el presupuesto designado para salud, medicamentos y talento humano»<sup>19</sup> del Ministerio de Salud Pública (MSP); de igual forma el msp ha sido obligado a pedir disculpas públicas por la falta de disponibilidad y accesibilidad a su derecho a la salud que afecta negativamente en la satisfacción del derecho a la salud. En relación con las personas en movilidad humana, la Corte Constitucional, en el Caso n.º 2120-19-jp, que hace alusión a las garantías de las niñas, niños y adolescentes en situación de movilidad humana, solos, no acompañados o separados, confirmó la vulneración del derecho a la reunificación familiar y el derecho a migrar, violación que según el organismo de máxima interpretación constitucional de Ecuador, «conllevan riesgos para la salud, la integridad personal y la posibilidad de captación en redes de trata de personas o tráfico de migrantes».

La Constitución ecuatoriana y la norma especializada en movilidad humana, no limita el acceso al servicio de salud pública y a la atención médica a las personas emigrantes, sin embargo, para tener acceso al servicio de salud, el emigrante debe registrar su ingreso a través de los puntos de control migratorio, portar sus documentos de identidad o de viaje; en este sentido, existen miles de casos de venezolanos y colombianos que han ingresado al país de manera ilegal por lugares clandestinos, muchos de ellos sin un documento de identificación, por lo que se presume que deben ser personas que pueden haber huido de sus países por haber cometido actos delictivos y, probablemente, ingresaron al país para seguir cometiendo actos antijurídicos y luego abandonar el Ecuador.

## CONCLUSIONES

En el Ecuador, conforme a la Constitución de la República del Ecuador (2008), en concordancia con los instrumentos internacionales de derechos humanos, los extranjeros emigrantes o en movilidad humana, legales o ilegales, establecidos y radicados en el país, gozan de los derechos humanos y de ciertos derechos constitucionales; uno de estos derechos es el derecho a la salud, que se caracteriza por ser universal, no discriminatorio, de calidad y calidez; sin embargo, por factores económicos, de política pública, sociales, culturales y de corrupción, este derecho, no solo para los extranjeros, sino para los nacionales, es letra muerta.

En los últimos seis años, el flujo migratorio ha crecido considerablemente. En el año 2016, los colombianos y cubanos fueron el colectivo que en mayor número ingresaron a nuestro país. Los unos, en su mayoría, en calidad de refugiados, y los otros, como apoyo internacional para fortalecer las áreas educativas y médicas del Ecuador, también existen cubanos que, aprovechándose del convenio firmado entre nuestro país y Cuba, huyeron de las políticas socioeconómicas del Gobierno cubano. Actualmente, desde 2019, la emigración venezolana rebasó los índices de emigración de colombianos y cubanos juntos; es decir, el flujo migratorio con mayores índices en nuestro país son los venezolanos, muchos de ellos sin documentos y con antecedentes penales, otros se han valido de la crisis que vive Venezuela para solicitar su estatus de refugiados.

<sup>19</sup> Ecuador, Corte Constitucional, «Sentencia» N.º 328-19-EP/20, 24 de junio de 2020.

El análisis al ordenamiento jurídico, nacional e internacional, permite concluir que existe suficiente normativa para exigir al Estado ecuatoriano y a las instituciones de salud públicas y privadas, se respete y garantice el goce efectivo del derecho a la salud de las personas en situación de movilidad humana; sin embargo, por los hechos detallados en esta monografía, toda la normativa es teórica y no práctica; es decir, se encuentra escrita en la ley, pero no se aplica en la realidad. De igual forma, se observa que las políticas públicas establecidas por el Gobierno, son insuficientes para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud integral de los extranjeros en situación de movilidad humana.

## REFERENCIAS

- Aguirre Guzmán, Vanesa, «El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación a los tribunales ecuatorianos», en *Foro, Revista de Derecho*, N.º 14, 2010, PP. 5-43.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*. Naciones Unidas, 1951. <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados*. Naciones Unidas, 1967. <https://www.acnur.org/5b076dcd4.pdf>.
- Asamblea Nacional Constituyente francesa, *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, 26 de agosto de 1789. [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/espagnol/es\\_ddhc.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf).
- Borrero Maldonado, Daniel, *Los instrumentos comerciales internacionales como herramienta del Estado para garantizar el derecho a la salud y el acceso a los medicamentos* (tesis de maestría), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4742/1/T1761-MDE-Borrero-Los%20instrumentos.pdf>.
- Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario de Ciencias Jurídicas*, Buenos Aires, Heliasta, 2012.
- Castillo, Luis, «El sistema de salud en Ecuador», en *Ecuador Decide: Grupo Faro*, 12 de marzo de 2021. <https://elecciones2021.ecuador-decide.org/wp-content/uploads/2021/03/Diagno%CC%81stico-El-sistema-de-salud-en-Ecuador.pdf>.
- Castillo-Sánchez, Luis Alberto, «Una mirada al derecho de acceso a los servicios públicos en tiempos de covid en Ecuador», en *Revista Jurídica Crítica y Derecho*, vol. 3, N.º 4, 2022, pp. 17-28. DOI: <https://doi.org/10.29166/cyd.v3i4.3535>.
- Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, 20 de octubre 2008.
- Ecuador. Corte Constitucional, «Sentencia», Caso n.º 2120-19-JP/21. 27 de septiembre de 2021.
- Ecuador, Corte Constitucional, «Sentencia», Caso n.º 328-19-EP. 24 de junio de 2020.
- Ecuador, Corte Constitucional, «Sentencia», Caso n.º 679-18-JP y acumulados. 5 de agosto de 2020.
- Ecuador. Corte Constitucional, «Sentencia», Caso n.º 983-18-JP/21. 15 de septiembre de 2021.
- Ecuador, Defensoría del Pueblo, «La Defensoría del Pueblo advierte que, a un año de declarada la pandemia de la covid-19, la negligencia del gobierno nacional continúa vulnerando el derecho a la salud de las y los habitantes de Ecuador». Defensoría del Pueblo, 2021. <https://www.dpe.gob.ec/la-defensoria-del-pueblo-advierte-que-a-un-ano-de-declarada-la-pandemia-de-la-covid-19-la-negligencia-del-go>

- bierno-nacional-continua-vulnerando-el-derecho-a-la-salud-de-las-y-los-habitantes-de-ecuad/.
- Ecuador, *Ley Orgánica de Discapacidades*, Registro Oficial 796, Suplemento, 25 de septiembre de 2012.
- Ecuador, *Ley Orgánica de Movilidad Humana*, Registro Oficial 938, 6 de febrero de 2017.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Salud*, Registro Oficial 423, Suplemento, 22 diciembre de 2006.
- Ecuador, Ministerio del Interior, *Indicadores de seguridad ciudadana*, 2018. <http://cifras.ministeriodelinterior.gob.ec/comisioncifras/inicio.php>
- Ecuador, ONU, *Los Objetivos de Desarrollo Sostenible en Ecuador*, Naciones Unidas, 2022. <https://ecuador.un.org/>.
- Goldstein, Mabel, *Diccionario jurídico*, Buenos Aires, Consultor Magno, 2010.
- Kruk, Margaret, E. et al., «Sistemas de salud de alta calidad en la era de los Objetivos de Desarrollo Sostenible: es hora de una revolución», en *The Lancet Global Health*, vol. 6, n.º 11, 2018, p. e1196-e1252. [https://cdn1.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/2445/2019/04/18tlgh0221\\_Spanish\\_translation\\_new.pdf](https://cdn1.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/2445/2019/04/18tlgh0221_Spanish_translation_new.pdf).
- Legarda Sevilla, Mónica y Folleco Chalá, Johnson, «La migración venezolana a Ecuador y su prospectiva», en *Journal of Research in Business and Management*, vol. 7, n.º 1, 2019, pp. 14-21. <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/17311/1/19%20La%20migraci%C3%B3n%20venezolana%20a%20Ecuador%20y%20su%20prospectiva.pdf>.
- ONU, Asamblea General, *Carta de las Naciones Unidas*, 26 de junio de 1945. [https://www.oas.org/36ag/espanol/doc\\_referencia/carta\\_nu.pdf](https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/carta_nu.pdf).
- ONU, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948. [https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR\\_booklet\\_SP\\_web.pdf](https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf)
- ONU, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>.
- ONU, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 16 de diciembre de 1966. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>.
- ONU, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *1 de cada 3 personas en el mundo no tiene acceso a agua potable*, 18 de junio de 2019. <https://www.unicef.org/es/comunicados-prensa/1-de-cada-3-personas-en-el-mundo-no-tiene-acceso-a-agua-potable>.
- ONU, *La salud es un derecho humano: ¿qué significa la cobertura sanitaria universal?* 11 abril 2021. <https://news.un.org/es/story/2021/04/1490682>.
- Organización Mundial de la Salud, *Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (covid-19)*. 13 de mayo de 2021. [https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses?gclid=Cj0KCQiAlsucBhDgARIsAFoytUuYDyH-IBn-YeKGNFA0NPFZ6\\_ePQ-gfl55-sFrumxjaDlg84lBXEe2EaApU2EALw\\_wcB](https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses?gclid=Cj0KCQiAlsucBhDgARIsAFoytUuYDyH-IBn-YeKGNFA0NPFZ6_ePQ-gfl55-sFrumxjaDlg84lBXEe2EaApU2EALw_wcB).
- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Espasa, 2014.
- Rombolá, Néstor Darío y Lucio Martín, *Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales* (5.ª ed.), Buenos Aires, Ruy Díaz, 2007.
- Rosental, M. M. y Iudin P. F., *Diccionario Filosófico*. Lima: San Santiago s.r.l, 2007.
- Sánchez Bayle, Marciano, «El derecho a la salud como derecho fundamental», en *Cultura para la esperanza: instrumento de análisis de la realidad*, N.º 72, 2008, pp. 29-31. <https://www.accionculturalcristiana.org/html/revista/r72/72salu.pdf>.
- Sánchez Borja, Eufemia y Benalcázar Alarcón, Patricio, «El despojo de los derechos en un Ecuador en reversa. Personas en movilidad humana 2017-2021: aportes para



evaluar una ley emblemática», en *NULLIUS, Revista de pensamiento crítico en el ámbito del derecho*, vol. 3, N.º 2, 2022, p. 55-78. DOI: 10.5281/zenodo.6795104.

Shafik, Minouche, «Lo que nos debemos unos a otros: necesitamos un nuevo contrato social que se adapte al siglo XXI». *Finanzas y desarrollo: publicación trimestral del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial*, N.º 2, 2021, p. 53-5. [https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as\\_sdt=0%2C5&q=Lo+que+nos+debemos+unos+a+otros%3A+necesitamos+un+nuevo+contrato+social+que+se+adapte+al+siglo+XXI.+Finanzas+y+desarrollo&btnG=#d=gs\\_cit&t=1671358406964&u=%2Fscholar%3Fq%3Dinfo%3AarYmQNwwXeMJ%3Ascholar.google.com%2F%26output%3Dcite%26scirp%3D0%26hl%3Des](https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=Lo+que+nos+debemos+unos+a+otros%3A+necesitamos+un+nuevo+contrato+social+que+se+adapte+al+siglo+XXI.+Finanzas+y+desarrollo&btnG=#d=gs_cit&t=1671358406964&u=%2Fscholar%3Fq%3Dinfo%3AarYmQNwwXeMJ%3Ascholar.google.com%2F%26output%3Dcite%26scirp%3D0%26hl%3Des).

Valle Franco, Alex, «Breve análisis histórico de la inmigración al Ecuador». *Revista Facultad de Jurisprudencia*, N.º 2, 2017, pp. 1-30. DOI: <https://doi.org/10.26807/rfj.vli2.57>.



## El derecho a la salud en las emergencias sanitarias

Leslit Estefany Machuca Moreno | [iD](#) Investigador independiente (Ecuador)

**RESUMEN** El derecho a la salud está internacionalmente reconocido como un derecho humano que garantiza a las personas el disfrute de una vida digna y con total bienestar. Los ordenamientos jurídicos de distintos países han reconocido la protección al derecho a la salud y lo han establecido como una obligación de los poderes públicos e instituciones estatales para que los ciudadanos puedan hacer uso y acceder a dicho derecho, sin restricción alguna. En muchos países, como es el caso ecuatoriano, se pueden presentar distintas acciones constitucionales como: acciones de protección, medidas cautelares o acciones extraordinarias de protección para poder prevenir, resarcir o mitigar la afectación a este derecho. En el caso español, el derecho a la salud es considerado como un principio rector de la economía y se encuentra vinculado a varios derechos fundamentales, como la integridad física y la vida, por lo que en caso de afectación al derecho a la salud se podría interponer un recurso de amparo hacia los derechos fundamentales para que de manera indirecta se otorgue protección a la salud. Con la aparición del covid-19 se verificó que no solo era necesaria la activación de la vía judicial-constitucional para hacer efectivo este derecho, pues la crisis sanitaria buscaba soluciones más fuertes para poder evitar la propagación del virus. Es así que cada Estado tuvo distintos retos gubernamentales que les obligó a tomar medidas urgentes y necesarias para intentar detener el contagio masivo. A pesar de todas las medidas tomadas, el sistema sanitario se vio colapsado por distintos factores sociales y económicos, esto ha servido de base para reforzar y establecer políticas públicas fuertes que permitan, en un futuro, hacer frente a cualquier situación similar.

**PALABRAS CLAVE** El derecho a la salud, asistencia sanitaria, políticas preventivas, covid-19, conexión de derechos fundamentales.

FECHA DE RECEPCIÓN 30/09/2023 FECHA DE APROBACIÓN 03/11/2023

### Analysis of the crime of femicide suicide in Latinamerica and Spain. Is the difinition necessary?

**ABSTRACT** The pandemic caused by covid-19 has had a big impact on human health rights. This is internationally recognized as a human right, which guarantees people to live and enjoy their life. The legal systems of different countries have recognized the protection of the right to health and have established it as an obligation of public powers and state institutions so that citizens can make use of and access their rights, without any restriction. In many countries, such as in the case of Ecuadorians, many distinct constitutional actions can be brought up, such as: protection actions, cultural means or extraordinary actions to help prevent, mitigate the effect of this right. In the Spanish case, the right to health is considered like a principal to the economy and it can be seen bonded to many fundamental rights such as: the physical integrity and life, which in the case of an effect to the right to health it could interpose an appeal for protection of fundamental rights so that it indirectly grants protection to health. With the appearance of Covid-19, it was verified that it was not only necessary the activation of the judicial constitutional channel to make this right effective. Since the sanitary crisis searched for other solutions to prevent the spread of the virus. Thus, each state had distinct governmental challenges, which obligated and forced them to take immediate and urgent actions which were necessary to prevent and stop the massive contagion. Despite all the measures taken, the sanitary system was seen to be collapses due to several social and economic factors. This has served as a base to reinforce and establish strong public policies, which will allow in the future to deal with any similar situation.

**KEY WORDS** The right to health, healthcare, preventive policies, covid-19, connection with another fundamental rights.

## INTRODUCCIÓN

La salud es un elemento fundamental e indispensable en la vida de las personas para que puedan desarrollarse personal y socialmente. Para que el acceso a la salud fuese considerado como un derecho humano fue necesario la existencia de varios acontecimientos históricos, como la aparición de enfermedades y altas tasas de mortalidad, que obligaron a la sociedad a tomar acciones adecuadas y oportunas. Con dichos antecedentes, la salud fue reconocida en los distintos convenios internacionales y con el tiempo cada Estado ha ido introduciendo este derecho dentro de sus Constituciones y ordenamientos jurídicos.

El Estado español y el Estado ecuatoriano han reconocido a la salud dentro de sus normas supremas y han desarrollado la legislación adecuada para poder ejercitar este derecho. La Constitución española de 1978 ubica al derecho a la protección de la salud dentro del capítulo correspondiente a los Principios Rectores de la Política Social y Económica, mientras que la Constitución ecuatoriana del 2008 articula a este derecho como uno fundamental, ubicándolo dentro de la categoría de derechos que pertenecen al régimen del Buen Vivir, que consiste en la satisfacción de todas las necesidades de las personas en paz y armonía con las diferentes culturas humanas.

Con la llegada de la pandemia de covid-19 se identificaron varios problemas que provocaron una crisis sanitaria, pues ya no solo era necesaria la activación de la vía judicial-constitucional para proteger al derecho a la salud, sino que también se debían tomar acciones y medidas urgentes para poder contener la pandemia, desde un ámbito político gubernamental.

Ambos Estados han desarrollado sistemas de salud que son el resultado de las relaciones institucionales, sociales y económicas encargadas de dirigir los procesos relacionados con la salud de la población. Los sistemas de salud son «distintos» en cada país y esto se debe a las diferentes situaciones por las que atraviesa cada uno: sociales, económicas y políticas.

Es importante manifestar que España es un país miembro de la Unión Europea, posición que le permite tener mayores beneficios frente a varios países latinoamericanos. Esto ha facilitado que el país tenga ayuda y cooperación internacional eficiente, oportuna y estratégica ante cualquier tipo de eventualidad, así mismo, tiene una gran financiación y presupuesto para el gasto público en el sistema sanitario; como resultado de aquello goza de buenas infraestructuras y abastecimiento suficiente de insumos y recursos médicos.

En Ecuador, las medidas con fines de contención de la pandemia fueron las mismas dispuestas en otros países, pero a pesar de haber adoptado dichas medidas, el Estado ecuatoriano no logró cumplir con la planificación por deficiencias presupuestarias destinadas a la salud, esto ocasionó una crisis al sistema sanitario. Además, las brechas sociales y económicas crecieron, reflejándose una gran desigualdad entre los ciudadanos pues no todos podían acceder a centros médicos privados.

Partiendo de estas premisas, el presente artículo ofrece un análisis de los distintos momentos por los que ha atravesado la asistencia sanitaria y cómo la pandemia por covid-19 ha dejado grandes enseñanzas para transformar y mejorar los sistemas sanitarios.

## EL DERECHO A LA SALUD Y SU CONTENIDO CONSTITUCIONAL

El derecho a la salud es un derecho humano reconocido internacionalmente por tratados y convenios internacionales. Entre los más importantes se encuentra la Declaración

Universal de Derechos Humanos, la cual en su artículo 25 señala que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que asegure la salud y su bienestar.

En este sentido, los ordenamientos jurídicos de distintos países han reconocido la protección al derecho a la salud como parte del compromiso con los derechos humanos y lo han establecido como una obligación de los poderes públicos e instituciones estatales para que los ciudadanos puedan hacer uso y acceder a dicho derecho, sin restricción ni discriminación alguna.

El Estado ecuatoriano, para cumplir con los lineamientos internacionales, en el artículo 32 de la norma suprema, textualmente, ha establecido que el derecho a la salud se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva<sup>1</sup>.

Es decir, que el reconocimiento del derecho a la salud tiene un doble carácter: en primer lugar, se aspira a que todas las personas tengan una adecuada calidad de vida, y en segundo lugar, el Estado tiene la obligación de garantizar la accesibilidad y eficacia de todos los servicios de salud, promoviendo políticas para prevenir y controlar cualquier tipo de enfermedades.

Ahora bien, es importante señalar que la Constitución ecuatoriana no es un mero documento político con enunciación de principios, sino una norma jurídica directamente vinculante. El art. 32 de la Constitución de la República del Ecuador se refiere a la salud como un derecho fundamental de resguardo y seguridad, ya que actúa desde un punto de vista protector, disponiendo que la norma infraconstitucional sea la encargada de desarrollar el contenido del derecho.

Escobar Roca manifiesta que la salud es un bien jurídico de carácter constitucional e indica que el derecho a la salud puede protegerse desde dos aspectos distintos. El primer aspecto se refiere a que la salud puede ser protegida desde un ámbito individual (personas y casos específicos, otorgándose asistencia sanitaria y medicamentos), y el segundo aspecto, desde un ámbito público (acciones del Estado dirigidas a proteger la salud colectiva)<sup>2</sup>. En la misma línea, Rodríguez-Rico Roldán afirma que el derecho a la salud obliga a los poderes públicos a abstenerse de poner en peligro la salud de los ciudadanos (obligación negativa) y a llevar a cabo todas las medidas y acciones dirigidas a proteger la salud de la colectividad. Esto permite que el Estado tenga una actitud preventiva y reparadora, ya que en el contenido constitucional del derecho se incluyen acciones colectivas e individuales dirigidas a lograr un nivel sanitario satisfactorio de la población. Es decir, los poderes públicos no solo han de proteger a los ciudadanos frente a los riesgos que puedan perjudicar la salud, sino que también implementarán políticas en las entidades públicas para ofrecer una asistencia sanitaria que garantice la protección de la salud<sup>3</sup>.

Por otro lado, el derecho a la salud tiene estrecha relación con otros derechos fundamentales, conforme lo ha señalado el mismo texto del artículo 32 de la Constitución de la República del Ecuador. Esto permite que su nivel de protección pueda extenderse con el fin de mejorar la calidad de vida de las personas y de esta manera cumplir con el ideal del Buen Vivir.

1 Constitución de la República del Ecuador (2008).

2 Escobar Roca, G., «Los derechos sociales de prestación», en D. Blanquer (coord.) *Covid-19 y derecho público*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021.

3 Rodríguez-Rico Roldán, V., «El sistema multinivel de asistencia sanitaria: tensiones y desafíos en su articulación», Granada, Ed. Comares, 2017, pp. 37-39.

La Corte Constitucional del Ecuador se ha referido a este derecho en la sentencia 364-16-SEP-CC, de 15 de noviembre del 2016, y en lo pertinente concluye que:

«El derecho a la salud constituye un derecho de contenido complejo o diverso, en tanto no puede ser considerado únicamente como la ausencia de enfermedad en un momento determinado; sino que implica también la obligación que tiene el Estado de actuar de forma preventiva por medio de servicios y prestaciones que permitan un desarrollo adecuado de las capacidades físicas y psíquicas de los sujetos protegidos, así como brindar atención médica, tratamiento de enfermedades y suministro de medicamentos a las personas que se ven afectadas en su condición de salud. De igual forma, el derecho a la salud impone la obligación al Estado, por un lado, de fortalecer los servicios de salud pública y, por otro, de asegurar las condiciones para que los ciudadanos puedan acceder de manera permanente a servicios de salud de calidad y calidez sin ningún tipo de exclusión. Por tanto, resulta necesario que el Estado trabaje en el diseño y construcción de políticas públicas que garanticen la promoción y atención integral de los servicios de salud»<sup>4</sup>.

Por lo tanto, conforme han señalado la Constitución y la Corte Constitucional (CC), el Gobierno está en la obligación de vigilar la salud de todos los ciudadanos ecuatorianos, pero para que estos objetivos puedan ser cumplidos se deben dictar y aplicar medidas sanitarias que beneficien las estrategias que son implementadas

No obstante, es importante mencionar que, si bien el Estado tiene la obligación de vigilar la salud de todos los ciudadanos, no podemos caer en la errónea idea de que el derecho a la salud es lo mismo que el derecho a estar sano. La salud depende de diversos factores que quedan fuera del control de los Estados.

### MECANISMOS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Existen diferentes mecanismos que han sido establecidos por la onu, los cuales han permitido realizar supervisiones respecto al cumplimiento de las obligaciones de los Estados. Esto permite que las garantías emanadas de esta Organización prevengan violaciones a los derechos humanos.

En igual sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 16, dispone que todos los Estados miembros deben presentar periódicamente documentación de sus actos cada cinco años. En estos informes deben constar todas las medidas jurídicas, administrativas y judiciales que se hayan tomado con el fin de preservar y asegurar el respeto a los derechos humanos, en este caso, al derecho a la salud.

En España, el derecho a la salud es considerado como un principio rector de la política social y económica<sup>5</sup>, ya que forma parte del capítulo de los principios reconocidos en el capítulo tercero de la Constitución española (ce), siendo así un derecho social. Situación que genera «una protección débil o menos eficaz», sin embargo, existen muchos países que en sus ordenamientos jurídicos internos han reconocido garantías jurisdiccionales con gran fuerza e importancia para que el derecho a la salud pueda ser exigido de manera inmediata.

4 Sentencia 364-16-SEP-CC de 15 de noviembre del 2016 de la Corte Constitucional ecuatoriana.

5 Dalli Almiñana, M., *Derecho a la asistencia sanitaria y derecho a la salud. El sistema nacional de salud español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 18.

## ESPAÑA

El Estado español, mediante el artículo 53 ce, protege tanto los derechos fundamentales del capítulo II del título I, así como también a los principios rectores de la política social y económica del capítulo III del mismo título (como lo es el derecho a la salud). Esta protección implica que los principios rectores tengan garantías menos eficaces que los otros derechos constitucionales estableciendo una clara diferencia al encomendar el respeto del contenido esencial de los derechos reconocidos como «fundamentales», no así para los derechos sociales.

De conformidad con el artículo mencionado existe una protección judicial de los derechos constitucionales en distintas escalas:

1. Puede interponerse un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en los derechos establecidos en los arts. 14 a 29 ce.
2. Los derechos del capítulo III título I (donde se encuentra el derecho a la protección de la salud) solo se pueden interponer ante la jurisdicción ordinaria conforme la ley que lo desarrolla lo disponga.

Además, se debe señalar que el art 50.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional admite recursos de amparo en aquellos supuestos en que exista una especial trascendencia constitucional.

En este contexto y como se ha manifestado en líneas anteriores, el derecho a la salud y el derecho a la asistencia sanitaria tienen conexión con el derecho a la vida, integridad física y otros derechos fundamentales, puesto que si existe vulneración del derecho a la salud pueden quedar afectados estos derechos mencionados.

Para Díaz Crego, el Tribunal Constitucional español protege de manera indirecta ciertos derechos sociales e indica que reclamar la protección de un derecho social en relación con el principio de igualdad y de prohibición de discriminación reconocido en el artículo 14 permite analizar en sede judicial si las condiciones de acceso o de ejercicio a un derecho social han sido discriminatorias para una persona o un grupo determinado<sup>6</sup>.

Conforme a lo establecido, el derecho a la salud también se ha visto protegido por su conexión con otros derechos fundamentales, específicamente con el derecho a la integridad personal cuando existe un grave peligro para la misma, así lo afirmaron las sentencias stc 35/1996, de 11 de marzo, y 33/2011, de 28 de marzo. De igual manera, se han presentado casos donde existe vulneración al derecho a la inviolabilidad del domicilio que puso en riesgo la salud y la integridad física de las personas, como es el caso López Ostra.

La protección del derecho a la salud debe ser interpretada en relación con otros derechos fundamentales conexos, pues es una forma de garantizar su seguridad mediante la vía constitucional. Si bien el derecho a la salud no es susceptible de recursos de amparo ni permite interponerse ante el Tribunal Constitucional, existen otros derechos fundamentales con contenido normativo que permiten que el derecho a la salud se desarrolle y pueda ser interpretado en vinculación a esos derechos.

## ECUADOR

A diferencia del ordenamiento jurídico español y como se ha expresado en líneas anteriores, en Ecuador se reconocen los derechos sociales como derechos fundamentales,

<sup>6</sup> Díaz Crego, M., «El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales», en *Revista de los Derechos Sociales*, N.º 121, 2012, p. 50.



incluido el derecho a la salud, por lo que su protección judicial encuentra un blindaje constitucional mucho más fuerte y eficaz. La Constitución del 2008 da gran importancia y relevancia a las garantías protectoras de los derechos fundamentales y las concibe de manera integral, siendo denominadas «garantías jurisdiccionales». Las referidas garantías se encuentran establecidas en la Constitución y desarrolladas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Estas garantías corresponden a un título independiente de los derechos y no se restringe a lo judicial.

En este sentido, el derecho a la salud está garantizado completamente por el Estado. En cuanto a las normas, el legislador y cualquier otra autoridad con competencia normativa tiene el deber de desarrollar y no restringir el derecho a la salud. En cuanto a las políticas públicas, la administración pública solo podrá realizar programas, planes y proyectos encaminados a promover y proteger la salud y, por último, si es que las leyes son inconstitucionales por violar el derecho a la salud o los actos administrativos o las políticas públicas violan el derecho a la salud, se puede demandar ante un juez su corrección y la reparación del daño, si lo hubiere.

Por lo tanto, no existe, en otras palabras, poder del Estado que no sea garante de los derechos reconocidos en la Constitución, y tampoco existe derecho alguno que no pueda ser exigido. El enunciado de que el máximo deber del Estado es proteger los derechos (art. 11.9) cobra, según lo expuesto, el máximo sentido<sup>7</sup>.

## LAS EMERGENCIAS SANITARIAS EN LA NORMATIVA COMPARADA

En el siglo xvii, la peste negra fue una de las epidemias más devastadoras de la historia que afectó a Eurasia matando a millones de personas en el proceso, esto provocó que varias localidades quedaran totalmente despobladas. En los últimos 200 años también existieron otras pandemias como la del cólera y la gripe española que aparecieron en los siglos xix y xx, respectivamente. Cada una de estas pandemias provocó un impacto significativo tanto en la historia como en la forma con la que afrontó la salud pública.

Sin embargo, es importante preguntarse ¿si todas estas experiencias en crisis de salud han influido en la forma en cómo los Estados han manejado las pandemias en la actualidad?

Para responder a la interrogante hay que mencionar que en el siglo xxi, específicamente a finales del 2019 e inicios del 2020, aparece el covid-19 considerada una enfermedad infecciosa causada por un coronavirus denominado sars-cov-2.

El brote de covid-19 provocó que el 30 de enero del 2020, la Organización Mundial de la Salud (oms) declare una emergencia de salud pública de preocupación internacional. Posteriormente, el 11 de marzo del 2020, la oms declaró de manera oficial la realidad de la pandemia. Esta enfermedad, al igual que las anteriores pandemias, acabó con la vida de millones de personas ya que nadie estaba preparado para enfrentar una crisis sanitaria de tal magnitud, pues tuvo un tiempo de duración promedio a nivel mundial de dos años y medio. Algunos países actuaron con prontitud y lograron poner fin a la pandemia mucho antes que otros países.

Es cierto que a lo largo de los últimos tres siglos se ha visto la aparición de varias pandemias, una por cada siglo, y a pesar de que se han intentado implementar medidas sanitarias de prevención, no se ha logrado el objetivo deseado que es evitar que una enfermedad se vuelva una pandemia.

<sup>7</sup> Ávila Santamaría, R., *El derecho a la salud en el contexto del buen vivir*, Quito, Cevallos, 2018, pp. 180-194.

La gran diferencia del covid-19 con las otras pandemias es la globalización, el aumento de comercio y viajes internacionales; todo esto provocó que la enfermedad se propagara inmediatamente. Por otro lado, el intercambio de información mediante las redes sociales permitió la difusión y circulación de imágenes e información alrededor del mundo. Es así como cada ciudadano era conocedor de cómo avanzaba la enfermedad y las medidas sanitarias que cada país había tomado.

A pesar de que las pandemias han sido difíciles de prevenir y controlar en el pasado, la ciencia y la tecnología han avanzado considerablemente lo cual supone que en el siglo XXI cada país debió haber tenido un programa o política de contingencia, prevención y respuesta a pandemias o desastres de salud pública.

## ESPAÑA

### a) Medidas generales para la contención de pandemia por covid-19

Tras haberse declarado la pandemia, la primera medida que toma el Gobierno del Estado español es el día 14 de marzo del 2020, declarando el Estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el covid-19, mediante el Real Decreto 463/2020<sup>8</sup>. Esta medida fue tomada conforme los requisitos establecidos en la Ley Orgánica 4/1981 de los estados de alarma, excepción y sitio.

Se aplicaron varios métodos para evitar que la enfermedad se siguiera propagando, pero esto conllevó que se limitasen otros derechos fundamentales. Uno de estos derechos fue la libertad de circulación, reconocido en el art. 19 ce, aunque había ciertas actividades, recogidas en el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, que podían realizarse y que permitían la circulación<sup>9</sup>. Al mismo tiempo se dispuso el cierre de establecimientos cuyas actividades eran consideradas como no esenciales y que suponían el riesgo de contagio, lo que provocó pérdidas económicas. Se tomaron medidas para fortalecer el sistema nacional de salud en todo el país y para asegurar el suministro de bienes y servicios para la protección de la salud pública<sup>10</sup>.

Pese a las medidas tomadas en el primer estado de alarma, el covid-19 seguía contagiando a miles de personas y el Estado, para responder a esta situación, decidió tomar nuevas decisiones y, con fecha 30 de septiembre del 2020, se emitió la Resolución sobre la Declaración de Actuaciones Coordinadas en Salud Pública y se incluyeron las siguientes medidas:

- Limitar la entrada y salida de los municipios que tengan más de 100.000 habitantes. Esta medida tuvo ciertas complicaciones en los municipios de la Comunidad de Madrid ya que para que proceda esta limitación era necesario una ratificación o autorización judicial pues la referida medida no podía restringir el derecho fundamental a la libre circulación.
- Limitación a reuniones o eventos familiares. Solo podían participar un máximo de 6 personas que no convivieran en el mismo domicilio. Esta medida se basó en la premisa de que las reuniones familiares y sociales eran un punto fuerte de transmisión del virus.

<sup>8</sup> BOE núm. 67 de 14 de marzo de 2020.

<sup>9</sup> BOE núm. 67 de 14 de marzo de 2020.

<sup>10</sup> Ordóñez Casado, M., *La normativa aplicable al derecho a la asistencia sanitaria y la protección de la salud desde su evolución histórica hasta el impacto de la pandemia y su interpretación post covid-19*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 312.

Ahora bien, es importante hacer una reflexión rápida sobre la conexión de los estados de alarma con los derechos fundamentales en España, pues se debe mencionar que la declaración de un estado de alarma no supone la suspensión de derechos o libertades fundamentales que se encuentran reconocidos en el capítulo ii título i de la Constitución española, a diferencia de los estados de excepción y sitio.

A pesar de que la norma constitucional prohíbe la suspensión de los derechos fundamentales, el art. 11 de la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio de los estados de alarma, excepción y sitio (loaes) permite que se adopten medidas que limitan estos derechos y en lo pertinente dispone que las autoridades competentes puedan:

- Limitar la circulación de personas y vehículos en ciertas horas y lugares.
- Realizar requisas temporales de todo tipo de bienes.
- Intervenir y ocupar temporalmente industrias o talleres informando de ello a los ministerios competentes. Quedan exceptuados domicilios privados.
- Impartir órdenes para asegurar el abastecimiento de insumos afectados. En el caso de la crisis sanitaria se relaciona con el artículo 12 de la misma ley orgánica que en lo pertinente manifiesta: «las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas».

Los estados de alarma se dictaron para preservar el derecho a la salud, pero preveían de forma implícita la limitación al derecho de la libertad de circulación (art. 7), la posibilidad de imponer requisas de bienes o prestaciones personales (art. 8), la suspensión de actividades educativas (art. 9) y suspensión de actividades comerciales, culturales, hoteleras entre otras (art. 10)<sup>11</sup>, pues así lo afirmó el Tribunal Constitucional mediante la sentencia 148/2021, de 14 de julio<sup>12</sup>, en el que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad N.º 2054-2020, interpuesto por más cincuenta diputados del Congreso de los Diputados contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

El Tribunal Constitucional mediante la referida sentencia ha señalado que el supuesto que habilita para declarar el estado de alarma es un infortunio natural, no un grave riesgo para el orden constitucional o la soberanía nacional, que podría provocar la suspensión de ciertos derechos fundamentales mediante un estado de excepción y conforme lo establece el art. 55.1 ce, recordando que en el estado de alarma se pueden limitar los derechos fundamentales, pero no suspenderlos. A la vez trae a colación las sentencias sstc 55/1996, de 28 de marzo, 99/2019, de 18 de julio, y 24/2015<sup>13</sup>, para realizar un examen de proporcionalidad entre el derecho a la vida y a la salud frente al derecho de libertad de circulación e indica que «en el supuesto que se examina, todas las medidas impugnadas tienen un elemento común que se encuentra recogido en el preámbulo de los reales decretos, esto es, evitar el contagio entre ciudadanos dada su enorme tasa de mortalidad y la saturación del sistema sanitario. Además, señala que no existe en ninguna parte del mundo una medida alterna que permita evitar la propagación de la enfermedad, diferente al aislamiento de los ciudadanos; y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el auto 40/2020»<sup>14</sup>. Es decir, que el Tribunal Constitucional recuerda que la declaración de un estado de alarma permite la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a ciertos derechos (stc 83/2016). También aplica la teoría de la limitación de los derechos cuando entran en conflicto con otros (derecho a la vida y a la salud, vinculados al correcto funcionamiento del sistema sanitario). El artículo 19 ce recoge, a contrario, esta posibilidad de limitación, pues dispone que «este derecho no podrá ser limitado

11 Cierco Seira, C., «El letargo de la Ley General de Salud Pública», en L. Salamero Teixido (coord.), *Retos del derecho a la salud y de la salud pública en el siglo XXI*, LLEIDO, ARANZADI, 2022, pp. 135-146.

12 STC 148/2021, de 14 de julio.

13 SSTC 55/1996, de 28 de marzo, 99/2019, de 18 de julio y 24/2015.

14 STC 148/2021, de 14 de julio.

por motivos políticos o ideológicos», de modo que no excluye la limitación por razones de crisis sanitaria.

### **b) Medidas en relación con la asistencia sanitaria**

Los profesionales de la salud tuvieron una doble actuación en este contexto, ya que fueron considerados en primer lugar como sujetos de acción en la atención sanitaria, puesto que debían cuidar con una adecuada diligencia a los pacientes infectados e intentar evitar la transmisión del virus. Ellos estuvieron siempre en primera línea, a tal punto que hubo escasez de estos profesionales de salud debido a la alta demanda de atención médica que existió. En segundo lugar, fueron sujetos susceptibles a contagiarse de dicho virus por lo que era necesario que contasen con todas las medidas sanitarias para poder atender a los pacientes.

El Real Decreto 21/2020 en su art. 28 establece las medidas para garantizar las capacidades del sistema sanitario y dispone que: «Las administraciones competentes velarán por garantizar la suficiente disponibilidad de profesionales sanitarios con capacidad de reorganización de los mismos de acuerdo con las prioridades en cada momento. En particular, garantizarán un número suficiente de profesionales involucrados en la prevención y control de la enfermedad, su diagnóstico temprano, la atención a los casos y la vigilancia epidemiológica»<sup>15</sup>, de igual manera se dispuso que cada comunidad autónoma, hospitales públicos y privados tengan planes internos de contingencia ante la pandemia.

La Comisión Europea presentó una estrategia europea de vacunas el 17 de junio del 2020 con el fin de acelerar la fabricación y utilización de vacunas que contuvieran la medicina pertinente para atacar al covid-19. Esto supuso que todos los países europeos, como España, pudieran acceder equitativamente y en igualdad de condiciones a la obtención de este medicamento<sup>16</sup>.

El 26 de diciembre del 2020 llegan a España las primeras dosis de vacunas desarrolladas por los laboratorios Pfizer y BioNTech y se inicia la repartición de dichas dosis de forma equitativa en cada comunidad autónoma. El 27 de diciembre del mismo año comienza la vacunación en toda España, siendo una estrategia coordinada y acordada por todos los Estados miembros de la Unión Europea. Se estableció que llegaron 350.000 dosis de vacunas semanales, por lo que en tres meses se inmunizó a 2.295.638 personas<sup>17</sup>.

La estrategia de vacunación contra el covid en España se dio en tres etapas. En la primera se priorizó a grupos de población considerados de primera necesidad, como los residentes y personal sanitario en residencias de personas mayores y con discapacidad; el personal sanitario de primera línea; otro personal sanitario y grandes dependientes no institucionalizados. El Ministerio de Sanidad informó que hasta el 27 de abril del 2023 se había vacunado a 40.737.245 personas en España.

15 BOE núm. 163 de 10 de junio de 2020.

16 Estrategia Europea de Vacunas frente a la covid-19, extraído de <https://www.aemps.gob.es/la-aemps/ultima-informacion-de-la-aemps-acerca-del-covid%E2%80%9119/vacunas-contrala-covid%E2%80%9119/estrategia-europea-de-vacunas-frente-a-la-covid19/#:~:text=El%20Gobierno%20de%20Espa%C3%B1a%20aprob%C3%B3,espa%C3%B1olas%20al%20resto%20del%20mundo> y consultado el 12 de agosto de 2023.

17 Ministerio de Sanidad, «Gestión integral de la vacunación covid-19». 27 de agosto de 2023, extraído de [https://www.sanidad.gob.es/en/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Informe\\_GIV\\_comunicacion\\_20230428.pdf](https://www.sanidad.gob.es/en/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Informe_GIV_comunicacion_20230428.pdf) y consultado el 12 de mayo de 2023.

### *Aspectos positivos*

Si bien todas las personas que tuvieron síntomas de covid-19 y que estuvieron contagiadas del virus tenían acceso rápido y eficaz a los hospitales públicos y privados, es necesario preguntarse ¿cómo se garantizó el acceso a la salud del resto de personas que padecían de otro tipo de enfermedades durante el período de pandemia?

Se debe mencionar que las nuevas tecnologías han otorgado un avance y desarrollo en el sistema de salud, pues han ayudado a facilitar que las personas puedan acceder a consultas médicas sin necesidad de acudir a un centro hospitalario. Las llamadas consultas telemáticas consisten en que los profesionales de la salud puedan atender a sus pacientes mediante las distintas plataformas (videollamadas) por lo que se instalaron sistemas de redes privadas virtuales (vpn) que permitieron y permiten emitir las recetas médicas correspondientes, descargar historiales médicos y otros<sup>18</sup>. Esto admitió que toda aquella persona que se encontrase enferma por una razón distinta al covid-19 pudiera acceder de manera ágil, eficaz y sin riesgo de contagio a una consulta médica.

### *Aspectos negativos*

Las personas que padecen de enfermedades catastróficas, como el cáncer, diabetes, cerebrovasculares, cardiopatías e insuficiencia renal requieren de atención médica a lo largo del tiempo pues desde el día uno que conocen de su enfermedad se les asigna personal médico que los atiende durante todo tratamiento, a esto se lo conoce como medicina longitudinal<sup>19</sup>.

Estas personas requieren de cuidados más específicos y no todas las personas están capacitadas para atenderlos, es así que necesitan de sus médicos de cabecera en todo momento. Con la pandemia, varios profesionales de salud fueron trasladados a otros centros hospitalarios para que cubrieran las necesidades que demandaba la crisis sanitaria, esto provocó que varios pacientes de enfermedades catastróficas sean atendidos por nuevo personal médico que no conocía su historial clínico. La prioridad en la atención a pacientes con covid-19 llevó demoras y retrasos en la prestación médica para los otros pacientes, experimentado dificultades para poder acudir a los hospitales y centros de salud.

## ECUADOR

### **a) Medidas generales para la contención de pandemia por covid-19**

En América Latina, la pandemia de covid-19 se desarrolló en un contexto marcado por la desigualdad social que trae consigo un conjunto de ejes que estructuran dicha desigualdad: género, etnia, raza, edad, territorio, etc., afectando particularmente a determinados grupos. Existen ciertas condiciones que son consideradas como los «determinantes sociales de salud» y se traducen en las circunstancias en que cada persona nace, crece, vive y envejece; todo esto se ve influenciado por los factores socioeconómicos de cada persona como: la educación, acceso a la atención médica, o el entorno social,

18 Trillo García, A., «El impacto del covid-19 sobre la gestión de sanidad en España. Implicaciones de presente y de futuro y papel de las entidades locales», en M. Fernández Ramírez (dir.), *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia covid-19*, Pamplona, Aranzadi, 2021, pp. 489-535.

19 Vásquez Canales, L., *Los pilares de la atención primaria en tiempos de covid-19*, Pamplona, Aranzadi, 2021, pp. 122-129.

entre otros. Estas desigualdades se volvieron más evidentes durante la pandemia afectando a aquellas personas con desventajas sociales y económicas.

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (cepal) ha indicado que los sistemas de salud en los países latinoamericanos no tienen financiamiento suficiente y presentan limitaciones financieras, lo que provoca fragilidad y vulnerabilidad frente a las crisis y a las emergencias.

Actualmente, Ecuador es uno de los países que se identifica por tener un gasto público inferior al de otros países. El déficit de inversión pública en el área de salud se traduce en una escasez de recursos humanos con una disponibilidad promedio de 20 médicos por cada 10.000 habitantes<sup>20</sup>. Esto genera una limitación en el derecho a la salud de los ciudadanos, ya que deben acudir al sector privado para tener una atención médica oportuna y eficiente, y muchas personas no tienen los recursos económicos suficientes para pagar los altos costes de hospitales y clínicas privadas. Esta situación aumenta el empobrecimiento de quienes ya tienen bajos recursos económicos o se encuentran en un estado de vulnerabilidad. A la vez, su estado de salud se vuelve más precario y necesitan mayor atención sanitaria.

Si bien antes de la pandemia ya existía un déficit de inversión en la salud, la llegada del covid-19 aumentó la evidencia de la falta de recursos, pues se presentó una saturación de los servicios de salud. En consecuencia, una gran parte de la población ecuatoriana no pudo tener acceso al derecho a la salud que se encuentra reconocido en el art. 32 cre.

La primera medida y procedimiento que tomó el Estado para hacer frente a esta pandemia fue a través del Decreto n.o 1017 que declaró el estado de excepción en todo el territorio nacional y permitió adoptar las medidas necesarias y urgentes para la protección de la salud de las personas.

Antes de analizar el referido decreto es importante mencionar que en Ecuador solo hay una forma de estado de excepción y se da cuando la situación conlleva agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. Se encuentra reconocido en el art. 164 de la cre. Se diferencia, por tanto, del derecho de excepción del Estado español que, mediante su Constitución, reconoce tres tipos de excepción, dependiendo de la naturaleza de las circunstancias: alarma, excepción y sitio

El referido Decreto n.o 1017 dispuso que todas las personas y entidades, sean públicas o privadas, que debiesen prestar servicios básicos de salud y seguridad, obligatoriamente otorgasen un acceso rápido y eficaz a los mismos. Se suspendieron las jornadas presenciales de trabajo y se dispuso que el Ministerio de Salud realizase un informe sobre la atención y evolución de las personas que tuvieran el virus. Este decreto condujo a que se suspendiesen otros derechos fundamentales: la libertad de tránsito, la libertad de asociación y de reunión, reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador.

Si bien la suspensión de dichos derechos fundamentales sirvió para precautelar la salud de los ciudadanos, el Decreto n.o 1017 no establecía un régimen sancionador para aquellas personas que incumpliesen con dichas disposiciones.

El Centro de Operaciones de Emergencias ecuatoriano (coe) dictó la Resolución n.o 021-2020, en la cual se dispone que los policías puedan emitir órdenes de prohibición contra aquellas personas que se encontrasen incumpliendo con el decreto. No obstante, las sanciones no eran de carácter administrativo, sino de carácter punitivo, pues se les aplicaba el art. 282 del Código Orgánico Integral Penal, debiendo cumplir una pena privativa de libertad de 1 a 3 años por no acatar las decisiones de las autori-

20 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), «La prolongación de la crisis sanitaria y su impacto en la salud y el desarrollo social». Extraído de [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/47301/1/S2100594\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/47301/1/S2100594_es.pdf) y consultado el 12 de mayo del 2023.

dades competentes. Esto provocó que el 70% de personas que fueron llamadas a juicio pudiesen solicitar medidas sustitutivas a la prisión, pero el 30% restante tuvieron que cumplir penas carcelarias. El Decreto n.º 1017 tampoco estableció medidas respecto a la obtención y posterior distribución de insumos médicos, como medicamentos, personal de salud y recursos afines (tanques de oxígeno, cuartos de cuidados intensivos, mascarillas, guantes, alcohol, etc.). Pues los hospitales públicos colapsaron en el primer mes de pandemia y los altos costes de clínicas privadas no permitían que todas las personas tuvieran acceso a los servicios de salud. Esto conllevó a que en el primer mes de pandemia existan centenares de víctimas mortales y miles de personas contagiadas.

El Decreto n.º 1017 tuvo un plazo de 60 días y fue prorrogado por 30 días más como lo permite la Constitución. Posteriormente, el 16 de junio del mismo año el Gobierno emitió el Decreto n.º 1021, mediante el cual se estableció un nuevo estado de excepción por 60 días y al igual que el decreto anterior fue prorrogado por 30 días más, terminando su vigencia el 12 de septiembre del 2020, sin posibilidad de extenderlo por resolución de la Corte Constitucional.

Una vez concluido el estado de excepción, el Centro de Operaciones de Emergencias (coe) emitió la Resolución n.º 040-2020, mediante la cual se descentralizó el manejo de la crisis sanitaria a cada provincia con la finalidad de impulsar normas de prevención y control para contener el contagio masivo del virus. En consecuencia, se flexibilizaron las medidas de confinamiento y se reanudaron ciertos trabajos de manera presencial con la obligatoriedad del uso de mascarillas y desinfección de todo lugar cerrado.

Ahora bien, es menester señalar que la norma constitucional establece que el Estado ecuatoriano garantizará el efectivo goce de los derechos reconocidos en el título ii: Derechos Fundamentales (desde el art. 10 hasta el art. 83 cre). Sin embargo, cuando existan motivos por los que se deba decretar un Estado de Excepción, el Gobierno puede suspender o limitar el ejercicio de los siguientes «derechos de libertades» (terminología reconocida en la cre):

- Inviolabilidad del domicilio, reconocido en el art. 66 numeral 22 cre.
- Inviolabilidad de correspondencia, reconocido en el art. 66 numeral 21 cre.
- Libertad de tránsito, reconocido en el art. 66 numeral 14 cre.
- Libertad de asociación y reunión, reconocido en el art. 66 numeral 13 cre.
- Libertad de información, reconocido en el art. 16 cre.

Para la suspensión de dichas libertades consideradas como derechos fundamentales se deben aplicar los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, pues así lo establece el art. 164 CRE.

La Corte Constitucional mediante el Dictamen n.º 1-20-EE/20, declaró la constitucionalidad del Decreto n.º 1017 que limitaba el derecho a la libertad de tránsito, asociación y reunión, aplicando los principios constitucionales de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, y determinó que el Estado ecuatoriano al encontrarse ante una crisis sanitaria por la pandemia de covid-19, debía proteger el derecho fundamental a la salud reconocido en el art. 32 cre, derecho que se vincula al ejercicio de otro derecho fundamental: la vida. Finalmente, concluye que existe una justificación razonable y proporcional para que prevalezca el derecho a la vida y a la salud sobre los derechos de libertad<sup>21</sup>.

21 Dictamen 1-20-EE/20 dictado por la Corte Constitucional ecuatoriana.

## b) Medidas en relación con la asistencia sanitaria

A pesar de que el Centro de Operaciones de Emergencias (coe) había dispuesto que cada provincia tomase las medidas correspondientes, los casos de contagio iban en aumento, con colapsos de clínicas y hospitales. El coe y el Ministerio de Salud emitieron varias resoluciones para detener «poco a poco» la propagación del virus.

En un principio se emitieron un conjunto de medidas de salud pública; entre las que destacan el uso de mascarillas, de gel antiséptico, el distanciamiento social, el confinamiento, etc., medidas que debían ser acatadas por todos los ciudadanos. Para cumplir con estas medidas, las personas debían adquirirlas en farmacias, tiendas o supermercados, puesto que el Estado no garantizaba la distribución de estos productos. Debido a la alta demanda de estos artículos, los proveedores subieron los precios en tal magnitud que una mascarilla costaba alrededor de usd 0,60 para los particulares<sup>22</sup>.

Esto provocó que no todas las personas pudieran comprar los mencionados productos, evidenciándose la desigualdad social y la consecuente mayor afectación del derecho de acceso a la salud entre quienes tenían menos recursos. Si bien el Estado no era proveedor de los referidos insumos sanitarios para particulares, debía tomar acciones eficaces y emitir la normativa correspondiente para regular y controlar los precios de dichos productos.

En este contexto, el Estado incumplió con lo dispuesto en el art. 363 numeral 7 que dispone: «Garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces, regular su comercialización y promover la producción nacional y la utilización de medicamentos genéricos que respondan a las necesidades epidemiológicas de la población. En el acceso a medicamentos, los intereses de la salud pública prevalecerán sobre los económicos y comerciales».

La misma situación se repitió con las pruebas PCR que servían para determinar si las personas estaban contagiadas o no de covid-19, pues los laboratorios establecían precios altos de 120 a usd 200 por cada prueba. Tenemos, de otro lado, al personal sanitario, que era considerado «grupo de primera línea», pues debían atender a todas aquellas personas contagiadas de covid-19. El Estado también debía haber precautelado la salud de los profesionales médicos, otorgándoles los insumos necesarios para poder afrontar la pandemia.

El Ecuador tiene un sistema de salud débil que se caracteriza por el déficit de financiamiento y falta de inversión pública en dicha área; esto produce la escasez de recursos para un buen funcionamiento del sistema. Al enfrentarse a la pandemia, el Estado ecuatoriano no tuvo otra opción más que aumentar el gasto público en la salud para poder adquirir y dotar de insumos necesarios a los profesionales de primera línea (mascarillas, gel sanitario, alcohol), asimismo, tuvo que contratar más personal sanitario, mediante la modalidad de «prestación de servicios ocasionales». Esto ocasionó varios escándalos públicos de corrupción y despilfarro económico en las distintas institucionales del país ya que la mayoría de las autoridades de los hospitales, centros médicos y otras entidades compraban los insumos médicos sin tomar en cuenta las guías referenciales ni comparación de precios<sup>23</sup>.

En esta línea, el Observatorio de Derechos y Justicia del Estado ecuatoriano señaló que las autoridades pagaron altos precios que oscilaban entre 2 y 12 dólares por una sola mascarilla, por un traje de protección entre 13 y 80 dólares y por una funda de embalar cadáveres entre 20 y 150 dólares. La Contraloría General del Estado ecuatoriano verificó que entre marzo y mayo del 2020 se realizaron compras por 92,2 millones de

22 Diario El Comercio, «El COE endurece medidas por aumento de casos de covid-19, las UCI están al 95%». Extraído de <https://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador/restriccion-bebidas-alcoholicas-guayaquil-covid19.html> y consultado el 13 de mayo del 2023.

23 Torres Grande, A., «Aumentos de hasta 681% en mascarillas, trajes y fundas de cadáveres». Extraído de <https://www.codigovidrio.com/code/aumentos-de-hasta-el-681-en-mascarillas-trajes-y-fundas-de-cadaveres/> y consultado el 13 de julio del 2023.



dólares a través del régimen de emergencia, sin antes haberse realizado un concurso público previo de proveedores de dichos artículos<sup>24</sup>.

Las compras públicas están definidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (losncp) y en el art. 57 establece que en un régimen de emergencia la máxima autoridad institucional puede contratar de manera directa y bajo su responsabilidad las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieran para superar la emergencia. Incluso puede contratar con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías<sup>25</sup>. Con la emergencia sanitaria se eliminaron todos los filtros establecidos en la referida ley para régimen común y especial, como estudios de factibilidad, necesidad y convocatoria a presentación de ofertas y un concurso público. Si bien el Estado aumentó el presupuesto en el área de salud, la adquisición de insumos se volvió un «negocio» para las autoridades de las instituciones de sanidad, existiendo una evidente despreocupación por garantizar una eficiente atención de salud en la época de la pandemia.

Los insumos médicos se iban acabando rápidamente y, debido a los escándalos de corrupción, el Estado ya no tenía los recursos económicos suficientes para poder abastecerse nuevamente de artículos de sanidad. Esto provocó que los mismos profesionales de la salud compraran sus propios insumos de sanidad para precautelar su salud. De igual manera, los familiares de los pacientes contagiados debían conseguir la medicación necesaria para que pudieran seguir con los tratamientos correspondientes.

### c) Medidas sanitarias tomadas por los pueblos indígenas

El art.1 de la cre reconoce que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social y democrático, intercultural, plurinacional y laico. De acuerdo, al Consejo de Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (conepe) existen en el país 14 nacionalidades y 18 pueblos indígenas kichwas, conformado por 1.019.176 habitantes indígenas en todo el territorio nacional.

El art. 360 cre establece que el Estado garantizará la salud mediante todas sus instituciones con base en la atención primaria de salud y promoverá la complementariedad con las medicinas ancestrales. De la misma manera el art. 363 numeral 4 cre dispone que el Estado garantizará las prácticas de la salud ancestral mediante el reconocimiento y respeto del uso de sus conocimientos.

En este contexto, se debe indicar que existen diversos grupos de indígenas y cada uno tenía una perspectiva distinta respecto al covid-19 y su vacunación. Históricamente estos grupos han utilizado medicamentos ancestrales para combatir cualquier enfermedad como parte de sus prácticas tradicionales en el ámbito de la salud.

Los indígenas que viven en el campo tenían información errónea sobre la pandemia, pues se difundía contenido falso que generó dudas respecto al tratamiento en los casos de contagio. Lo positivo de residir en aquellas zonas alejadas fue que solo el 10% de la población indígena se contagió de covid-19. Para el tratamiento contra virus muchos de ellos recurrieron a los medicamentos ancestrales por su conexión con la naturaleza y el conocimiento tradicional. Varias comunidades tienen una relación estrecha con el medioambiente y utilizan plantas medicinales y recursos naturales que consideran que tienen propiedades curativas<sup>26</sup>.

24 Observatorio de Derechos y Justicia, «La corrupción en tiempos de covid-19, la otra pandemia del Ecuador». Extraído de <https://odjec.org/wp-content/uploads/2021/04/Corrupcion-y-covid-19.pdf> y consultado el 7 de mayo del 2023.

25 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ecuatoriano

26 Vacas Cruz, O., «¿Cómo usan los indígenas las plantas medicinales para aliviar los síntomas del coronavirus?». Extraído de <https://elpais.com/planeta-futuro/2020-10-26/lo-que-pueden-aportar-las-plantas-medicinales-a-la-lucha-contra-el-coronavirus.html> y consultado el 15 de mayo del 2023.

Si bien el Estado ecuatoriano respeta y valora todos los conocimientos ancestrales de los grupos indígenas, se debe hacer un análisis de ponderación cuando exista una crisis de pandemia, pues muchos indígenas murieron debido a la falta de atención médica ya que preferían los medicamentos ancestrales que la medicina moderna. Es importante que vayan adoptando e integrando los remedios tradicionales con los tratamientos contemporáneos.

Con la llegada de las vacunas al país, muchos indígenas rechazaron dicha herramienta para enfrentar al covid-19 debido al desconocimiento, desconfianza y las barreras lingüísticas y culturales. Sin embargo, el Ministerio de Salud Pública en coordinación con la Secretaría de Derechos Humanos lanzó una campaña informativa, educacional y de concienciación en los pueblos y nacionalidades indígenas. La campaña permitió que se realizasen diálogos con dichos grupos y se resolvieran las inquietudes y mitos sobre la vacuna.

Se plantearon diversas estrategias comunicacionales adaptadas a los diferentes contextos con absoluto respeto a la autonomía y a los sistemas de saberes propios de cada comunidad y se coordinó con los líderes indígenas para que se informase que las vacunas son gratuitas. En este contexto, el art. 362 cre reconoce que «Los servicios públicos estatales de salud serán universales y gratuitos en todos los niveles de atención y comprenderán los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación necesarios». Todo esto permitió que el plan de vacunación avance de manera significativa en estos grupos obteniéndose hasta la actualidad una cobertura del 85% de estas poblaciones.

## **LAS EMERGENCIAS SANITARIAS Y SU IMPLICACIÓN EN EL FUTURO**

Los enfoques de cada país varían según sus necesidades, así como su población, estructura, presupuesto, situación política, entorno social, etc. Existen, sin embargo, ciertas soluciones comunes que podrían ser eficientes para que se dé un verdadero cambio y avance positivo en la salud:

- Coordinación internacional.
- Fortalecimiento de los sistemas de salud.
- Enfoque en la atención primaria de salud.
- Telemedicina o salud digital

Actualmente, el reto de crear sistemas de salud innovadores y sostenibles exige un diseño mejorado de los servicios y una mayor vinculación entre la salud y la asistencia social. Señalaba López Casanovas que «la primera línea de actuación para garantizar la sostenibilidad de los sistemas nacionales de salud es gastar menos», pero esto no implica que existan recortes de presupuestos o de los recursos, sino disminuir la incidencia de enfermedades mediante actividades y políticas de prevención. La segunda línea de actuación se centra en gastar los recursos de mejor manera<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> López Casanovas, G., «La economía, la innovación y el futuro del sistema nacional de salud», *Dialnet*, Barcelona, 2017, p. 218.

## CONCLUSIONES

A lo largo de la historia el hombre ha manifestado su inquietud por alcanzar a mejorar las condiciones de salud y de vida de las personas. Esto ha permitido que la salud sea reconocida en varios tratados internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y otros. Posteriormente, cada Estado fue adaptando su legislación y ha consagrado a la salud dentro de sus Constituciones.

En este sentido, la Constitución ecuatoriana reconoce el derecho a la salud en su art. 32 y lo consagra como un derecho fundamental bajo los principios del buen vivir y *sumak kawsay* (vida digna y en plenitud). Es así que cuando las personas consideran que este derecho es vulnerado activan la vía constitucional interponiendo acciones de protección ante los jueces de primer nivel o acciones extraordinarias de protección ante la Corte Constitucional. Asimismo, la norma suprema impone al Estado desarrollar un sistema sanitario de acuerdo a su contexto social, económico y político que permita promover y proteger la salud de la población. El derecho a la salud obliga a los poderes públicos a que, tanto en vía jurídica como en vía política, garanticen efectivamente todos los servicios, prestaciones y cuidados necesarios para el goce y satisfacción de este derecho.

Con la aparición del virus covid-19 se reflejaron las distintas debilidades de los países en sus sistemas sanitarios, que provocaron una limitación al derecho a la salud de las personas. No obstante, cada Estado intentó actuar con urgencia ante la situación, y aplicó medidas sanitarias para preservar el derecho a la salud, como el uso de mascarillas, de gel antiséptico, la desinfección de zonas, el confinamiento, la declaración de Estados de excepción, etc., pero estos mecanismos no fueron suficientes para poder evitar una crisis en el sistema sanitario.

La crisis sanitaria en España y Ecuador fue distinta ya que los impactos de la pandemia han sido desiguales. España es un país que pertenece a la Unión Europea, lo que le permite tener acceso y cooperación internacional para poder brindar las facilidades necesarias a su sistema sanitario; esto se vio reflejado en la adquisición de vacunas, lo que le permitió poder proteger a su población de una manera más rápida que otros países.

El Estado ecuatoriano no tenía el suficiente presupuesto ni gasto público en el área de salud por lo que fue más difícil contener la pandemia y rápidamente los centros de salud y hospitales colapsaron. Además, no contaban con los recursos humanos e insumos sanitarios necesarios para poder atender a todas las personas. que buscaban atención médica.

Todo esto invita a hacer una reflexión sobre los sistemas sanitarios, y puede concluirse enseguida que los Estados deberían, al menos, adoptar las siguientes medidas: fortalecer la atención primaria y comunitaria, reforzar las capacidades de los profesionales en menor tiempo, reformar la regulación y adquisición de medicamentos y productos sanitarios y aumentar el gasto público para el área de salud.

## REFERENCIAS

Ávila Santamaría, R., *El derecho a la salud en el contexto del buen vivir*, Quito, Cevallos, 2018, pp. 180-194.

- Cierco Seira, C., «El letargo de la Ley General de Salud Pública», en L. Salamero Teixido (coord.), *Retos del derecho a la salud y de la salud pública en el siglo xxi*, Lleido, Aranzadi, 2022, pp. 135-146.
- Dalli Almiñana, M., *Derecho a la asistencia sanitaria y derecho a la salud. El Sistema Nacional de Salud español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 18.
- Díaz Crego, M., «El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales», en *Revista de los Derechos Sociales*, n.o 121, 2012, p. 50.
- Escobar Roca, G., «Los derechos sociales de prestación», en D. Blanquer (coord.), *Covid-19 y derecho público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- López Casanovas, G., «La economía, la innovación y el futuro del sistema nacional de salud, Barcelona», *Dialnet*, 2017, p. 218.
- Ordóñez Casado, M., *La normativa aplicable al derecho a la asistencia sanitaria y la protección de la salud desde su evolución histórica hasta el impacto de la pandemia y su interpretación post covid-19*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 312.
- Rodríguez-Rico Roldán, V., «El sistema multinivel de asistencia sanitaria: tensiones y desafíos en su articulación», Granada, Ed. Comares, 2017, p. 37-39.
- Torres Grande, A., «Aumentos de hasta 681% en mascarillas, trajes y fundas de cadáveres». Extraído de <https://www.codigovidrio.com/code/aumentos-de-hasta-el-681-en-mascarillas-trajes-y-fundas-de-cadaveres/> y consultado el 13 de julio del 2023.
- Trillo García, A., «El impacto del covid-19 sobre la gestión de sanidad en España. Implicaciones de presente y de futuro y papel de las entidades locales», en M. Fernández Ramírez (dir.), *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia covid-19*, Pamplona, Aranzadi, 2021, pp. 489-535.
- Vacas Cruz, O. «¿Cómo usan los indígenas las plantas medicinales para aliviar los síntomas del coronavirus?». Extraído de <https://elpais.com/planeta-futuro/2020-10-26/lo-que-pueden-aportar-las-plantas-medicinales-a-la-lucha-contr-el-coronavirus.html> y consultado el 15 de mayo del 2023.
- Vásquez Canales, L., *Los pilares de la atención primaria en tiempos de covid-19*, Pamplona, Aranzadi, 2021, pp. 122-129.

## LEGISLACIÓN

- BOE núm. 67 de 14 de marzo de 2020.
- BOE núm. 163 de 10 de junio de 2020.
- Constitución de la República del Ecuador (2008).
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ecuatoriano.

## JURISPRUDENCIA

- Sentencia 364-16-SEP-CC de 15 de noviembre del 2016 de la Corte Constitucional ecuatoriana.
- STC 148/2021 de 14 de julio.
- STC 148/2021 de 14 de julio.
- SSTC 55/1996 de 28 de marzo, 99/2019 de 18 de julio y 24/2015.
- Dictamen 1-20-EE/20 dictado por la Corte Constitucional ecuatoriana.

## DIRECTIVAS E INFORMES

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), «La prolongación de la crisis sanitaria y su impacto en la salud y el desarrollo social». Extraído de [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/47301/1/S2100594\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/47301/1/S2100594_es.pdf) y consultado el 12 de mayo del 2023.

Estrategia europea de vacunas frente a la covid-19. Extraído de <https://www.aemps.gob.es/la-aemps/ultima-informacion-de-la-aemps-acerca-del-covid%E2%80%9119/vacunas-contr-la-covid%E2%80%9119/estrategia-europea-de-vacunas-frente-a-la-covid19/#:~:text=El%20Gobierno%20de%20España%20aprobó,españolas%20al%20resto%20del%20mundo> y consultado el 12 de agosto de 2023.

Ministerio de Sanidad, *Gestión integral de la vacunación covid-19*. 27 de agosto de 2023. Extraído de [https://www.sanidad.gob.es/en/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Informe\\_GIV\\_comunicacion\\_20230428.pdf](https://www.sanidad.gob.es/en/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Informe_GIV_comunicacion_20230428.pdf) y consultado el 12 de mayo de 2023.

Observatorio de Derechos y Justicia, «La corrupción en tiempos de covid-19, la otra pandemia del Ecuador». Extraído de <https://odjec.org/wp-content/uploads/2021/04/Corrupcion-y-covid-19.pdf> y consultado el 7 de mayo del 2023.



## Defraudación tributaria: ¿actividad delictiva antecedente para el lavado de activos?

Ernesto Yerovi B. | Universidad de Sevilla (España)

**RESUMEN** El presente artículo tiene como finalidad investigar de manera general al delito de blanqueo de capitales o lavado de activos y concretar directamente en la relación que puede presentarse con el tipo penal de defraudación tributaria. Ahora, como se podrá verificar en el desarrollo investigativo, el tipo penal de lavado o blanqueo es reconocido y tipificado a nivel internacional, pues ha sido parte de la evolución de delitos consumados a lo largo de la historia y en la actualidad ha evolucionado en cuanto a su modus operandi. Dicha evolución es la responsable, de manera concreta, para que las legislaciones de cada Estado hayan intensificado las penas, verbos rectores y sujetos activos del delito. Evidencia concreta de aquello son los distintos articulados que guardan muchas semejanzas y procesos que intentan imputar una responsabilidad penal a presuntos sujetos activos, como abogados en ejercicio de su profesión, al supuestamente cobrar honorarios profesionales que son producto de actividades ilícitas, o, al defraudador de Hacienda, al que se pretende imputar el delito de blanqueo justificado en la existencia de una actividad delictiva antecedente. Con ello, resultará de vital importancia efectuar un análisis general, partiendo de los antecedentes del tipo penal, posturas criminológicas, política criminal, legislación y jurisprudencia con la finalidad de llegar a una conclusión sobre si es correcto o incorrecto imputar y reconocer como sujeto activo al defraudador de hacienda (SRI). La respuesta a dicha incógnita se la hará de manera motivada a medida que se avance en el desarrollo del presente trabajo de investigación. .

**PALABRAS CLAVE** Lavado de activos, blanqueo de capitales, doble impacto, norma penal, mafia, transnacional, delito antecedente e impuestos.

FECHA DE RECEPCIÓN 30/09/2023      FECHA DE APROBACIÓN 04/11/2023

## Tax Fraud: Precedent criminal activity for money laundering?

**ABSTRACT** The purpose of this article is to investigate the crime of money laundering, this kind of crime has a directly relationship with the crime on tax fraud. Internationally, this crime has been recognized and classified on its revolution and history. This evolution is responsible that the laws of each State have intensified the penalties, governing verbs and active subjects of the crime. The different articles have many similarities; and, processes to try to impute criminal responsibility to presumed active subjects such as lawyers in the exercise of their profession by allegedly charging professional fees that are the product of illegal activities, or, to the Treasury fraudster to whom it is intended to impute the crime of laundering justified in the existence of antecedent criminal activity. With this information, it will be of vital importance to carry out a general analysis, based on the criminal history, criminological positions, criminal policy, legislation and jurisprudence in order to reach a conclusion about whether it is correct or incorrect to impute and recognize as active subject to the tax fraudster. The answer to this question will be made in a motivated way through the development of this research work.

**KEY WORDS** Money laundering, double impact, criminal law, mafia, transnational, previous crime and taxes.

## INTRODUCCIÓN

El delito de lavado o blanqueo de capitales es reconocido por su gran impacto dentro de la sociedad. Sus inicios se remontan a muchos años atrás y se verificará que ha evolucionado conservando su esencia. Por tal motivo, en el presente artículo se hará el raciocinio jurídico con base en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y español, pues se pretende llegar a una conclusión basada en dogmática penal, norma nacional e internacional. Todo basado en dar solución a una problemática que ha trascendido en tiempo, historia y fronteras desde la perspectiva jurídico penal.

Por lo tanto, se deberá resaltar el valor fundamental de la criminología y política criminal en el delito concreto, pues es importante partir estableciendo que la conceptualización de criminología es variada y efectivamente digerible por cada persona que la interpreta. Con aquello, varios tratadistas y estudiosos de la criminología han concertado en establecer que la conceptualización más cercana a lo correcto es la que instituye a la criminología como la aproximación a las distintas clases de conocimientos, que enfrasan el raciocinio criminológico y las diferentes realidades que deben ser estudiadas para llegar a un entendimiento con respaldo científico respecto a la delincuencia en general. Por ello se establece que es una ciencia interdisciplinar y, por ende, empírica, que tiene como fin el estudio del desenvolvimiento de las actividades del ser humano dentro de la sociedad que tienen que ver con el nacimiento, consumación y, por lo tanto, prevención del delito<sup>1</sup>.

Con aquello, y para concluir con aspectos criminológicos, se considera de manera importante, detallar lo manifestado por la UNESCO, respecto a su conceptualización:

Esta ciencia sintética se propone, hoy como ayer, la disminución de la criminalidad, y en el terreno teórico que debe permitir llegar a este fin práctico, propone el estudio completo del criminal y del crimen, considerado este último no como una abstracción jurídica, sino como una acción humana, como un hecho natural y social. El método utilizado por la Criminología es el método de observación y de experimentación, empleado en el marco de una verdadera clínica social<sup>2</sup>.

Con lo manifestado en líneas anteriores, se podrá verificar que el tipo penal de blanqueo o lavado ha sido de manera concreta un tema merecedor de constante estudio por la criminología y política criminal. Ahora, se debe detallar qué es un tipo penal que se estudia desde distintas normas, jurisprudencia y corrientes. Por ejemplo, en el caso español se verifica que fue un hecho trascendental cuando España ratificó la Convención de Viena. Pues, posterior a ello, las tipificaciones fueron evolucionando a partir de la LO 8/1992, emanada el 23 de diciembre de dicho año, ya que dio paso a las modificaciones para las normas penales españolas (Código Penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal), misma que fue configurando cuestiones innovadoras para el tratamiento político criminal en el injusto de narcotráfico. Dichas modificaciones fueron materia de estudio y crítica para jurisprudencia y doctrinarios; pues las novedades fueron aplicadas y adaptadas por acuerdos internacionales, *per se*, su impacto en las diferentes legislaciones dependerá del contenido específico de cada norma<sup>3</sup>.

Posterior a aquello, el gafi, aproximadamente en el año 1990, presentó el informe en el cual establece las denominadas 40 recomendaciones que, de manera concreta, hacen referencia al lavado de activos y sus disposiciones penales relacionadas al control de entes bancarios. Con aquello, en el mismo año, después de la aprobación del convenio respecto al blanqueo, embargo, decomiso y seguimiento, se vio por primera vez un documento que contaba con características vinculantes<sup>4</sup>.

1 Vid. Göppinger, H., *Criminología*, Madrid, Ed. Reus, 1975, p. 1.

2 UNESCO, *Las ciencias sociales en la enseñanza superior: criminología*, España, Unesco, 1961, p. 13.

3 Vid. LO 8/1992, emanada el 23 de diciembre.

4 Bajo Fernández, M., *Derecho penal, persona jurídica y el delito de blanqueo de capitales*, Santiago de Chile, Olejnik, 2018, p. 183.

Para continuar con el avance y evolución de la tipificación del delito de blanqueo o lavado, resulta de vital importancia manifestar lo acontecido en el mes de junio del año 1991, pues se confirma la aprobación de la Directiva 91/308/cee, la misma que ha figurado como la pionera dentro de la lucha contra el lavado de activos.

Con aquello, el concepto de blanqueo o lavado se lo define de manera precisa según lo establecido en la convención del año 1988 y, concretamente, hace referencia a la existencia necesaria de cualquier delito antecedente para su consumación<sup>5</sup>.

Con lo manifestado, se ha verificado que el delito materia de análisis es considerado como un problema que ha perdurado a lo largo de la historia. Pues, en la actualidad, la mayoría de las legislaciones tienen a este tipo penal dentro de su catálogo de injustos en la norma penal positiva.

Con aquello se verifica que en España el Código Penal lo hace de manera directa en el artículo 301; y, por citar otros ejemplos, en el caso ecuatoriano en el artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal. Pues en el apartado específico se podrá verificar que ambas legislaciones tienen pocas diferencias, pero siempre resaltando que la esencia del tipo penal en mención no cambia.

Ahora, cuando se tiene claro en qué consiste el tipo penal materia de estudio, es de vital importancia comprender cuándo se debe hablar de una consumación. Pues, gracias a la expansión del delito, en el campo procesal se ha verificado la existencia de casos en los cuales se pretende imputar al profesional del derecho por haber presuntamente cobrado honorarios provenientes de actividades delictivas; o, el caso materia del presente trabajo de investigación, es decir, la procedencia o improcedencia de imputación dentro del delito del lavado de activos, en supuestos donde figure la defraudación tributaria como actividad delictiva antecedente.

## ANTECEDENTES DEL TIPO PENAL DE LAVADO DE ACTIVOS

El delito de lavado de activos es, de manera inminente, un injusto que ha trascendido desde hace mucho tiempo atrás y hoy en día sigue mutando con los avances de la sociedad en general.

Esto se puede verificar resaltando su denominación, ya que la conducta llamada como lavado de activos, tiene sus inicios históricos aproximadamente en el siglo xx. En aquel tiempo, en Estados Unidos de Norteamérica, el término «lavado» fue empleado por la mafia italiana que ostentaba actividades delictivas a nivel internacional; misma que establecía y montaba lavanderías con el fin de camuflar los ingresos fraudulentos de las actividades delictivas que eran ejecutadas<sup>6</sup>.

Se debe resaltar su inminente trascendencia hasta llegar a su tipificación actual. Al ser un tipo penal de doble impacto (es decir, que requiere como antecedente necesario la posible vulneración a un bien jurídico protegido distinto), ya que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos el lavado de activos estaba ligado a otro tipo penal.

Específicamente, en el año 1988 ocurre un hecho histórico y de alta trascendencia para lo que hoy en día se conoce como lavado de activos, ya que la Ley Orgánica del 24 de marzo de 1988 reformó de manera concreta varias cuestiones respecto al tráfico ilícito de sustancias estupefacientes. Con aquello, figura la normativización, en esa época denominada receptación específica, misma que fue autónoma de la tipificada como receptación pura. Con ello se verifica que se establecía el primer parámetro relacionado con el injusto penal de lavado de activos como se lo conoce en la actualidad.

5 Vid. Directiva 91/308/CEE del mes de junio del 1991.

6 Durrieu, R., *El lavado de dinero en la Argentina: análisis dogmático y político-criminal de los delitos de lavado de activos de origen delictivo (Ley 25.246) y financiamiento del terrorismo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 23.



El que con conocimiento de la comisión de alguno de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b) de este Código recibiere, adquiriere o de cualquier otro modo se aprovechara para sí o para un tercero de los efectos o ganancias del mismo, será castigado con prisión menor y multa de un millón a 100 millones de pesetas.

Se impondrán las penas superiores en grado a los reos habituales de este delito y a las personas que pertenecieren a una organización dedicada a los fines señalados en este artículo.

En los casos previstos en el párrafo anterior, así como cuando, a juicio del Tribunal, los hechos contemplados en este artículo fueren de especial gravedad, se impondrá, además de la pena correspondiente, la inhabilitación del reo para el ejercicio de su profesión o industria y el cierre del establecimiento por tiempo de seis meses a seis años o con carácter definitivo.

Serán aplicables a los supuestos contemplados en este precepto las disposiciones contenidas en el artículo 344 bis e) del presente Código.<sup>7</sup>

Es de vital importancia detallar que la legislación penal española ha tenido varias reformas respecto al tipo penal de lavado de activos o blanqueo de capitales; históricamente se inicia con la intención de incorporar un tipo penal con su respectiva sanción para personas que tengan un incremento patrimonial por el cometimiento del delito de narcotráfico<sup>8</sup>; posterior a ello, en 1992, el legislador reforma al Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal en lo que respecta al tipo penal de lavado de activos. Dicha reforma vio luz con la Ley Orgánica 8 / 1992. En aquel año, se buscaba enmarcar a la normativa española, lo que manifestaba la «convención sobre drogas»<sup>9</sup>.

La legislación ecuatoriana sobre lavado de activos y financiamiento del terrorismo era inconsistente en el primer caso o nula en el segundo, afirmaciones que aparecen luego de que el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) puso a Ecuador en la lista de riesgo de países por el tema del lavado de activos y de terrorismo, y más allá de la respuesta política del Gobierno a esas observaciones, la Procuraduría y la Fiscalía aseguraron que iban a presentar proyectos de reformas.

El informe del Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD) de diciembre del 2007 destaca el carácter de «autónomo» de este delito en la Ley para Reprimir el Lavado de Activos del 2005, pero observa que en la tipificación no se citan expresamente ilícitos que originan el dinero mal habido, como, por ejemplo, tráfico de personas, de armas, etc. Lo que no se reconoce es que el delito de lavado de activos es un tipo penal abierto y omnicompreensivo de cualquier tipo de delito conexo o en el que tenga su origen ilícito el activo maculado.<sup>10</sup>

Con lo manifestado, en Ecuador se expidió la Ley para Reprimir el Lavado de Activos N.º 2005-12, publicada en el Registro Oficial 127 del 18 de octubre de 2005, esta primera normativa, para el efecto, contempló las formas de prevenir y sancionar el delito<sup>11</sup>. Resaltando, a su vez, que lo manifestado en líneas anteriores en el aspecto normativo internacional ha servido de influencia para la norma ecuatoriana y de otros países de América latina; pues han impulsado grupos como el de Acción Financiera de Sudamérica; históricamente, la doctrina acogida ha sido principalmente la proveniente de países europeos.

## EXPANSIÓN DEL TIPO PENAL DE LAVADO DE ACTIVOS

Para varios tratadistas, el tema que se trata tiene sus antecedentes en que el derecho penal acogió de la sociología la teoría de la sociedad de riesgo, impulsada por el sociólogo alemán Ulrich Beck. Por ello, la aparición de riesgos innovadores en cada actividad ejecutada por el ser humano en su actuar cotidiano, fueron desembocando en la creación de nuevos actos típicos, antijurídicos, culpables y punibles; como era de esperarse, impulsó la aparición de nuevas tendencias jurídico-penales, adaptables a las

7 Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo. Reforma del Código Penal español en tráfico ilegal de drogas.

8 *Vid.* Ley Orgánica 1/1988 del 24 de marzo.

9 *Vid.* Ley Orgánica 8/1992. Publicada en el BOE del 24 de diciembre de 1992.

10 Zambrano, A., *Lavado de activos*. Santiago de Chile, Ediciones jurídicas de Santiago, 2020, p. 49.

11 *Vid.* Ley para Reprimir el Lavado de Activos, publicada en el RO-S, N.º 127 DEL 18 DE OCTUBRE DE 2005.

realidades actuales de la sociedad. A partir de ello se ha venido hablando de la expansión del derecho penal<sup>12</sup>.

Por lo tanto, el delito de lavado de activos se caracteriza por ser un injusto penal que ha roto fronteras con su alcance. Eso se comprueba con el mero hecho de justificar dinero de origen ilícito proveniente de actividades delictivas que muchas veces son planeadas y ejecutadas de manera transnacional.

Como se ha verificado en líneas anteriores, el tipo penal materia de análisis ha revolucionado el actuar punitivo de manera continua; y, sorprendentemente, no se ha logrado plantear una política criminal o tipificación que dé fin al mismo o, a su vez, disminuya los índices de consumación.

Consecuentemente, la respuesta de las distintas legislaciones ha sido expandir el delito desde su tipificación. Aquello se fundamenta en el mero fracaso de los distintos Estados que luchan contra el lavado de activos.

Por lo tanto, ha sido producto de dichos intentos fallidos, y la respuesta para combatir al tipo penal de manera concreta ha sido amplificar los verbos rectores en el articulado correspondiente de la norma penal positiva, aumentar intervinientes como sujetos activos; y, por último, actividades previas que puedan ser idóneas para consumir el injusto de lavado o blanqueo de capitales<sup>13</sup>.

## SUJETOS INTERVINIENTES EN EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

El tipo penal de lavado de activos es genuinamente un delito muy particular, ya que da la posibilidad de adquirir la posición de sujeto activo de la infracción de una forma muy fácil, esto se puede verificar cuando el dinero obtenido de actividades delictivas antecedentes se infiltra en el mercado financiero que ostenta licitud; lo que compromete la situación de personas como empleados del sector financiero, abogados que ejercen las funciones de notarios públicos, abogados en libre ejercicio de su profesión, dueños de casinos, agentes inmobiliarios, entre otros que pueden intervenir con dicho dinero.

Esa es la causa por la que desde el año 1993 la Ley de Blanqueo de Dinero impuso deberes especiales a los sujetos mencionados anteriormente; todo esto con la finalidad de disminuir las posibilidades de consumación de delitos de lavado o blanqueo<sup>14</sup>. (A criterio del autor, efectuar dichas prácticas puede elevar las posibilidades de punición; por ejemplo, con la actividad delictiva antecedente de carácter tributario en el delito de blanqueo).

Por lo tanto, se ha podido ver que al ser un injusto penal que compromete a muchos sujetos de la sociedad en el desempeño de diversas actividades, se deberá analizar varias opciones de autoría y participación para concluir con la consumación del tipo penal.

### AUTOR DIRECTO

El estudio jurídico dogmático en materia penal ha desarrollado de manera concreta las formas de autoría y participación de un sujeto activo dentro de la consumación de un injusto penal. Pues de manera concreta, hace referencia a la autoría directa al supuesto

12 Silva, J., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Cevitas Ediciones. 2001, pp. 26-27.

13 *Vid.* Código Orgánico Integral Penal, artículo 317, publicado en el RO-S 180 del 10 de febrero de 2014.

14 *Vid.* Tiedemann, K., *Manual de derecho penal económico. Parte general y especial*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 343, 344.

en el cual el sujeto activo de la infracción ejecuta y consume el acto por sí mismo; es decir, a propia mano.

A diferencia de otras modalidades de la autoría y participación, la autoría directa no requiere de mayor ayuda para la ejecución del acto. Este es uno de los puntos trascendentales que lo diferencia de la autoría mediata, cómplice o partícipe<sup>15</sup>.

Por lo dicho, se considera de vital importancia detallar lo tipificado por los distintos cuerpos normativos en materia penal. En el caso ecuatoriano, el Código Orgánico Integral Penal, lo detalla de manera concreta en el art. 42.1, literales a) y b), mismos que se citan de manera textual a continuación:

Art. 42.- Autores. Responderán como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes modalidades:

1. Autoría directa:

a) Quienes cometan la infracción de una manera directa e inmediata.

b) Quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo<sup>16</sup>.

Por otro lado, el Código Penal español de manera concreta abarca las distintas formas de autoría en un solo artículo; por lo tanto, se resalta que el articulado signado con el número 28 establece cuestiones muy generales<sup>17</sup>.

Por último, es de vital importancia resaltar lo manifestado en capítulos y apartados pasados, pues el concepto de autor ha sido cambiante, ergo, guardador de su esencia. Por citar un ejemplo, se puede analizar lo manifestado por la escuela finalista, al respecto, Córdoba Roda sostiene que se puede considerar a la persona como sujeto activo, en calidad de autor, a quienes ostentan el dominio del hecho; *per se*, el concepto de autor está ligado al de acción. Pues define a la acción como el comportamiento del ser humano, regido por un elemento volitivo, mismo que va guiado y direccionado a un fin específico. Por lo tanto, el tratadista mencionado, sostiene que autor es quien adecúa su actuar y ejecuta con total conocimiento de su actuar<sup>18</sup>.

## AUTOR MEDIATO

Reyes Echandía, detalla de manera concreta que el «autor mediato» es aquel que utiliza como instrumento al mero ejecutor de la infracción; o se trata de un autor que planificó el acto y se sirve de una persona que está por debajo de él, con la finalidad de convertirlo en un autor material.

Por lo dicho, manifiesta que, efectivamente, dicho actuar no puede quedar fuera de la participación en la consumación de un injusto y, cuando así se demuestre con las debidas investigaciones, se deberá subsumir su conducta al tipo penal en calidad de autor mediato<sup>19</sup>.

Por lo tanto, se considera de vital trascendencia detallar lo establecido en la norma penal positiva. En el caso ecuatoriano, el Código Orgánico Integral Penal establece de manera concreta a la autoría mediata en el articulado signado con el número 42.2, mismo que se cita de manera textual a continuación:

2. Autoría mediata:

a) Quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión.

15 Vid. Zambrano, A., *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ed. Olejnik, 2022, p. 62.

16 Código Orgánico Integral Penal, artículo 42, publicado en el RO-S 180 DEL 10 DE FEBRERO DE 2014.

17 Vid. Código Penal español y legislación complementaria en el art. 28. Publicado en el BOE DEL 13 DE ABRIL DEL 2022.

18 Vid. Córdoba, J., *Notas a la traducción del tratado de derecho penal, de Maurach*, Barcelona Ariel, 1962, p. 310.

19 Vid. Reyes, A., *La tipicidad*, Bogotá, Temis, 1997, p. 146.

- b) Quienes ordenen la comisión de la infracción valiéndose de otra u otras personas, imputables o no, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto.
- c) Quienes, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obliguen a un tercero a cometer la infracción, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin.
- d) Quienes ejerzan un poder de mando en la organización delictiva<sup>20</sup>.

Con base en lo manifestado, es de vital importancia detallar que dicha modalidad, dentro de la consumación del injusto materia de análisis, puede ser muy utilizada al momento que el autor mediato, por ejemplo, el dueño de los activos por blanquear, o personas con poder jerárquico dentro de una organización utilizan a otra persona que desconoce la procedencia de los activos para manejarlo a su deseo, y que maquille la procedencia de sus fondos.

Con aquello se verifica, a su vez, que la autoría mediata es de manera concreta una forma de manejar al mero ejecutor en la gran mayoría de delitos y sus tipificaciones; pues se podrá corroborar su existencia en delitos como el lavado u otros que atentan en contra de la vida, fe pública, etc.

### CÓMPLICE

Como se ha venido detallando acerca de las distintas formas de autoría y participación, en el caso concreto del cómplice se lo analizará aterrizando a la parte normativa, pues se considera de vital importancia efectuar un análisis desde el ámbito jurídico normativo que rige en cada Estado el sistema procesal y la administración de justicia.

Por lo tanto, se iniciará detallando la tipificación y articulado en el caso ecuatoriano, pues el Código Orgánico Integral Penal reconoce en su articulado 43 a los cómplices; y, de manera concreta, detalla que responden en dicha calidad los sujetos que dolosamente brinden facilidades o ayuden con actos meramente secundarios, anteriores o simultáneos para la consumación o ejecución de un tipo penal.

La diferencia que marca el artículo en mención es que, para catalogar al sujeto activo como cómplice, se deberá demostrar que sin su participación el acto de igual manera se hubiera llegado a consumir (en este sentido, se verifica que hay una diferencia con respecto al denominado como cooperador necesario; pues, evidentemente, el cómplice es lo contrario, ya que su participación en cierto punto es catalogada como secundaria)<sup>21</sup>.

### EL ABOGADO COMO IMPUTADO POR PRESUNTO LAVADO DE ACTIVOS

El presente tema ha sido de manera concreta una problemática de alto impacto. Pues no solo pretende criminalizar a la profesión al momento de asumir una defensa técnica dentro de un proceso; sino que, a su vez, atenta al derecho a la defensa, silencio profesional y presunción de inocencia.

Con lo visto, se debe partir preguntando: ¿puede responder el abogado patrocinador por cobrar honorarios a su cliente que era imputado por un presunto delito? Respondiendo a la incógnita; primero, se considera improcedente y carente de funda-

<sup>20</sup> Código Orgánico Integral Penal, artículo 42.2, publicado en el RO-S 180 del 10 de febrero de 2014.

<sup>21</sup> Código Orgánico Integral Penal, artículo 43, publicado en el RO-S 180 del 10 de febrero de 2014.

mentos dicha interpretación o pretensión de imputación, partiendo desde lo reconocido por las diferentes Constituciones. Pues, es dicha carta constitucional la que goza del principio de «supremacía constitucional», y aquella que reconoce dentro de sus articulados al derecho a la defensa para toda persona que se encuentre involucrado en un proceso judicial.

Al respecto, la Constitución española, reconoce el derecho a la defensa en su artículo correspondiente de la siguiente forma:

#### Artículo 24

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.
2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia<sup>22</sup>.

Con lo manifestado se puede verificar que dicho derecho se encuentra consagrado en varias Constituciones guardando su esencia; *ergo*, se puede corroborar que por corrientes neoconstitucionalistas o cuestiones afines a distintas constituciones, dicho derecho es plasmado de forma distinta o extensa. Por lo tanto, se puede verificar que, en el caso de la Constitución ecuatoriana, se reconoce el derecho en mención en el artículo señalado con el número 76 numeral 7 y literales siguientes.

Se considera de manera importante realizar la cita de manera textual, pues, el análisis del problema a tratar, respecto a la imputación del profesional del derecho, se debe manejar de manera metódica y fundamentada en normas constitucionales.

Por ello, la Constitución del Ecuador reconoce al derecho a la defensa de la siguiente manera:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
  - a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
  - b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
  - c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
  - d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.
  - e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.
  - f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.
  - g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.
  - h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.
  - i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.
  - j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.
  - k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.
  - l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos

22 Constitución de España emanada por el BOE 311 el 29 de diciembre de 1978, art. 24.

que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos<sup>23</sup>.

Con lo manifestado y citado de manera muy oportuna en líneas anteriores, se verifica la existencia concreta y verídica de un derecho a la defensa inquebrantable, pues no puede ser de otra forma, caso contrario, las personas acusadas por haber cometido presuntamente un delito no tendrían un profesional que se deba de manera concreta a ellos, y no a los intereses punitivos de un Estado.

Por lo dicho, se debe manifestar lo reconocido por la Constitución española, respecto al secreto profesional. Ya que este es uno de los fundamentos constitucionales que se suma a la lista de razones por las cuales un abogado defensor en materia penal, no puede ser perseguido por el sistema punitivo al presuntamente haber cometido un delito de blanqueo.

Al respecto, la Constitución española en el último inciso del artículo 24, de manera muy concreta, establece que:

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos<sup>24</sup>.

Con aquello se verifica de manera textual y directa que el profesional del derecho no está en la obligación de proporcionar información referente a un caso que patrocina en el ejercicio de su profesión. Por lo tanto, se confirma que lo que protege la Constitución de manera tajante es al profesional del derecho que ejecuta su trabajo de manera digna y correcta. Lo manifestado no se podrá confundir con cuestiones distintas en las que un abogado, intervenga en actividades delictivas e influya en ejecución de tipos penales basándose en sus conocimientos jurídicos; ese supuesto, sí puede ser punible.

## DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

### PROBLEMÁTICA Y CONCEPTUALIZACIÓN

Previo a partir con una conceptualización, se considera de manera importante establecer detalles concretos a problemáticas presentadas en el estudio de la defraudación tributaria, mismos que contribuirán a la conclusión de un concepto sobre el tema a tratar.

Como es de conocimiento, la ciencia jurídica penal nace en Alemania; pues es ahí donde la dogmática ha dado los pasos firmes que hasta el día de hoy siguen y forman parte del estudio del derecho penal.

Varios penalistas alemanes han sostenido que el delito tributario ha sido analizado con diferentes problemáticas, y se podría concluir que ha existido en cierto punto un déficit en la elaboración dogmática del estudio penal en materia tributaria. Entre dichos problemas se han verificado las disputas respecto a la intervención punitiva frente a la administrativa; o el mero hecho de establecer el bien jurídico protegido en concreto<sup>25</sup>.

A su vez, se han podido verificar varios problemas en diversas materias y tipos penales; por ejemplo, específicamente en el problema de las leyes penales en blanco. Inconvenientes en cuestiones de autoría y participación en delitos catalogados como

23 Constitución de Ecuador publicada en el RO 449, el 28 de octubre de 2008. Art. 76.7 y literales pertenecientes a dicho numeral.

24 Constitución de España emanada por el BOE 311 el 29 de diciembre de 1978. Último inciso del art. 24.

25 *Vid.* Maiwad, M., *Conocimiento del ilícito y dolo en el derecho penal tributario*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, p. 13.

especiales; ya que puede existir responsabilidad del contribuyente y de los distintos asesores o empresas asesoras en el ámbito contable, fiscal y otros. En este punto se deberá estudiar de manera muy concreta los roles a ejecutar por cada sujeto mencionado, para así poder establecer de manera idónea y correcta una autoría o participación dentro del tipo penal.

Y, por último, se puede resaltar que ha sido materia de estudio y análisis por el derecho penal económico y de la empresa al estudiar «el actuar por otro»; y, la RPPJ (Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas). Esta mención se hace de manera concreta, ya que el derecho penal económico y de la empresa es resultado de la evolución del derecho penal en un segmento específico y, en el caso concreto del derecho penal tributario, al tener raíces dentro del área empresarial<sup>26</sup>.

El tipo materia de análisis se identificará por la defraudación de las expectativas que se esperaban del contribuyente (sujeto obligado) respecto a la culminación de lo requerido por el ente específico en materia tributaria, sin importar el campo de gobierno a cargo. En el caso concreto, se exige de manera imperecedera el verbo rector de «defraudar»; por lo que la doctrina mayoritaria lo establece como el perjuicio que causa un déficit patrimonial en base al engaño al ente competente. Al respecto, la doctrina en cierto espacio ha sido tajante, pues cataloga a dicho engaño como «necesario» para cumplir con la teoría del delito, de manera concreta, con la tipicidad. Si en un supuesto no es así, se configuraría la atipicidad<sup>27</sup>.

Con aquello se puede definir al delito de defraudación tributaria de una manera sencilla, y sin ahondar como un injusto perteneciente a la esfera del derecho penal económico; mismo que consiste en eludir el pago de impuestos o tributos al ente competente en la materia, en el caso ecuatoriano al SRI (Servicio de Rentas Internas). Esto se respalda en que el mero infractor o sujeto activo interviene cuando existe un hecho imponible, y lo defrauda.

## RELACIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS Y EL DELITO TRIBUTARIO

### ACTIVIDAD DELICTIVA ANTECEDENTE

El punto por tratar dentro del presente apartado ha sido de manera trascendental un tema de suma importancia dentro del análisis jurídico al tipo penal de blanqueo. Pues, como se verificó en los antecedentes del presente trabajo de investigación, las diferentes leyes y jurisprudencia en general, han sido sometidas a cambios y evolución con la particularidad del antes denominado «delito antecedente» a «cualquier actividad delictiva antecedente». Con lo manifestado se verifica la existencia de dos controversias; la primera es, precisamente, la necesidad concreta del conocimiento respecto a la existencia de la ilicitud de bienes que se pretende imputar y, como consecuencia de lo mencionado, resulta la problemática de carácter probatorio del mismo (como saber si es o no producto de actividades delictivas).

Al respecto, se hará referencia a dos inclinaciones jurisprudenciales que hacen referencia al mismo de manera muy concreta y precisa.

La primera inclinación jurisprudencial (se considera extensiva) no requiere de manera concreta que se pruebe la actividad ilícita de delitos contra el patrimonio, corrup-

26 Vid. Ferré, J., «Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 108, 109.

27 Colina, I., García, R., «El delito de defraudación tributaria en el COIP» (1.ª ed.), Quito, Latitud Cero Editores, 2015, p. 143.

ción, entre otros, que deberán ser previos para administrar justicia y, producto de ello, el dictamen de una sentencia. Por lo tanto, lo único que requiere es tener una mínima presunción de la existencia de dicha actividad delictiva con carácter antecedente<sup>28</sup>.

Por otro lado, la segunda inclinación a mencionar se considera de carácter restrictiva, pues, pide que, mediante la sentencia condenatoria, se establezca por lo menos de manera mínima cuál fue el motivo de la presunción de actividad delictiva previa y la valoración probatoria que se fundamentará en el proceso; todo esto con la finalidad de establecer de manera concreta el elemento cognitivo del sujeto activo respecto a la ilicitud sobre los bienes que poseía<sup>29</sup>.

Con lo manifestado se deberá resaltar que ninguna de las dos tendencias jurisprudenciales exige una sentencia condenatoria previa para conformar el elemento constitutivo del tipo; es decir, la actividad delictiva antecedente (la primera no requiere conocimiento, y la segunda, una mera presunción que justifique).

### **¿PUEDE CONSIDERARSE COMO ACTIVIDAD ILÍCITA ANTECEDENTE A LA DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA?**

Previo a constatar cuestiones dogmáticas o procesales, se debe partir manifestando que, la idea de encajar al delito fiscal dentro de las posibles actividades delictivas antecedentes para consumir el blanqueo o lavado de activos, es el resultado de la mera expansión del tipo penal.

El análisis al presente apartado se lo debe hacer desde sus antecedentes jurisprudenciales, pues como se ha expresado en el presente trabajo, previo a la tipificación del tipo penal de blanqueo de manera formal, se inició con la tipificación y sanción del injusto de receptación. El delito mencionado sanciona al sujeto activo cuando recibe dinero que proviene de un actividad delictiva; ergo, no cumple con el elemento formal del blanqueo, pues no encubre el antecedente delictivo de dichos bienes, ni los pretende introducir al mercado financiero como lícitos.

Se deberá recopilar lo manifestado en líneas anteriores ya que el delito de blanqueo o lavado nació como una respuesta en contra del narcotráfico y las actividades delictivas bajo una estructura organizada. Por ello, se ve que el tipo penal ha sido multiplicado en cuestiones de autoría y participación; esto tiene una sola respuesta, y como se ha manifestado, es de manera concreta la expansión e intensificación que ha sufrido el tipo. Resaltando que, para emitir un criterio formado en derecho, la única vía será el estudio dogmático y jurisprudencial basado en los principios rectores del derecho.

Por lo tanto, se ve que se utiliza al delito guardando su esencia de sanción; empero, no su fin de protección al expandirlo tanto e introducir a todo delito con la cualificación de antecedente<sup>30</sup>.

Respecto a la postura que mantienen algunas personas para establecer que los bienes provenientes de un delito tributario pueden ser considerados como una actividad delictiva antecedente para el lavado, se debe hacer referencia de manera concreta al glosario del documento de recomendaciones del GAFI/FATF; ya que, en el mes de febrero del año 2012, la «Anti money laundering and counter financing terrorism», mencionó de manera concreta y expresa, por primera vez, que entran dentro de las actividades delictivas antecedentes que constituyen el lavado de activos el «contrabando y los injustos penales fiscales» (es decir, se hace referencia a la idoneidad de la defraudación

28 Ejemplo claro, en la parte considerativa y resolutive de las sentencias del TS: STS 928/2006, dictada el 5 de octubre del 2006; y, sts 145/2008, dictada 8 de abril del 2008.

29 *Vid.* Parte considerativa y resolutive de la STS 189/2010, dictada el 9 de marzo del 2010.

30 *Vid.* Ferré, J., *Tratado de los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 357.



tributaria como actividad delictiva antecedente, por dicho pronunciamiento, más no por la tipificación concreta del artículo correspondiente en la norma penal positiva. Con lo manifestado, esta tendencia punitiva responde de manera directa a la persecución amplificada del tipo penal, ya que cumple con lo dispuesto por un organismo externo, y no con principios rectores del derecho penal y constitucional).

Por aquello, se da una controversia internacional respecto a la existencia de la necesidad para introducir al delito tributario entre las causales o motivos constitutivos de uno de los elementos necesarios para el tipo penal de lavado o blanqueo (actividad delictiva antecedente).

Como fundamento para respaldar el criterio antes mencionado, la Cuarta Directiva Europea realiza el razonamiento de manera concreta, definiendo que todos los delitos fiscales (sea cual sea su tipificación) se entienden como una actividad delictiva; y, por ende, debería cumplir con el requerimiento de «cualquier actividad delictiva antecedente» para constituir el lavado o blanqueo. Con ese fundamento, se otorga la idoneidad a cualquier tipo de participación en varios injustos penales, entre los cuales figura el tipo penal en análisis<sup>31</sup>.

Ahora, se debe mencionar otra postura dentro de la doctrina, la cual argumenta que el bien jurídico protegido en el delito de blanqueo o lavado de activos será el mismo del tipo penal o actividad delictiva antecedente; por ello, hace referencia a que, en caso del supuesto de blanqueo con defraudación tributaria previa, se estaría tutelando a la propia institución tributaria (en España, Hacienda Pública, y, en Ecuador, Servicio de Rentas Internas); ergo, ahora con el delito que es ejecutado con posterioridad<sup>32</sup>. Por lo tanto, analizando de manera directa los diferentes articulados, la exigencia respecto al origen de los bienes o activos deberá ser fruto de la ejecución de la actividad delictiva antecedente (hecho que no cumple con lo requerido por el tipo).

Con lo manifestado, se debe recordar que entre las fuentes reconocidas del derecho se encuentra la Ley y la Jurisprudencia; *per se*, es de vital importancia analizar ambas. Por lo tanto, se hace referencia a parte de una sentencia que ha marcado trascendencia en el caso a tratar (ya que tiene en su parte resolutive dos criterios distintos):

En relación con la primera circunstancia, es decir, del origen ilícito, hay que tener en cuenta que esta procedencia ilícita puede quedar acreditada mediante prueba indirecta o indiciaria, y que la demostración del origen criminal, presupuesto imprescindible para decretar el comiso, no requiere la identificación de las concretas operaciones delictivas, bastando a tales efectos que quede suficientemente probada la actividad delictiva de modo genérico. Así lo ha entendido esta Sala en el delito de blanqueo respecto del delito antecedente o determinante (SSTS. 10.11.2000, 28.7.2001, 5.2.2003, 10.2.2003, 14.4.2003, 29.11.2003, 19.1.2005 y 20.9.2005).<sup>33</sup>

A su vez, se considera de vital trascendencia que, en la sentencia antes citada, el magistrado Del Moral García, marca un voto particular, y a criterio personal muy atinado. Pues hace referencia al delito tributario y su idoneidad para catalogarlo como actividad ilícita antecedente dentro del delito de blanqueo tipificado en el artículo 301 del Código Penal español. Pues el magistrado hace un análisis a la interpretación de la norma y tipo penal desde el principio de taxatividad. Se fundamenta dicho criterio haciendo referencia a que la ley y el injusto típico tiene una esencia y, en el caso particular, una actividad delictiva antecedente que genere ingresos para después blanquearlos.

El mero hecho de evadir el pago correspondiente a los tributos que provienen de una actividad lícita no produce un aumento en el patrimonio de la persona que se pretende imputar por blanqueo. Lo que sí se pudiera hablar es respecto a que el defraudador tributario tiene la totalidad de sus ganancias, por el impago (hecho que puede ser punible si se demuestra la materialidad y responsabilidad del delito específico;

31 Blanco, I., *El delito de blanqueo de capitales* (3.ª ed.), Aranzadi, 2012, p. 374.

32 Vid. Caparros, E., *Delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Colex, 1998, p. 196.

33 Vid. STS 974 / 2012. Dictada por el magistrado de la Corte Suprema Juan Ramón Berdugo.

ergo, no cumple con el requerimiento específico que impone la norma para el tipo penal de lavado).

Por ello, sostiene que no se podría lavar activos que sean producto de una actividad lícita, y que, posterior a haber recibido sus ganancias, defraude al Estado (hace referencia específica a que, en dicho supuesto, se estaría puniendo una conducta que no generó los activos, pues el sujeto ya los tenía previo a defraudar al ente rector en materia tributaria).

A su vez, se reconoce un problema adicional al momento de determinar la individualización en el patrimonio del tributo eludido (ya que, por más que se efectúen varios esfuerzos, siempre brotan cuestiones que no se las maneja de manera correcta; generalmente, por el fin de llegar a la punición que sostiene como carente de fundamento), y también se une a la problemática la posibilidad de punir una conducta sin respetar el *No bis in idem*; ya que, si el tipo penal de defraudación tributaria, trata en sí el encubrimiento de tributos, ocultando los activos que conforman el «pago de la obligación tributaria» no suma absolutamente nada para la sanción de un presunto delito de blanqueo.

Con ello, la extensión del injusto penal tipificado en el articulado signado con el número 301 del CP español, a los injustos penales que atentan contra la «hacienda pública», sería un aumento abismal a la punición, que ostentará una evidente carencia de fundamento (como se ha dicho en líneas anteriores, en base al principio de taxatividad, no es posible incluir a la defraudación tributaria dentro de las actividades delictivas antecedentes que requiere el tipo penal de blanqueo o lavado de activos).

A su vez, se considera de manera importante, analizar el mero hecho de la interpretación del art. 305.4, mismo que establece las causales de justificación en el tipo penal tributario<sup>34</sup>.

Con lo mencionado, resulta de vital importancia analizar cuestiones varias respecto al denominado autoblanqueo; pues en la evolución jurisprudencial se ha verificado ciertos cambios. Este es el caso de la sentencia, sts 265/2015, en un apartado puntual a la procedencia o improcedencia del tipo hace el siguiente razonamiento:

Con esta interpretación, más restrictiva, evitamos excesos, como los de sancionar por autoblanqueo al responsable de la actividad delictiva antecedente, por el mero hecho de adquirir los bienes que son consecuencia necesaria e inmediata de la realización de su delito. O la de considerar blanqueo la mera utilización del dinero correspondiente a la cuota impagada en un delito fiscal, para gastos ordinarios, sin que concurra finalidad alguna de ocultación ni se pretenda obtener un título jurídico aparentemente legal, sobre bienes procedentes de una actividad delictiva previa, que es lo que constituye la esencia del comportamiento que se sanciona a través del delito de blanqueo<sup>35</sup>.

Con aquello, Ferré Olive, se suma a la interpretación favorable a la inimputabilidad del blanqueo con actividad delictiva antecedente de origen tributario; pues, de manera muy acertada sostiene que, lo que sanciona el delito de blanqueo es de manera concreta el encubrimiento o maquillaje de ingresos que provienen de actividades delictivas previas; ahora, es de conocimiento general que, la «ganancia» del defraudador ya había sido generada previo a la comisión del fraude fiscal. Por lo tanto, no cumple con el requisito necesario del tipo penal de blanqueo o lavado<sup>36</sup>.

Además, añadiendo una causal adicional, se deberá manifestar lo sostenido por varios tratadistas, al momento de dejar por sentado la improcedencia efectiva la obligación de tributar cuando el dinero o bienes provienen de «actividades delictivas»; ya que, de manera contradictoria, el Estado estaría beneficiándose de los productos de actividades ilícitas comprobadas o que estarían por comprobarse.

34 Vid. Voto particular del magistrado Del Moral García, dentro de la STS 974 / 2012.

35 STS 265/2015. Dictada por el Tribunal de la Corte Suprema. Figura como ponente el Dr. Cándido Conde Pumpido.

36 Vid. Ferré, J., «Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 369.

Por lo tanto, no guarda lógica jurídica, el mero hecho de suponer una imposición punitiva por un supuesto tipo penal de dicho carácter<sup>37</sup>.

Con lo manifestado, a criterio personal, la postura favorable a la imputación del blanqueo de capitales con actividad delictiva antecedente no respeta el principio de taxatividad; pues, hace un análisis equívoco al fundamentar que el ingreso del presunto sujeto activo es producto de la ejecución del fraude fiscal. Por lo tanto, no cumple con el requisito indispensable de ser fruto de actividad delictiva previa.

## CONCLUSIONES

1. Se ha podido verificar que el delito de lavado o blanqueo de capitales es un tipo penal que ha trascendido a lo largo de la historia dentro de la sociedad, pues, es un delito que conserva su esencia desde sus inicios; ergo, ha sido sometido a varios cambios punitivos y típicos. Esto se puede verificar en el mero hecho de sus inicios como tipo penal; pues, el legislador sancionaba el presente injusto, cuando se verificaba que se pretendía introducir bienes o activos de procedencia única del narcotráfico. Como se pudo corroborar, dichas teorías y tipificaciones en general, han sido superadas hoy en día. Pues, en la actualidad se exige de manera concreta la existencia de una supuesta actividad delictiva antecedente; misma que, deberá generar activos que posteriormente se pretenderán introducir en el mercado lícito.

2. Se corrobora que el delito de lavado de activos ha sido de manera concreta expuesto y sometido a una expansión; y, posterior a ello a una intensificación. Pues, de manera generalizada, las legislaciones que tipifican este delito cuentan con un sinnúmero de verbos rectores con la única finalidad de sancionar y perseguir a todo acto que sea, o se asemeje a lo tipificado. Esto quiere decir que, si bien es cierto, tiene un carácter positivo para la sociedad; ergo, tiene un rebote negativo al verse comprometidos en muchas ocasiones principios rectores del derecho o afectaciones constitucionales. Un claro ejemplo es cuando se pretende sancionar al profesional del derecho que, cumpliendo con su trabajo y rol social, se lo pretende acusar de blanqueo al cobrar honorarios que presuntamente vienen de actividades delictivas. En dicho caso, se ve comprometido el derecho a la defensa, presunción de inocencia y se pretende criminalizar a la profesión. Resaltando que, el abogado defensor estará desarrollando su rol de manera legítima siempre y cuando no cruce el umbral de la licitud a la ilicitud; pues, es distinto defender a una persona de una imputación, que ayudar al imputado a delinquir.

3. Producto de la expansión y la sed desmesurada de punir todo acto, y dar la posición de sujeto activo o subsumir toda conducta al lavado de activos, ha dado un resultado contraproducente para el estudio dogmático penal y constitucional. Pues, cuando se pretende establecer una Teoría del Caso respecto a un delito de lavado con actividad delictiva antecedente de carácter tributario, se va en contra del principio de taxatividad y legalidad. Ya que, como es de conocimiento común, para que se configure el blanqueo, debe existir una actividad delictiva antecedente que genere activos o bienes; por lo tanto, se verifica que el delito tributario no genera dichas ganancias, pues la persona que defrauda al Servicio de Rentas Internas, o a la entidad competente, dependiendo de cada Estado (hacienda pública), ya poseía dicho dinero. Es decir, que no ha sido la actividad delictiva la que ha generado dichos activos. Como se ha manifestado en el presente trabajo de investigación, el estudio jurídico y la administración de justicia deberá actuar apegada a derecho; y, cuando se pretende imputar estos supuestos, muchas veces se hace meramente lo contrario (es decir, la administración de

37 Soler, M., «La tributación de las actividades ilícitas», en *Revista española de derecho financiero*, Madrid, Editorial Aranzadi, 1995, p. 13

justicia deberá inclinarse a favor de la culpabilidad del sujeto activo siempre y cuando se cumpla con la norma, principios rectores; y, sobre todo, cuando exista la certeza de la existencia del tipo penal. Pues, una sentencia ejecutada en la cual el juzgador posee duda razonable no debería concluir en una sentencia condenatoria).

4. El Estado podría ejecutar una valoración errónea, pues, el hecho de declarar ingresos provenientes de una «actividad delictiva», constituyera de manera directa un impacto de doble sentido. Ya que el Estado estaría exigiendo que el sujeto activo declare de los ingresos de dicha actividad ilícita; y, haciendo un ejercicio de suposición, el mismo Estado estaría sirviendo de mecanismo para ingresar dichos activos al mercado lícito.

5. Por lo tanto, se verifica que el delito de lavado de activos o blanqueo de capitales es de manera concreta un injusto penal pluriofensivo. Pues, cuando se constituye o configura sus elementos, se caracteriza por comprometer a varios bienes jurídicos tutelados. Con aquello, se considera de vital importancia que el estudio del presente delito continúe; ergo, que pretenda expandir o intensificar a tal punto de suponer que todo acto puede ser una actividad delictiva antecedente idónea para el delito de lavado, no es correcto. Por ello, todo avance dogmático y de administración de justicia, deberá hacérselo mediante el respeto constitucional y de la norma penal positiva en sí.

## REFERENCIAS

- Bajo Fernández, M., *Derecho Penal, persona jurídica y el delito de blanqueo de capitales*, Santiago de Chile, Olejnik, 2018, p. 183.
- Blanco, I., *El delito de blanqueo de capitales* (3.ª ed.), Aranzadi, 2012, p. 374.
- Caparros, E., *Delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Colex, 1998, p. 196.
- Colina, I., García, R., *El Delito de defraudación tributaria en el COIP* (1ª ed.), Quito, Latitud Cero Editores, 2015, p. 143.
- Córdoba, J., *Notas a la traducción del tratado de derecho penal, de Maurach, Barcelona*, Ariel, 1962, p. 310
- Durrieu, R., *El lavado de dinero en la Argentina: análisis dogmático y político-criminal de los delitos de lavado de activos de origen delictivo (ley 25.246) y financiamiento del terrorismo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 23.
- Ferré, J., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 357.
- Ferré, J., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 108, 109.
- Göppinger, H., *Criminología*, Madrid, Ed. Reus, 1975, p. 1.
- Maiwad, M., *Conocimiento del ilícito y dolo en el derecho penal tributario*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, p. 13.
- Reyes, A., *La tipicidad*, Bogotá, Temis, 1997, p. 146.
- Silva, J., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Cevitas Ediciones, 2001, pp. 26-27.
- Soler, M., «La tributación de las actividades ilícitas», en *Revista española de Derecho Financiero*, Madrid, Editorial Aranzadi, 1995, p. 13.
- Tiedemann, K., *Manual de derecho penal económico. Parte general y especial*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 343, 344.
- Unesco, *Las ciencias sociales en la enseñanza superior: criminología*, España, Unesco, 1961, p. 13.
- Zambrano, A., *Lavado de Activos*, Santiago de Chile, Ediciones jurídicas de Santiago, 2020, p. 49.

Zambrano, A., *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ed. Olejnik, 2022, p. 62.

### LEGISLACIÓN

Código Orgánico Integral Penal, publicado en el RO-S 180 del 10 de febrero de 2014.  
Código Penal español y legislación complementaria, publicado en el boe del 13 de abril del 2022  
Constitución de Ecuador emanada por el RO 449, el 28 de octubre de 2008.  
Constitución de España emanada por el BOE 311 el 29 de diciembre de 1978.  
Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo. Reforma del Código Penal español en tráfico ilegal de drogas  
Ley Orgánica 8/1992, publicada en el BOE del 24 de diciembre de 1992.  
Ley para Reprimir el Lavado de Activos, publicada en el ro-s, n.º 127 del 18 de octubre de 2005.

### JURISPRUDENCIA

STS 189/2010, dictada el 9 de marzo del 2010.  
STS 265/2015, dictada por el Tribunal de la Corte Suprema.  
STS 974 / 2012.

### DIRECTIVA, INFORMES Y RESOLUCIONES

Directiva 91/308/cee del mes de junio del 1991.

# REVISTA CAP JURÍDICA CENTRAL



## El uso de la inteligencia artificial en derecho penal: un estudio y prevención de la violencia de género en Ecuador y Brasil

Nelson Paúl López | [iD](#) Universidad de las Américas (Ecuador)  
Isadora Merege Vieira | [iD](#) Universidade de Sevilla (España)

**RESUMEN** Este estudio pretende examinar el uso y las posibilidades que la inteligencia artificial (IA) brinda en el estudio y prevención de la violencia de género en Ecuador y Brasil. Se discute los orígenes de la inteligencia artificial y la historia de la violencia de género en ambos países, se estudia los modelos predictivos de inteligencia artificial en la identificación de posibles personas potencialmente violentas, a la anticipación de actos violentos y la mejora de las estrategias de intervención estatal. El objetivo es destacar cómo la inteligencia artificial puede ser una herramienta esencial en la lucha contra la alta incidencia de violencia de género en estos países.

**PALABRAS CLAVE** Inteligencia artificial, violencia de género, prevención, estrategias de intervención, Ecuador, Brasil.

FECHA DE RECEPCIÓN 30/09/2023 FECHA DE APROBACIÓN 06/11/2023

### Use of artificial intelligence in criminal law: It's study and prevention of gender violence in Ecuador and Brazil

**ABSTRACT** This study aims to examine the potential and applications of Artificial Intelligence (AI) in the study and prevention of gender-based violence in Ecuador and Brazil. It discusses the origins of AI and the history of gender violence in both countries, scrutinizing the role of AI predictive models in identifying potentially violent individuals, predicting violent acts, and enhancing state intervention strategies. The objective of the research is to highlight how AI can be an indispensable tool in combating the high prevalence of gender violence in these countries.

**KEY WORDS** Artificial intelligence, gender violence, prevention, intervention strategies, Ecuador, Brazil.

## INTRODUCCIÓN

La sociedad actual se enfrenta a una transformación digital<sup>1</sup> liderada por la inteligencia artificial (IA en lo sucesivo), expandiéndose a un sinnúmero de disciplinas y áreas de estudio. Entre ellas, su aplicabilidad en el estudio y prevención de la violencia de género,

<sup>1</sup> La incorporación de estas nuevas tecnologías como la IA, se conoce como transformación digital. Así lo dice el profesor de Universidad de Salamanca (España), Ing. Alfonso González Briones, experto en informática, software e inteligencia artificial.

un tema que adquiere especial relevancia en países latinoamericanos como Ecuador y Brasil. La intención de este artículo es explorar las posibilidades que brinda la ia en prevención de actos violentos, en la identificación de víctimas y agresores potenciales, e incluso en la posibilidad de anticiparse a la violencia antes de que el posible agresor la cometa, mejorando así las estrategias preventivas y de intervención de los agendes del Estado; sin duda, el uso de la IA en países como Ecuador y Brasil se podría convertir en una herramienta de ayuda, en virtud de que estos dos países latinoamericanos luchan día a día contra el alto índice de violencia de género.

En coherencia con lo expuesto, el estudio se desarrollará en cuatro etapas: (1) primero, entenderemos brevemente la historia de la inteligencia artificial; (2) segundo, entenderemos sobre el origen y la historia de la violencia de género, cuáles son los tipos y cómo afecta en los países estudiados; (3) tercero, abordaremos los modelos predictivos de inteligencia artificial y su utilización en casos de violencia de género; (4) finalmente, se exponen las conclusiones de esta investigación.

## INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Previo a abordar este fascinante primer tema de «inteligencia artificial», es necesario explorar brevemente sus orígenes, trazar su historia y entender el camino que ha recorrido. Esta herramienta creada por el ser humano se ha vuelto indispensable en nuestra vida cotidiana y juega un papel crítico en el estudio y la prevención de la violencia de género en países como Ecuador y Brasil. Por lo tanto, al entender los orígenes de esta transformación digital, tendremos la oportunidad de imaginar el futuro de la IA en el derecho penal, específicamente en los casos de «violencia de género».

### SIGLO XX, ORIGEN DE LA IA

El nacimiento de la inteligencia artificial (IA) se remonta al siglo xx, abarcando específicamente el período de 1936 a 1956. Durante estos años, emergió una figura clave en este campo: Alan Turing, originario de Londres, Reino Unido, visionario matemático, cuyas ideas podrían haber sido extraídas de películas futuristas, realizó una serie de publicaciones influyentes que sentaron el camino para el posterior desarrollo de la IA.

En abril de 1936, Turing realizó un destacado artículo titulado «Números calculables»<sup>2</sup> el mismo que fue publicado a inicios del año 1937. En este artículo presentó dos conceptos trascendentales. Primero, definió «computador»<sup>4</sup> como «la idea de una máquina que realiza el mismo trabajo que un humano»<sup>5</sup>. Segundo y más relevante, introdujo la «máquina universal de Turing»<sup>6</sup>, se trata de un dispositivo programable capaz de emular cualquier algoritmo informático, sin importar cuán complejo sea. Posteriormente, luego de la Segunda Guerra Mundial, Turing en el

2 Turing, A., «On computable numbers, with an application to the Entscheidungsproblem», Proceedings of the London Mathematical Society, vols. 2-42, issue 1, pp. 230-265.

3 «Terminó de redactar el primer borrador del mismo en abril de 1936; el artículo se publicó a comienzos de 1937 en Proceedings of the London Mathematical Society». Leavitt, D., *El hombre que sabía demasiado: Alan Turing y la invención de la computadora*, Barcelona, Spain, Antoni Bosch editor, 2006, p. 62.

4 En 1930 «la palabra *computadora* tenía un significado distinto al que tiene hoy en día: simplemente hacía referencia a una persona que hacía cálculos, es decir, una persona ocupada en el uso activo de algoritmos» (Leavitt, D., *El hombre que sabía demasiado: Alan Turing y la invención de la computadora*, Barcelona, Spain, Antoni Bosch editor, 2006, p. 61).

5 Erick J. Larson, en su libro *El mito de la inteligencia artificial*, Shackleton Books, 2022, pp. 15 a 42, cita el artículo de Alan Turing «Números calculables».

6 Léase más en Rebollo Delgado, L., *Inteligencia artificial y derechos fundamentales*. 1, Madrid, Dykinson, 2023, p. 20.

año 1950 realizó otra contribución significativa en el campo teórico: la «prueba o test de Turing»<sup>7</sup>, un criterio para evaluar la inteligencia de las máquinas. Este test, que se fundamenta en el «juego de la imitación»<sup>8</sup>, busca determinar si una máquina puede manifestar comportamientos inteligentes que resulten indistinguibles de aquellos de un ser humano.

No podemos negar el peso que los trabajos de Alan Turing han tenido en el progreso de las ciencias computacionales, la informática moderna, y en particular en la inteligencia artificial. Sin embargo, a pesar de la importancia significativa de sus contribuciones, fue preciso llegar al año 1956 para que la ia se estableciera formalmente como un campo propio de investigación científica. Este fue el año crucial en que la ia trascendió la teoría, para convertirse en un área concreta de estudio científico.

El origen del término «inteligencia artificial» fue instaurado oficialmente en la conferencia realizada en Dartmouth College el 31 de agosto de 1956. Este notable evento congregó a notables científicos, entre los que se encontraban figuras célebres como Marvin Minsky, Claude Shannon, Herbert Simon y Allan Nevell. Aún así, fue John McCarthy quien acuñó el nombre *inteligencia artificial*<sup>9</sup>, y se le atribuye la formulación de dicho concepto. De acuerdo a su explicación, la inteligencia artificial radica en «la ciencia e ingenio de hacer máquinas inteligentes, especialmente programas de cómputo inteligentes»<sup>10</sup>. Este grupo excepcional de científicos, tenían la ambición de construir máquinas inteligentes como nosotros antes del final de siglo.

Finalmente, este nuevo campo científico (ia) experimentó una fase de «invierno» y múltiples altibajos a lo largo de su historia, el primer ciclo comenzó con una etapa de gran optimismo y altas expectativas que tuvo lugar entre las décadas de 1950 y 1970, conocidos como los años dorados de la ia, como lo vimos en párrafos anteriores, el cual fue seguido por un declive en la década de los 70, que se extendió hasta los años 90. Esta decadencia fue porque hubo una disminución de la financiación y del interés en la ia de la población en general, debido a las promesas incumplidas sobre su potencial y a limitaciones técnicas que parecían insuperables. Sin embargo, a partir del año 1994, la ia experimentó un renacimiento notable gracias al rápido avance de la tecnología informática, que permitió superar muchas de las dificultades anteriores. Este resurgimiento ha continuado hasta el día de hoy redefiniendo los límites de lo que la ia puede lograr.

Sin duda, actualmente la ia forma parte de la cuarta revolución industrial, la Revolución 4.0. Al igual que las revoluciones anteriores, alteraron radicalmente la sociedad y las economías con innovaciones como la mecánica, la energía eléctrica y la informática, también la ia está forjando un nuevo paradigma. En marzo del año 2023, se pudo evidenciar un crecimiento acelerado de la ia, lo que no se hizo en décadas. Entre sus capacidades destacan el aprendizaje automático (AA) *machine learning*, decisiones orientadas a datos, las cuales están reformando empresas, administraciones públicas y la vida de los que formamos parte de este mundo. Y, como sabemos, toda revolución invita no solo a participar, sino a evolucionar y adaptarse en esta era de acelerada

7 En 1950, publicó un artículo titulado «Maquinaria computacional e inteligencia», planteando la posibilidad de crear máquinas inteligentes. Su propuesta se basaba en un juego conocido como «el juego de la imitación». El juego original consiste en el que un interrogador o juez interactúa con un hombre y una mujer, pero sin poder verlos físicamente. El objetivo del interrogador es tratar de determinar quién es el hombre y quién es la mujer haciendo preguntas alternadas. La peculiaridad del juego es que el hombre intenta engañar al interrogador haciéndose pasar por la mujer, mientras que la verdadera mujer colabora para que el interrogador pueda descubrir la verdad. Alan Turing reformuló este juego reemplazando al hombre y a la mujer por un ordenador y una persona. Así nació lo que ahora conocemos como el «test de Turing». En este caso, un juez humano realiza preguntas mecanografiadas tanto al ordenador como a la persona, y si el juez no puede determinar cuál es cuál, entonces se considera que el ordenador ha ganado.

8 El juego de la imitación es un concepto fascinante que ha impulsado el desarrollo de la inteligencia artificial y plantea cuestiones profundas sobre la naturaleza de la inteligencia y la capacidad de las máquinas para pensar y comportarse de manera similar a las de un ser humano.

9 Miguel Ángel Presno Linera, *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, Marcial Pons Fundación Manuel Giménez Abad, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 2022.

10 Russell, S. J., Norvig, P. N., *Artificial intelligence: a modern approach* (3.ª ed.), Upper Saddle River, N. J., Prentice Hall, 2009.



innovación. Como diría Erik J. Larson, quien es un científico experto en ia, existe un mito sobre la inteligencia artificial:

Lo de «mito» no se refiere a la imposibilidad de una ia verdadera. A ese respecto, el futuro de la ia es un misterio para la ciencia. El mito de la inteligencia artificial consiste en afirmar que su llegada es inevitable, mera cuestión de tiempo —que nos hemos adentrado ya en el sendero que conducirá a una ia de nivel humano, y más tarde a una superinteligencia—<sup>11</sup>.

Cabe recordar que la tecnología es un medio, más no un fin, y la ia es una herramienta más, creada por una *inteligencia humana*, sin embargo, tenemos que estar preparados para los retos y las posibilidades que plantea la inteligencia artificial en países como Ecuador y Brasil.

### ¿QUÉ ES LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA)?

Con base en las investigaciones científicas y la doctrina que hemos realizado podemos definir a la IA, como un software que, mediante una serie de algoritmos, y una alimentación de datos, se establece un objetivo y se obtiene un resultado. Autores actuales como Miguel Ángel Presno, en su último libro, del año 2022 en Madrid, nos orienta señalando que «la ia pretende sintetizar o reproducir los procesos cognitivos humanos, tales como la percepción, la creatividad, la comprensión, el lenguaje o el aprendizaje»<sup>12</sup>.

Actualmente Europa, quien es pionero en regular próximamente la inteligencia artificial, en su borrador de Ley de Inteligencia Artificial, señalan que la IA es:

El software que se desarrolla empleando una o varias técnicas y estrategias que figuran en el Anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa<sup>13</sup>.

Un dato importante a saber es que la ia utilizada en los años 50 a los 90 fue una ia simbólica, y a partir del año 2000 se utilizó una ia basada exclusivamente en datos y en aprendizaje automático (AA).

Finalmente, es importante hacer énfasis en que la inteligencia artificial (IA) tiene como objetivo desarrollar sistemas capaces de realizar trabajos que normalmente requieren de la «inteligencia humana», como el reconocimiento de voz, el aprendizaje, la planificación, el reconocimiento de patrones, etc. Sin embargo, los humanos juegan un papel crucial en este tipo de transformación digital. No solo se encargan de ingresar los datos en los sistemas de IA, sino que también son responsables de establecer los algoritmos, que son las instrucciones detalladas que dirigen el funcionamiento de estos sistemas. La capacidad de un algoritmo de IA para producir buenos resultados no reside únicamente en la cuestión técnica, sino también en cómo los humanos configuran los objetivos y las estrategias del mismo. Es por ello que el buen uso de los algoritmos dependerá de la precisión, veracidad y relevancia de los datos ingresados, así como de los objetivos y parámetros establecidos por los humanos, porque en caso de introducir datos erróneos no se obtendría el resultado deseado. En conclusión, si bien la ia se basa en máquinas, son las habilidades, experiencias y juicios humanos los que realmente impulsan y determinan su éxito.

11 Larson, Erick J., en su libro *El mito de la inteligencia artificial*, Shackleton Books S. L., 2022, p. 7.

12 Presno Linera, Miguel Ángel, *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, 2022, cita a Russell, S., y Norvig, P., *Inteligencia artificial: un enfoque moderno*, Madrid, Pearson Education, 2004.

13 Art. 3 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de IA (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, de 21 de abril de 2021.

## VIOLENCIA DE GÉNERO: CONCEPTOS E HISTORIA

El concepto género, inscrito en la expresión violencia de género, se refiere a las creencias, actitudes, sentimientos, valores y conductas que marcan la diferencia entre hombres y mujeres a través de un proceso de construcción social. Es decir, el desequilibrio de las relaciones de poder que concede más valor a los roles masculinos produce la socialización de hombres y mujeres desde la perspectiva patriarcal (Plan Municipal contra la violencia, versiones de años 2007-2009, 2007).

Hablar de «violencia contra las mujeres» remite a las relaciones patriarcales de género y a la desproporcionalidad que se establece en la relación de convivencia, identidad y sexualidad entre los sexos. Las Naciones Unidas (Conferencia Beijing, 1995) entienden que «violencia contra la mujer significa cualquier acto basado en el género que resulte en daños psicológicos, sexuales, físicos, incluyendo amenazas de tales actos, privación de la libertad».

La violencia de género es una idea más amplia, que abarca víctimas como mujeres, niños y adolescentes de ambos sexos. En el ejercicio de la función patriarcal, los hombres tienen el poder de determinar la conducta de las categorías sociales nombradas, recibiendo autorización o, al menos, tolerancia de la sociedad para castigar lo que consideran una desviación. Incluso si no hay ningún intento por parte de las víctimas potenciales de seguir caminos distintos de los prescritos por las normas sociales, la ejecución del proyecto de dominación-explotación de la categoría social hombres requiere que su poder de mando sea auxiliado por la violencia. De hecho, la ideología de género es insuficiente para garantizar la obediencia de las potenciales víctimas a los dictados del patriarca y este necesita utilizar la violencia (Saffioti, 2001).

Sin embargo, las mujeres como categoría social no tienen un proyecto de dominación-explotación de los hombres. El concepto de dominación-explotación o explotación-dominación se entiende porque el proceso de sometimiento de una categoría social tiene dos dimensiones: dominación y explotación (Saffioti, 2001). Como explica Bordieu (1996):

La fuerza del orden masculino puede medirse por el hecho de que no necesita justificación: la visión androcéntrica se impone como neutra y no tiene necesidad de enunciarse, buscando su legitimación. El orden social funciona como una inmensa máquina simbólica, tendente a ratificar la dominación masculina en la que se basa: es la división social del trabajo, una distribución muy restringida de las actividades asignadas a cada uno de los dos sexos, su lugar, su momento, sus herramientas.

Así, la propia dominación masculina es una manifestación de la violencia contra las mujeres (Bordieu, 1998):

La violencia simbólica se establece a través de la adhesión que los dominados no pueden dejar de conceder al dominador (y, por tanto, a la dominación), ya que no tienen otro medio de pensar en él o de pensarse a sí mismos, o mejor dicho, de pensar su relación con él, que los instrumentos de conocimiento que ambos tienen en común y que, al no ser más que la forma incorporada de la relación de dominación, muestran que esta relación es natural; o, en otras palabras, que los esquemas que moviliza para percibirse y evaluarse a sí mismo o para percibir y evaluar al dominador son producto de la incorporación de clasificaciones, así naturalizadas, de las que su ser social es producto.

Los estudios feministas sobre la violencia de género consideran especialmente el patriarcado como uno de los pilares de la violencia contra las mujeres y, en relación con él, la posición de dominación simbólica masculina. De esta forma, el patriarcado y la dominación masculina, si se tomaran de forma aislada, serían causas insuficientes para explicar la violencia contra las mujeres. A pesar de las debilidades que ambos conceptos presentan en la sociedad contemporánea, así como de las críticas que se les atribuyen, siguen teniendo significados y consecuencias importantes para entender el mantenimiento de las estructuras familiares (Saffioti, 2001).

La utilización del patriarcado como sistema de dominación de los hombres sobre las mujeres nos permite ver que la dominación no solo está presente en la esfera familiar, ni solo en la esfera laboral, ni en los medios de comunicación o en la política. El patriarcado conforma la dinámica social en su conjunto, e incluso está inculcado en el inconsciente de hombres y mujeres individual y colectivamente como categorías sociales.

Carole Pateman (1993) explica que esta concepción del patriarcado, según la cual es la génesis de la constitución de toda la vida social, un atributo universal de la sociedad humana, es una concepción literal —paternal, paternal— y genérica del patriarcado, estrictamente relacionada con el supuesto de que las relaciones sociales patriarcales se refieren a la familia.

La perspectiva en la que la división sexual del trabajo es consecuencia de una estructura patriarcal determinante, es decir, la percepción teórica de base y superestructura, pone de relieve una de las posibles interpretaciones del concepto de patriarcado, probablemente una interpretación marxista. Como ya se ha señalado, para Saffioti, el feminismo marxista puede dividirse en los que admiten la subordinación del patriarcado al sistema capitalista —los socialistas de Delphy— y los que utilizan el concepto de patriarcado únicamente en forma de ideología; lo que parece ser el caso de la visión de base y superestructura (Saffioti, 1992).

Se calcula que el patriarcado tiene unos 2603-4 años de antigüedad y es, por tanto, muy joven en comparación con la edad de la humanidad, que se estima entre 250 y 300 mil años. En las sociedades cazadoras y recolectoras, generalmente se encomendaba a las mujeres la tarea de recolectar alimentos, no porque se las considerara físicamente más débiles, sino porque solo ellas podían amamantar a los niños. Como el trabajo de las mujeres se realizaba con el bebé sujeto al pecho de la madre, el menor susurro del niño ahuyentaba a la caza. De este modo, las mujeres eran fundamentales para la unidad social, ya que mantenían unida a la comunidad. Evelyn Reed señala que, mientras los hombres se ocupaban de la caza y la guerra, las mujeres desarrollaban la mayoría de las herramientas, conocimientos y técnicas que constituían la base del progreso social. «Ninguna mujer dependía de un hombre para su subsistencia y ninguna criatura dependía de un padre o incluso de una madre para mantenerse» (Cunha, 2014).

Tanto el patriarcado como el machismo tienen orígenes similares: el conservadurismo a ultranza y la religión. Dentro del cristianismo antiguo, la religión hacía uso del control social, siendo las mujeres las más afectadas. El estándar de la época no era solo la mujer pura, casta, virginal... El hombre tenía el deber divino, delegado por Dios, de subyugar a la mujer, de ser el patriarca y controlarlo todo, incluida su esposa, que era un complemento de su ser (Merege, 2022).

Resulta que esta idea de que la mujer era solo una figura sin derechos y solo con deberes domésticos y familiares ha sido superada por el cambio social que se ha producido. La llegada de normas, leyes y pactos que protegían, salvaguardaban y además proporcionaban unas condiciones mínimas a las mujeres revolucionó todo un sistema de patriarcado y machismo que se había mantenido durante años. Este cambio social se impuso gracias a la lucha y la muerte de muchas mujeres que salieron a exigir derechos básicos. Como consecuencia, el derecho se vio obligado a acompañar esta transformación sancionando estas leyes, de las cuales varios países fueron signatarios (Merege, 2022).

De esta manera, el patriarcado y la religión contribuyeron a legitimar el machismo y dar fuerza a la dominación masculina, ambos pilares fundamentales de la violencia de género.

## TIPOS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER: BRASIL Y ECUADOR

La violencia contra las mujeres se clasifica de forma diferente en cada país. No hay forma de generalizar los tipos. Lo que ocurre es que su concepto es el mismo y su base no cambia, pero cada nación entiende el tipo de violencia que más se comete en su país y, por lo tanto, basa sus leyes en él.

En Brasil, la ley que establece los conceptos de violencia contra la mujer es la Ley 11.340/06, conocida como Ley María da Penha. La historia y el nombre dados a esta ley provienen de un pasado violento. María da Penha es una mujer brasileña a la que su marido estuvo a punto de quitar la vida en dos ocasiones: la primera vez la dejó parapléjica el 29 de mayo de 1983, y la segunda intentó electrocutarla mientras se duchaba.

La historia de María da Penha es como la de tantas otras víctimas de la violencia doméstica en este país. La repercusión de su caso fue tal que el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) junto con el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (cladem) presentaron una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos. Era la primera vez que la OEA aceptaba una denuncia por violencia doméstica (Dias, 2015).

Fue entonces cuando Brasil decidió cumplir los convenios y tratados internacionales de los que es signatario. De ahí la referencia en el título de la ley a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; la llamada Convención de Belém do Pará (Dias, 2015).

El proyecto, iniciado en 2002, fue elaborado por cinco organizaciones no gubernamentales (ONG) que trabajan en el ámbito de la violencia doméstica. El Grupo de Trabajo Interministerial, creado por el Decreto 5.030/04 bajo la coordinación de la Secretaría Especial de Políticas para las Mujeres, elaboró el proyecto, que fue enviado al Congreso en noviembre de 2004 (Dias, 2015).

Aunque la Comisión solicitó información al gobierno brasileño cuatro veces, nunca recibió respuesta. En 2001, Brasil fue condenado internacionalmente. El Informe n.º 54 de la oea, además de imponer el pago de una indemnización de usd 20.000,00 a favor de María da Penha, responsabilizó al Estado brasileño por negligencia y omisión frente a la violencia doméstica, recomendando la adopción de diversas medidas, entre ellas «la simplificación de los procedimientos judiciales penales para que se reduzca el tiempo procesal» (Dias, 2015).

Solo entonces Brasil decidió cumplir con las convenciones y tratados internacionales de los que es signatario. De ahí la referencia en el título del proyecto de ley a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer —la llamada Convención de Belém do Pará (Dias, 2015)—. El proyecto, iniciado en 2002, fue elaborado por cinco organizaciones no gubernamentales (ONG) que trabajaban con la violencia doméstica. El Grupo de Trabajo Interministerial, creado por el Decreto 5.030/04 bajo la coordinación de la Secretaría Especial de Políticas para las Mujeres, elaboró el proyecto, que fue enviado al Congreso en noviembre de 2004 (Dias, 2015).

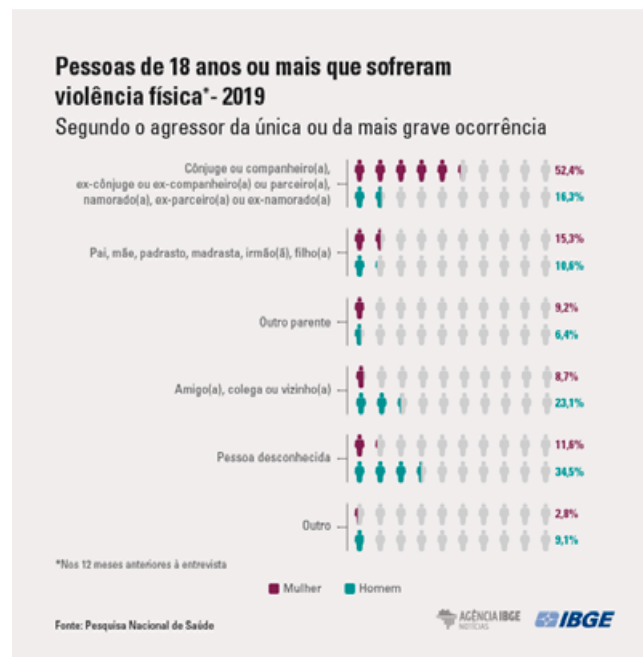
María da Penha, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA y el poder legislativo han hecho su parte. Ahora, aunque lentamente, el Estado viene implementando las medidas necesarias y adoptando las políticas públicas previstas en la ley. La Ley María da Penha regula el tratamiento de la violencia doméstica y familiar contra las mujeres y se ha convertido en una referencia tanto en el ordenamiento jurídico nacional como en el internacional, porque rompió la tradición de permisividad hacia la violencia doméstica que existía hasta entonces.

La Ley 11.340/06, entonces conocida popularmente como Ley María da Penha, contempla cinco tipos de violencia doméstica y familiar contra la mujer en todos los apartados del artículo 7: violencia física, violencia psicológica, violencia moral, violencia patrimonial y violencia sexual.

En Ecuador, tanto el Código Penal en sus artículos 155 a 158 como la Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también contemplan algunos tipos de violencia contra la mujer en el artículo 10: violencia física, violencia psicológica, violencia sexual, violencia económica y patrimonial, violencia simbólica, violencia política y violencia gineco-obstétrica.

### ENTRE LOS TIPOS DE VIOLENCIA, EN ESTE ARTÍCULO SE DESTACA LA VIOLENCIA FÍSICA

El IBGE (Instituto Brasileño de Geografía y Estadística) realizó una encuesta sobre la violencia en Brasil, en la que se constató que la violencia afecta más a las mujeres, los jóvenes, las personas negras o morenas y la población de menores ingresos. Según la PNS (Encuesta Nacional de Salud), el porcentaje de mujeres que habían sufrido violencia en los 12 meses anteriores a la entrevista era del 19,4%, frente al 17,0% de los hombres. Entre los jóvenes de 18 a 29 años, el porcentaje es del 27,0%, mientras que entre los de 30 a 39 años es del 20,4%; entre los adultos de 40 a 59 años del 16,5% y del 10,1% entre los de 60 años o más. Los negros (20,6%) y los morenos (19,3%) sufrieron más violencia que los blancos (16,6%). Las parejas, exparejas, novios y exnovios o familiares fueron los principales agresores de las mujeres que sufrieron violencia física (52,4%), psicológica (32,0%) y sexual (53,3%), y la violencia se produjo con mayor frecuencia en el hogar.



La violencia física se produce con mayor frecuencia en los hogares de las víctimas (54,0%), con un 72,8% de mujeres y un 31,7% de hombres que la denuncian. Los sucesos en lugares públicos representaron el 29,0% de los casos, y los varones protagonizaron el 42,1% de las agresiones, frente a las mujeres, con el 17,9% de los casos.

El representante del INEC (Instituto Nacional de Estadística y Censos) presentó los Resultados de la ii Encuesta de Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres; señaló que esto ha revertido un esfuerzo interinstitucional para lograr tener información que dé cuenta del estado del fenómeno y que también dé líneas de

acción para las decisiones de política pública. La encuesta fue realizada por muestreo probabilístico a escala nacional (urbano-rural); alrededor de 21 mil viviendas fueron visitadas para indagar las preguntas a este fenómeno a lo largo de la vida de la mujer y también durante los últimos doce meses. El instrumento presentado arroja los principales resultados: 65 de cada 100 mujeres han sufrido a lo largo de su vida, al menos un hecho relacionado con la violencia de género. Treinta y cinco de cada cien mujeres han declarado ser víctimas de violencia física.

La violencia física es la forma más común de violencia. El hecho es que el patriarcado y la desigualdad de género son los pilares que sostienen esta agresión. Al cosificar a la mujer, tratándola como posesión y propiedad, violarla físicamente se convierte en una tarea más fácil, dado que al otro lado hay un objeto y no una persona. Así es como se justifica la violencia de género: haciendo uso de diversos factores socioculturales, convirtiendo, en consecuencia, los entornos en más nocivos para la salud física y mental de las mujeres.

### Modelos predictivos de IA y su utilización en casos de violencia de género

Una vez entendido el origen de la ia y el de violencia de género, es momento de entrar al punto central de la presente investigación. Como es de conocimiento, el uso de la inteligencia artificial (ia) se ha ampliado a distintos campos, incluyendo el derecho penal, en particular la violencia de género. En este capítulo, nos enfocaremos en un sistema específico: el sistema de seguimiento integral en los casos de violencia de género (VioGén) implementado en España.

Según la auditoría de externa del sistema VioGén en marzo del 2022 y la página web oficial del Ministerio del Interior del Gobierno de España<sup>14</sup>, describen este sistema como:

[U]na herramienta recogida en la Red sara española (Sistemas y Redes de Aplicaciones para Administradores), cuyo propósito es armonizar las iniciativas de los profesionales públicos de España que son responsables del monitoreo, asistencia y salvaguarda de las mujeres que denuncian violencia de género y de sus descendientes. Así, VioGén aspira a establecer una red de entidades con habilidades en el terreno de la prevención de la violencia de género y proporcionar soluciones rápidas, abarcadoras, operativas y de alta calidad a la violencia de género a lo largo del país. (Auditoría Externa VioGén 2022)

Inaugurado el 26 de julio del 2007, Vio-Gén<sup>15</sup> se ejecuta a través del Ministerio del Interior y se ha desarrollado con el principal objetivo de establecer un efectivo sistema de prevención, en situaciones de riesgo de violencia de género. Este sistema utiliza modelos predictivos de ia para identificar y categorizar el nivel de riesgo de las víctimas potenciales. Miguel Ángel Presno señala que VioGén constituye el mayor sistema eficiente del mundo en ese ámbito, con más de tres millones de casos registrados<sup>16</sup>.

14 [https://eticasfoundation.org/wp-content/uploads/2022/04/ETICAS\\_-\\_Auditoría-Externa-del-sistema-VioGén\\_-\\_20220308.docx.pdf](https://eticasfoundation.org/wp-content/uploads/2022/04/ETICAS_-_Auditoría-Externa-del-sistema-VioGén_-_20220308.docx.pdf). <https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/servicios-al-ciudadano/violencia-contra-la-mujer/noticias-y-eventos/Libro-Violencia-de-Genero.pdf>

15 Consiste en una aplicación web a la que acceden usuarios de las fuerzas y cuerpos de seguridad (Policía Nacional y Guardia Civil obligatoriamente, y las policías autonómicas y locales que voluntariamente se adhieran), instituciones penitenciarias, juzgados, institutos de medicina legal y ciencias forenses, oficinas de asistencia a las víctimas, fiscalías, delegaciones y subdelegaciones del Gobierno y, finalmente, servicios sociales y organismos de igualdad de las diferentes comunidades autónomas. (<https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/servicios-al-ciudadano/violencia-contra-la-mujer/noticias-y-eventos/Libro-Violencia-de-Genero.pdf>). (La valoración policial del riesgo de violencia contra la mujer pareja en España, Sistema de Seguimiento Integral en los Casos de Violencia de Género. Ministerio del Interior. Gobierno de España, Madrid, septiembre del 2018, p. 6).

16 Presno Linera, Miguel Ángel, *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, Marcial Pons Fundación Manuel Giménez Abad, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 2022.

El sistema funciona tomando en cuenta numerosas variables, datos y factores en cada caso específico, se establece un objetivo de predecir el nivel de riesgo y se obtiene un resultado, de saber si es un riesgo potencial alto, leve o bajo, sin embargo, VioGén, aunque no tenga un sistema de aprendizaje automático (aa) o machine learning, usa algoritmos predictivos, y se consideraría una forma de inteligencia artificial. La ia no se limita únicamente a la capacidad de aa. Hay varios tipos de ia, y estos pueden clasificarse en ia débil y ia fuerte. La ia débil se diseña para realizar una tarea específica, mientras que la ia fuerte puede realizar actividades más generales que requieren pensamiento humano. Aunque el sistema VioGén no tenga un sistema de aa, sí puede realizar tareas específicas de forma eficiente, por ejemplo, recopilación y tratamiento de datos, predicción de reincidencia de los agresores, es decir, puede caer dentro de la definición de la ia débil.

El Ministerio de Interior del Gobierno de España, destaca que durante los últimos «15 años, desde su instauración el 26 de julio de 2007, el Sistema de Seguimiento Integral en los casos de violencia de género (sistema VioGén)» ha estudiado cuidadosamente un total de 701.563 casos y ha efectuado sobre 5,4 millones de valoraciones de riesgo efectuadas por las autoridades policiales»<sup>17</sup>.

Asimismo, el sistema VioGén se encuentra diseñado para cumplir con los siguientes objetivos (España 2018)<sup>18</sup>:

- a) Unificación de diversas instituciones públicas encargadas de la violencia de género.
- b) Incorporar información relevante según sea necesario.
- c) Aliviar el proceso de evaluación del riesgo de reincidencia de la violencia.
- d) En función del grado de riesgo, ofrece seguimiento y protección a las víctimas, si es necesario, en todo el país.
- e) Asistir a la víctima en la creación de un «plan de seguridad personalizado», que incluya medidas de autodefensa adecuadas y factibles.
- f) Agilizar la prevención, anunciando avisos, alertas y alarmas a través de un subsistema de notificaciones automáticas cuando se identifiquen incidentes o eventos que puedan amenazar la integridad de la víctima.

Presno en su libro titulado *Derechos fundamentales e inteligencia artificial* hace un análisis sobre el funcionamiento del sistema VioGén y recoge algunos datos importantes de la auditoría externa realizada al sistema (Presno 2022):

El sistema funciona a través de dos formularios (Protocolo Dual): Valoración Policial del Riesgo (VPR) y Valoración Policial de la Evolución del Riesgo (VPER). El formulario VPR realiza la primera valoración del riesgo en el momento de la denuncia de la agresión a la policía, mientras que el formulario VPER realiza el seguimiento de la evolución del riesgo de violencia de género. Estos protocolos de valoración son revisados y corregidos por un equipo multidisciplinar de expertos. La quinta versión, la más actualizada, se publicó en marzo de 2019. Desde entonces, la valoración del riesgo se realiza a través del VPR5.0-H Y VPER4.

Cuando una mujer presenta una denuncia los agentes de policía rellenan el formulario VPR5.0-H. Este formulario incluye 5 dominios con 35 indicadores de riesgo. Cada ítem se valora como «presente» y «no presente». De este modo, la recogida de información está estandarizada en todo el país. Una vez cumplimentado el formulario, el sistema asigna una puntuación de riesgo de violencia de género. Los niveles de esta puntuación de riesgo son «no apreciado», «bajo», «medio», «alto» y «extremo». Los agentes de policía solo pueden modificar la puntuación a un nivel de riesgo más alto, y no al revés, es decir, no se puede bajar la puntuación de riesgo calculada por el algoritmo VioGén. Sin embargo, y a pesar de que los agentes pueden aumentar la puntuación de riesgo asignada automáticamente, se informa de que rara vez lo hacen. En el 95 por 100 de los casos, los agentes mantienen la puntuación de riesgo asignada automáticamente.

17 Página oficial del Ministerio de Interior de España: <https://www.interior.gob.es/opencms/es/detalle/articulo/VioGen-cumple-15-anos-con-mas-700.000-casos-analizados-y-54-millones-de-valoraciones-de-riesgo-realizadas/>

18 <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/violencia-contra-la-mujer/sistema-viogen>

VioGén se basa en una serie de indicadores que evalúan una variedad de factores, incluyendo la historia del agresor y su comportamiento, la percepción de la víctima, las circunstancias a nivel personal y la información sociodemográfica. Utilizando algoritmos de ia, estos indicadores se analizan para predecir el riesgo de violencia futura.

En resumen, el uso de ia en el sistema VioGén ejemplifica cómo la tecnología puede ser un aliado valioso en la lucha contra la violencia de género. Aunque su implementación conlleva desafíos, los beneficios potenciales han sido significativos, durante estos 15 años, desde su implantación en España.

La IA tradicionalmente ha desempeñado roles predictivos y de diagnóstico en varios campos del derecho penal, con aplicaciones como Riscanvi, que calcula el posible riesgo de reincidencia de los presos, o sistema COMPAS, que es una herramienta estructurada para valorar el riesgo de reincidencia y las necesidades criminógenas de la persona y finalmente el sistema VioGén de España, implementado en los casos de violencia de género.

## CONCLUSIONES

La inteligencia artificial (IA) se perfila como un poderoso aliado en la lucha contra la violencia de género y es una herramienta valiosa que pararía los altos índices de violencia de género, sin embargo, sistemas algorítmicos como VioGén, al estar alimentados de millones de datos, plantea un debate importante sobre la aparición de sesgos potenciales, en particular una posible vulneración de los principios de igualdad y no discriminación.

En este contexto, si el sistema detecta, por ejemplo, que el posible agresor proviene de una familia con limitada capacidad económica o por su ubicación geográfica, etc., puede generar prejuicios sesgados que estigmatizan a ese segmento de la población, es decir, provoca un impacto desfavorable en una persona o en un grupo de personas.

Se podría decir que es un peligro inherente a la ia, porque si no se supervisa y se ajusta correctamente, la misma tecnología que busca proteger a las víctimas puede acabar reforzando, inadvertidamente, los estereotipos y patrones discriminatorios presentes en los datos con los que fue entrenado. Lo esencial para implementar este tipo de transformación digital, sería realizar controles rigurosos y auditorías regulares de los sistemas, mostrando transparencia y aplicabilidad de los datos, minimizando así cualquier sesgo no deseado y garantizando un enfoque equitativo y apegado a los derechos constitucionales.

Implementar un sistema algorítmico como VioGén en país como Ecuador y Brasil, dado sus altos índices de violencia de género, podría llevar a avances significativos en la lucha contra la violencia de género. Sin embargo, factores como el acceso a la tecnología, el nivel de digitalización de los registros policiales y judiciales, y la predisposición de los gobiernos para adoptar tecnología nueva, podría ser un obstáculo para su implementación y efectividad.

Es verdad que, para adaptar VioGén en ambos países, habría que considerar múltiples factores, las multiculturalidades, las tasas y tipos de violencia de género prevalentes. Sin embargo, al implementar un sistema como VioGén podría llevar a una mejor protección para las víctimas de violencia de género y un mayor rendimiento de los recursos destinados a combatir este problema constante y actual en Ecuador y Brasil.

La cuestión de la violencia de género siempre se ha basado en diversos factores socioculturales y religiosos arraigados en la sociedad. En el pasado, la mujer era legítimamente un objeto, una cosa, que solo tenía derechos y deberes domésticos y reproductivos, lo que ha causado muchos traumas en la historia de la humanidad, hasta el punto de que los movimientos feministas empezaron a organizarse para cambiar esta



situación. Un gran reflejo de esta violencia, que hasta hoy la propia ONU considera una epidemia mundial, es el elevado número de mujeres que sufren agresiones físicas. Tanto Brasil como Ecuador son países extremadamente inseguros para que vivan las mujeres. Los altos índices de mujeres que sufren agresiones físicas, especialmente en el ámbito doméstico por parte de sus cónyuges, demuestra que la historia se repite.

Fue una gran lucha crear leyes y tratados que protegieran a las mujeres debido a su vulnerabilidad en una relación. Tanto Brasil como Ecuador obedecieron y siguieron la influencia de los pactos, creando normas responsables de esta protección. En Brasil, la Ley María da Penha (Ley 11.340/06), que lleva el nombre de una importante víctima de la violencia de género, no solo protege los derechos de las mujeres, sino que también prevé la resocialización de los hombres agresores. En Ecuador, tanto el Código Penal como la Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres trabajan para salvaguardar la seguridad de las mujeres. El problema es que ambos países entraron en la guerra demasiado tarde. Brasil y Ecuador se enfrentan ahora a las omisiones de años de inseguridad y abusos contra las mujeres. Las consecuencias de los altos índices de violencia física se reflejan en una sociedad inestable, misógina y peligrosa para las mujeres.

La perspectiva de cambio pasa por el primer paso: combatir esta violencia, algo que ambos países ya han iniciado. Ahora solo el tiempo y el cambio cultural serán los mayores responsables de este cambio en la forma de comportarse de una sociedad.

## REFERENCIAS

- Turing, A., «On computable numbers, with an application to the entscheidungsproblem», *Proceedings of the London Mathematical Society*, vols. 2-42, issue 1, pp. 230-265.
- Bourdieu, Pierre, *La domination masculine*, Saint-Amand-Montrond, Éditions du Seuil, 1998, p.15.
- Cunha, B. M., Violência contra a mulher, direito e patriarcado: perspectivas de combate a violência de gênero. XVI Jornada de Iniciação Científica de Direito da UFPR, 2014.
- Dias, Maria Berenice, Lei Maria da Penha: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, *Revista dos Tribunais* (4.<sup>a</sup> ed.), São Paulo, 2015.
- Larson, Erick J., *El mito de la inteligencia artificial*, Shackleton Books S. L., 2022, p. 7.
- Leavitt, D., *El hombre que sabía demasiado: Alan Turing y la invención de la computadora*, Barcelona, Spain, Antoni Bosch editor, 2006, p. 61.
- Merege, Isadora S. V., Direito à Cultura X Direito à Educação Sexual: uma discussão à respeito da Mutilação Genital Feminina. In vii cidh Coimbra, 2022. Anais. Campinas, Jundiaí, Editora Basílica, 2023, p. 24-37.
- Presno Linera, Miguel Ángel, *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, 2022, cita a Russell, S. y Norvig, P., *Inteligencia Artificial: un enfoque moderno*, Madrid, Pearson Education, 2004.
- Morgante, M. M., Nader, Maria B., «O patriarcado nos estudos feministas: um debate teórico. Anais do xvi Encontro Regional de História do Anpuh-Rio: saberes e práticas científicas». Agosto de 2014. Extraído de: [https://www.encontro2014.rj.anpuh.org/resources/anais/28/1399953465\\_ARQUIVO\\_textoANPUH.pdf](https://www.encontro2014.rj.anpuh.org/resources/anais/28/1399953465_ARQUIVO_textoANPUH.pdf)
- Pateman, Carole, *O contrato sexual*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1993.
- Presno, Miguel Ángel, *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, Madrid, 2022.
- Russell, S. J. y Norvig, P. N., *Artificial intelligence: a modern approach* (3.<sup>a</sup> ed.), 2009, Upper Saddle River, N. J., Prentice Hall.

Saffioti, Heleieth, I. B., «Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero: Dossiê: Feminismo em questão», 2001. Extraído de <https://doi.org/10.1590/S0104-83332001000100007>

Saffioti, Heleieth, I. B., Rearticulando gênero e classe social. In Costa, Albertina de Oliveira; Bruschini, Cristina. *Uma questão de gênero*. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 1992.

#### PÁGINAS WEB

[https://eticasfoundation.org/wp-content/uploads/2022/04/ETICAS\\_-\\_Auditoría-Externa-del-sistema-VioGén\\_-\\_20220308.docx.pdf](https://eticasfoundation.org/wp-content/uploads/2022/04/ETICAS_-_Auditoría-Externa-del-sistema-VioGén_-_20220308.docx.pdf).

<https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/servicios-al-ciudadano/violencia-contr-la-mujer/noticias-y-eventos/Libro-Violencia-de-Genero.pdf>

Página oficial del Ministerio de Interior de España: <https://www.interior.gob.es/opencms/es/detalle/articulo/VioGen-cumple-15-anos-con-mas-700.000-casos-analizados-y-54-millones-de-valoraciones-de-riesgo-realizadas/>

<http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/violencia-contr-la-mujer/sistema-viogen>



## Asesores fiscales y defraudación tributaria: claves para entender su autoría y participación en el derecho penal español

Andrés Cevallos Altamirano | [iD](#) Universidad de Sevilla (España)

**RESUMEN** En este artículo se analiza la naturaleza jurídica del delito de defraudación tributaria en España. Se debate si es un delito especial, propio o de características mixtas, pues esto limita la responsabilidad penal. En cuanto a la autoría y participación, se analiza la responsabilidad penal del asesor fiscal en diferentes escenarios en los que el asesor puede estar involucrado en actos ilícitos. Se discuten supuestos en los que el asesor fiscal y el contribuyente participan conjuntamente en el fraude, y se considera si el asesor actúa como coautor o cooperador necesario en función de su participación. Finalmente, se ofrece criterios para cada una de estas formas de autoría y participación.

**PALABRAS CLAVE** Autoría, participación, obligado tributario, cualificación especial, responsabilidad penal del asesor fiscal.

FECHA DE RECEPCIÓN 01/10/2023 FECHA DE APROBACIÓN 06/11/2023

### Tax advisors and tax fraud: keys to understanding their authorship and participation in spanish criminal law

**ABSTRACT** This article analyzes the legal nature of the crime of tax fraud in Spain. It is discussed whether it is a special, proper or mixed crime, as this limits the criminal liability. Regarding authorship and participation, the criminal liability of the tax advisor is analyzed in different scenarios in which the advisor may be involved in unlawful acts. It discusses scenarios in which the tax advisor and the taxpayer jointly participate in the fraud, and considers whether the advisor acts as a co-perpetrator or necessary cooperator depending on his participation. Finally, criteria are offered for each of these forms of perpetration and participation.

**KEY WORDS** Authorship, participation, taxpayer, special qualification, criminal liability of the tax advisor.

## INTRODUCCIÓN

En el derecho penal español, se han planteado cuestiones importantes acerca de la posibilidad de atribuir responsabilidad penal al asesor fiscal en el delito de defraudación tributaria. Este análisis se nutre de perspectivas dogmáticas y ontológicas, donde el concepto del «bien común» emerge como un faro rector esencial para la tutela de la administración pública. A nivel más general, se conceptualiza el derecho como un instrumento social

destinado a la realización de valores compartidos en la comunidad, dotando a la normativa legal de una doble naturaleza: la obligatoriedad y su dimensión axiológica.

Por otro lado, se hace una diferenciación entre el «objeto» y el «interés» de protección porque emerge como un componente fundamental en la teoría del injusto, reconociendo la importancia de resguardar los derechos económicos de los contribuyentes afectados por la evasión fiscal. Tomar una postura funcionalista sobre el bien jurídico del delito de defraudación tributaria, no solo contribuye al avance científico en el ámbito del derecho penal, sino que también aboga por una apreciación más completa y equitativa del delito de defraudación tributaria, preservando tanto el ordenamiento legal como el bienestar de la sociedad en su conjunto.

La cuestión sobre quiénes son los posibles autores del delito de defraudación tributaria ha sido objeto de un intenso debate en la doctrina legal, y no existe un consenso claro al respecto. La diversidad de opiniones se ha reflejado en las diferentes propuestas que han surgido en relación con la clasificación de este delito como «especial». Esta clasificación conlleva implicaciones cruciales para la atribución de responsabilidad penal a los asesores fiscales. A menudo surgen preguntas en esta discusión, ya sea de forma correcta o incorrecta. Estas preguntas incluyen: ¿Cuál es el debate central en la doctrina legal respecto a los posibles autores del delito de defraudación tributaria?, ¿Cuál es la tendencia predominante en la clasificación de este delito como «especial»? ¿Por qué es crucial definir la cualificación especial del autor en el delito de defraudación tributaria? ¿Pueden las acciones del asesor fiscal como suministrador de información y consejero ser consideradas como la realización de un riesgo no permitido o ilegítimo? ¿Cuál es el fundamento penal de la complicidad y puede ser justo imputarle al asesor fiscal este tipo de acciones?

Es así que, en la primera parte, nos adentramos en la génesis del delito de defraudación tributaria, explorando el desarrollo dogmático del objeto de tutela. Sin embargo, surge una pregunta fundamental: ¿debemos considerar este delito como común o especial? Es en este punto donde tomamos una postura clara y analizamos la naturaleza jurídica de este delito.

En la segunda parte, abordamos el tema de la autoría y participación en la defraudación tributaria. Aquí, examinamos los diferentes supuestos de participación del asesor fiscal en este delito, desde el pacto mortal con el contribuyente hasta la defraudación por sorpresa. Además, analizamos en profundidad el rol del asesor fiscal como autor del delito y discutimos el ámbito de su responsabilidad, cuestionando si es un inductor, dueño del hecho o simplemente consejero.

## EL PUNTO DE PARTIDA: DESARROLLO DOGMÁTICO DEL OBJETO DE TUTELA

Un riguroso estudio técnico del delito de defraudación tributaria exige, además de cuestiones meramente económicas o tributarias, consideraciones dogmáticas y ontológicas. Estas consideraciones requieren hacer referencia constante a la importancia del «bien común» como objeto de tutela de la administración pública<sup>1</sup>. *Grosso modo*, se puede decir que el derecho se define como una realidad social que se caracteriza por ser una expresión humana y valiosa que busca la realización de valores creados por individuos integrados en una comunidad, con el objetivo final de alcanzar el bien común<sup>2</sup>.

1 Colina Ramírez, E., *La defraudación tributaria en el Código Penal español (análisis jurídico-dogmático del art. 305 CP)*, Barcelona, Bosch Editor, 2010, p. 99 y ss. En la misma línea, Ribes Ribes, A., *Aspectos procedimentales del delito de defraudación tributaria*, Madrid, Justel, 2007, p. 23. Linares, M. B., *El delito de defraudación tributaria. Análisis dogmático de los artículos 305 y 305 bis del Código Penal español*, Barcelona, Bosch Editor, 2020, p. 83 y ss.

2 Sánchez Huete, M., *Las infracciones en la nueva ley general tributaria: perspectiva punitiva y garantista*, Madrid, Marcial

Para lograr este fin, el derecho utiliza un sistema normativo que es el reflejo de los valores socialmente aceptados o prevalentes en la actualidad. Por lo tanto, la norma jurídica tiene dos aspectos distintos: su obligatoriedad, que es impuesta coactivamente por la organización política, y su dimensión axiológica, que se refiere a los valores que se buscan promover mediante la ley.

Para cumplir con la misión del «correcto funcionamiento del Estado»<sup>3</sup> por medio del «bienestar común»<sup>4</sup> el Estado de derecho dispone de un mecanismo para obligar y motivar a los individuos a actuar en conformidad con las normas establecidas, principalmente, a través de técnicas sancionadoras. A pesar de lo mencionado anteriormente, es importante señalar que el sistema de protección social no se establece según la voluntad arbitraria del legislador, sino que se encuentra limitado por la evaluación objetiva de los bienes que se consideran merecedores de protección jurídico-penal<sup>5</sup>. Si el legislador no respeta estos límites, la regulación resultaría inaceptable desde un punto de vista social, totalmente contrario a un estado de derecho, ergo a la inexistencia de justicia material<sup>6</sup>.

Por eso es necesario poner de relieve, que no se debe confundir el «objeto» de protección con el «interés» de protección, ya que ambos conceptos tienen implicaciones dogmáticas distintas en la teoría del injusto<sup>7</sup>. Solo gracias a la nueva conciencia fiscal y al marco constitucional de un Estado social y democrático de derecho, y a la correspondiente garantía fundamental de la afectación del erario público al bienestar social, se ha podido reconocer el objeto de protección del delito de defraudación tributaria. Esto no implica ninguna connotación en cuanto a la determinación técnica del bien jurídico protegido.

En el pasado, la Hacienda Pública se entendió como una entequeia económica y jurídica. Sin embargo, gracias a la perspectiva política y democrática se puede contemplar la protección de los valores y bienes sustanciales que corresponden a la misma. En este sentido, la estimación jurídico-penal debe tener en cuenta, en primer lugar, la protección de los derechos económicos de los particulares contribuyentes, que son sistemáticamente perjudicados por la inobservancia desleal de las obligaciones tributarias de otros<sup>8</sup>.

Actualmente, la tributación es la forma más importante de ingresos que tiene el Estado Español de ingresos fiscales. Por eso, el Estado tiene un gran interés en asegurar el cumplimiento de las normas jurídico-penales y proteger los bienes que son esenciales para su existencia. Como bien postula Pérez Arroyo se busca garantizar el cumplimiento de las exigencias y satisfacer las necesidades para el bienestar social<sup>9</sup>.

El delito de defraudación tributaria —como interés de protección— puede ser entendido como una amenaza para las condiciones vitales de la sociedad, tal y como ha sido establecido por la legislación<sup>10</sup>. Esta amenaza se materializa en la evasión de impuestos y la reducción de la recaudación de ingresos, lo que puede afectar negativa-

Pons, 2007, p. 20.

3 Tacchi, C., «Por qué los impuestos deben ser siempre pagados», *Colección*, N.º 4, 2017, p. 81-83. Asimismo, Zalnieriute, M., Bennett, L. y Williams, G., «The rule of law and automation of government decision-making», *The Modern Law Review*, N.º 83, 2019, pp. 425-55.

4 Wang, F. Xu, S. y Sun, J., «Corporate tax avoidance: a literature review and research agenda», *Journal of Economic Surveys*, N.º 34, 2020, p. 796.

5 Colina Ramírez, E., *La defraudación tributaria...*, op. cit., p. 99. Asimismo, en Rodríguez, P., *Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Barcelona, Bosch Editor, 2008, pp. 115-126.

6 Polaino Navarrete, M., *El bien jurídico en el derecho penal*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1974, pp. 105 y 119.

7 Colina Ramírez, E., *La defraudación tributaria...*, op. cit., p. 100 y ss.

8 Polaino Navarrete, M., *El delito fiscal. Secuencias fallidas de una reforma penal*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1985, p. 152.

9 Pérez Royo, F., *Derecho financiero y tributario. Parte General* (15.ª ed.), Navarra, Thomson Civitas, 2005, p. 26.

10 Polaino Navarrete, M., *El bien jurídico en el derecho penal*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1974, p. 121. Cfr. «Por tanto, consideramos que resulta conveniente entender que el interés no asume plena equivalencia de sentido con el bien jurídico, de forma que se haga a ambos conceptos coincidentes y sustituibles entre sí», en Colina Ramírez, E., *La defraudación tributaria...*, op. cit., p. 104.

mente la economía nacional y la capacidad del Estado para brindar servicios públicos a los ciudadanos.

Como —objeto de protección— es la defensa del sistema tributario y los intereses generales del Estado. Pues no se debe perder de vista que la protección del ordenamiento como objetivo, aunque válido, está subordinado tanto en términos de valor como de función a la protección de los bienes jurídicos y al cumplimiento de la normativa correspondiente<sup>11</sup>.

El objeto de protección en el delito de defraudación tributaria, para esta investigación, sostiene que el delito fiscal<sup>12</sup> se entiende como el correcto funcionamiento de la Administración, de acuerdo con las normas que regulan su ejercicio, se convierte en una especie de protección de la propia Administración tributaria. Esto significa que, en lugar de proteger el desarrollo normal de la Administración y el cumplimiento de sus funciones en beneficio del interés público, el objeto de protección se enfoca en la protección de la Administración tributaria en sí mismo.

Esta perspectiva podría llevar a cabo una interpretación restrictiva del delito fiscal, donde se prioriza la protección de la Administración tributaria en detrimento de la protección del interés general. De este modo, el delito fiscal responde no solo a cuestiones meramente descriptivas o históricas, sino más bien a razones dogmáticas incuestionables que ha permitido el desarrollo científico mediante debates que han contribuido notablemente a la posterior comprensión de figuras delictivas, incluso del derecho penal económico<sup>13</sup>.

## NATURALEZA JURÍDICA: ¿DELITO COMÚN O DELITO ESPECIAL?

La discusión sobre si el delito de defraudación tributaria debe ser clasificado como común, especial o mixto tiene plena vigencia hoy en día<sup>14</sup>. Para lo cual es necesario partir de las diversas teorías que le revisten acerca de su naturaleza, pues depende de la postura que se defienda para atribuir responsabilidad penal al asesor fiscal.

En primer lugar, hay cierto sector de la doctrina —minoritaria— que argumenta que el delito de defraudación tributaria es un delito común<sup>15</sup>, esto implicaría que cualquier persona podría cometer este delito, ya que lo importante desde el punto de vista del tipo penal es el hecho de ingresar en Hacienda Pública cantidades inferiores a las que se deben o incluso no ingresarlas, sin importar quién es el responsable de no hacerlo.

- 11 Jakobs, G., Polaino Navarrete, M. y Polaino-Orts, M., *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, Lima, Ara Editores, 2010, pp. 13, 35, 48, 54 y 66. Asimismo, en Polaino Navarrete, M., *El bien jurídico en el derecho penal*, pp. 52-56.
- 12 Para el desarrollo de la investigación se utilizará «delito fiscal» —usado por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia—. Pese a que el apelativo es erróneo. Se puede argumentar que la descripción típica que se encuentra en el actual artículo 305 del Código Penal no puede ser considerado exclusivamente como un delito fiscal, ya que el delito descrito en el artículo 310 del mismo Código también es considerado un delito contable. Debido a esto, algunos expertos tuvieron que trabajar en este tipo penal como una forma de defraudación tributaria después de la reforma del Código Penal iniciado por la Ley Orgánica 6/1995 el 29 de junio. Específicamente, en Lombardero Expósito, L., *Delitos contra la Hacienda Pública*, Barcelona, Bosch Editor, 2011, p. 19. Asimismo, Ribes Ribes, *Aspectos procedimentales del delito de defraudación tributaria*, p. 45.
- 13 Ribes Ribes, A., *Aspectos procedimentales del delito de defraudación tributaria*, p. 45. Cfr. Martínez-Bujan, C., «Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (título XIV, art. 305-310)», en *Derecho penal económico*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, p. 369. González Uriel, Daniel, *El delito de defraudación tributaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 58 y 59.
- 14 Por ejemplo, en Torres Cadavid, N., «La responsabilidad penal del asesor fiscal en el delito de defraudación tributaria del art. 305 CP español. La aplicación de la cláusula del actuar en lugar de otro», *Nuevo Foro Penal*, 14, 2018, p. 54-102. De la Mata, N. y De Robles, G., «La responsabilidad penal del asesor fiscal: Límites», *Asociación Española de Asesores Fiscales*, 15, 2019, p. 52. Martínez, E. «Responsabilidad del asesor fiscal en el fraude fiscal», *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (redur)*, 13, 2015, pp. 269-306.
- 15 Pérez Royo, F., *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales (IEF), 1986, p. 81. Cfr. Rodríguez Mourullo, «El nuevo delito fiscal», p. 709. Juan Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, tomo iii, Barcelona, Ariel, 1978, p. 1011. Martínez Izquierdo, S., *El delito fiscal*, Madrid, Rialp, 1989, p. 27. Choclán Montalvo, J. A., «Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales. Tratamiento penal de la información societaria inveraz», Barcelona, Bosch Editor, 2003, p. 175-180.

Conforme a esta perspectiva, se argumenta que la figura del delito no exige que el individuo defraude en sí mismo evadiendo el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, sino que un tercero ajeno también puede ser responsable. En consecuencia, en el contexto de la defraudación tributaria, un profesional en materia fiscal podría ser considerado autor del delito en cuestión, lo cual tiene relevancia para el presente análisis.

Los defensores de esta postura esgrimen argumentos diversos. En primer lugar, sostienen que el artículo 305 del Código Penal (CP) no exige en ningún momento que el autor tenga una condición, calidad o relación específica que restrinja su círculo, ya que la mención que se hace en el tipo penal al sujeto activo del delito se realiza con la fórmula genérica y habitual «el que».<sup>16</sup> En segundo lugar, aducen que, por razones de política criminal, esta solución es más conveniente, ya que evita posibles lagunas de punibilidad que se derivan de la calificación del delito como especial<sup>17</sup>. Finalmente, se argumenta que todos los ciudadanos tienen un deber básico de solidaridad para contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (artículo 31 de la Constitución española), por lo que no existe un círculo cerrado de autores<sup>18</sup>.

Con respecto al argumento de la literalidad del tipo penal, según el cual el uso de la fórmula genérica «el que» indica la naturaleza común del delito de defraudación tributaria, cabe señalar que, si esto es cierto, dicho criterio fuera (formal) resolvería de sencilla manera y segura la cuestión de clasificación de los tipos penales como delitos comunes o especiales, lo que habría fin a una de las principales controversias doctrinales actuales. Sin embargo, la doctrina reconoce que en los delitos especiales la delimitación del círculo de autores puede darse también a través de la configuración de la conducta típica. Por lo tanto, es necesario analizar detenidamente cada uno de estos argumentos.

Es evidente que, con esta interpretación, la responsabilidad en este delito se extendería mucho y, sin duda, podría incluir al asesor fiscal como partícipe necesario en el delito. Desde nuestro punto de vista, la observancia rigurosa del principio de legalidad en combinación con una interpretación restrictiva de los tipos penales conlleva la necesidad de atender a la delimitación limpia del grupo de posibles autores realizados por el legislador. Por lo tanto, la fórmula «el que» no denota, no obstante, la naturaleza genérica de un delito, mientras que la indicación limpia de un grupo específico de autores sí sugiere la naturaleza especial del delito, aunque aún queda pendiente la tarea de precisar de qué tipo de delito especial se trata (lo cual está expresamente estipulado en la letra de un tipo penal en particular).

Es importante tener presente que la comisión del delito de defraudación del pagador a cuenta no se deriva de una obligación que surge de un hecho imponible, sino que se basa en una obligación autónoma de efectuar pagos a cuenta que no guarda relación con la capacidad económica del sujeto pasivo. En este sentido, el sistema tributario se sustenta en una serie de principios y normas que fundamentan quiénes y en qué medida están obligados a contribuir, lo que conlleva a la concreción de obligaciones-tributarias materiales específicos. Es precisamente a través de estas obligaciones que se restringe el injusto típico y, por ende, se limita el número de autores potenciales del delito de defraudación tributaria.

Por otro lado, un sector de la doctrina —mayoritaria— coincide en señalar que el delito de defraudación tributaria es un delito especial (propio)<sup>19</sup>. Es decir, que solo

16 Pérez Royo, F., *Los delitos...*, *op. cit.*, p. 31.

17 Aparicio Pérez, J., *El delito fiscal a través de la jurisprudencia*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 64.

18 Feijoo Sánchez, B., «Autoría y participación en el delito de defraudación tributaria, con especial referencia a las organizaciones empresariales», en *Política fiscal y delitos contra la Hacienda Pública. Mesas redondas [de] derecho y economía*, Madrid, Ramón Areces, 2007, p. 112.

19 Vid. Bajo Fernández, M. y Bacigalupo Saggese, S., *Delitos contra la Hacienda Pública* (2.ª ed.), Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, p. 81-85. Asimismo, en Quintero Olivares, G., «El nuevo delito fiscal», en *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, N.º 173, 1978, p. 1323. Cfr. Bacigalupo Zapater, G., «El delito fiscal en España», en *Revista de la*

puede ser sujeto activo o «*intraneus*» aquella persona que se encuentra obligada tributariamente. En palabras más sencillas, solo puede ser exigido a aquellos que la ley les exige cumplir con el pago de tributos.

En cuanto a todos aquellos que no se han obligado al pago de los tributos, incluyendo al asesor fiscal, se les consideraría como ajenos al delito de defraudación tributaria «*extraneus*» y, por lo tanto, no podrían ser considerados autores o coautores de dicho delito. En cambio, solo podrían ser imputados por las formas de participación previstas en el cp. Cabe destacar que existe una controversia sobre la naturaleza del delito, si se trata de un delito de dominio o un delito de infracción del deber, lo que puede tener implicaciones significativas en la respuesta penológica que se brinda a los asesores fiscales.

### TOMA DE POSTURA

Nuestra postura es que el delito de defraudación tributaria debe ser considerado como un delito especial, debido a la necesidad inherente de una relación jurídico-tributaria previa para su comisión. A pesar de que algunos argumentan que cualquier persona puede cometerlo, ya sea por la redacción genérica del precepto o por las circunstancias factuales en las que se encuentra, no se puede ignorar el presupuesto inherente del delito, que es la existencia de una previa relación jurídico-tributaria. Esta situación especial condiciona irremediabilmente la interpretación del delito. Dado que existe tal relación, solo aquellos que ostenten la cualidad de obligado tributario, para cuya determinación deberán estarse a la normativa tributaria, podrán cometerlo.

Además, la interpretación utilitarista del precepto, que busca evitar lagunas de punibilidad que podrían resultar de su reputación como delito especial en conexión con el principio de acceso limitado en materia de participación, tampoco es sostenible. No se puede deformar la naturaleza de un tipo con multas punitivas. Por el contrario, debe ser el legislador quien precise las inconcreciones o subsane los defectos de técnica legislativa. El intérprete no puede, mediante una interpretación forzada, ampliar el tenor de los tipos más allá de sus límites, lo que redundaría en una interpretación que va en contra del acusado, algo que está prohibido por los principios fundamentales del derecho penal.

En cuanto a la redacción del tipo atenuado, no existe ninguna mención a la ampliación del ámbito de los posibles sujetos activos, ni se justifica en modo alguno tal novedosa redacción. La fórmula utilizada es imprecisa y contradictoria. Parece que se contraponen ambas categorías y que, llevado a sus últimas consecuencias, el obligado tributario no puede ser considerado autor del delito, lo que resultaría absurdo e insostenible.

Al llegar este punto cabe preguntarse: ¿cualquier persona puede defraudar a la Hacienda Pública? La respuesta es evidente, pues el delito de defraudación tributaria exige un elemento objetivo de cualificación especial para su comisión. Este requisito implica que el autor del delito debe ser el titular de la obligación tributaria contributiva en el caso de la defraudación del contribuyente, o el titular de la obligación tributaria de retener o ingresar a cuenta en el caso de la defraudación tributaria del pagador a cuenta.

En otras palabras, la comisión de este delito no depende solo de la conducta de defraudar, sino también de la posición del autor como titular de una obligación tributaria específica. Este requisito de cualificación especial se considera fundamental para delimitar el ámbito de aplicación de la norma penal y garantizar una interpretación coherente y uniforme del derecho penal tributario. Si se defiende que el delito de

---

*Facultad de Derecho de la Universidad. Complutense*, N.º 56, 1979, p. 1971. Martínez, E., «Responsabilidad del asesor fiscal en el fraude fiscal», *REDUR*, p. 283.



defraudación tributaria es un delito común, no sería necesaria la mención expresa al obligado tributario, puesto que desde dichos postulados se encontraría ya incluido en el genérico «autor del delito».

Finalmente, no parece defendible que haya sido la voluntad del legislador tomar partido por la posición minoritaria en la doctrina y que, a resultas de su posicionamiento, haya cristalizado tal consideración en el tipo atenuado, sin efectuar mención alguna en el tipo básico y sin que se haya cumplido la explicación correspondiente en el preámbulo de la norma, ante la magnitud de las consecuencias que dicha innovación supondría.

## CARACTERÍSTICA JURÍDICA: ¿DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER, ESPECIAL DE DOMINIO O ESPECIAL MIXTO?

Como es sabido, existe una falta de consenso en cuanto a la calidad que se requiere para que un delito de defraudación tributaria sea considerado como especial<sup>20</sup>, así como en determinar de qué elemento típico surge su especialidad y en clasificarlo como un delito especial de infracción del deber, de dominio o mixto. Muchos de los estudios doctrinales se limitan a afirmar que este delito es especial porque solo puede ser cometido por ciertos sujetos calificados, pero este dato por sí solo no es suficiente para delimitar adecuadamente el ámbito de lo punible. De hecho, este ámbito puede reducirse a una clase muy determinada de personas o expandirse con criterios más laxos, siempre y cuando se restrinja el círculo de posibles autores a un grupo específico, como se explicará en este apartado.

A breves rasgos, es necesario precisar y distinguir entre diferentes tipos de delitos especiales, los cuales pueden ser de infracción de deber<sup>21</sup>, de dominio o mixtos. Dentro de los delitos de infracción de deber, se identifica al autor como aquel que objetivamente comete una infracción al deber establecido, como podría ser el caso de la defraudación tributaria en la que se incumple una obligación fiscal institucional. Por otro lado, los delitos de dominio se refieren a aquellos en los que el autor tiene la capacidad de controlar la fuente del daño jurídico al bien protegido<sup>22</sup>, como podría ser el caso de la Hacienda Pública. Por último, los delitos mixtos involucran tanto la infracción de un deber extrapenal como el dominio de la fuente generadora del riesgo para el bien jurídico tutelado. En estos casos, la mera infracción del deber extrapenal no es suficiente para constituir el delito.

García Caveró<sup>23</sup> y Ayala Gómez<sup>24</sup> son los principales defensores que entienden que el delito de defraudación tributaria es un delito de infracción de deber, argumentan que la tipificación del artículo 305 del CP se fundamenta en un deber extrapenal tributario que recae sobre el autor, quien es el obligado tributario. En este sentido, la conducta de defraudación tributaria puede ser cometida tanto por acción como por omisión, sin

20 Ampliamente en Colina Ramírez, E., *La defraudación tributaria...*, op. cit., 183 y ss. Asimismo, en Colina Ramírez, E., «El asesor fiscal en el ámbito del derecho deportivo. Especial referencia a los delitos tributarios», en *Tratado de derecho deportivo*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 435-50.

21 Vid. Ampliamente en el trabajo de Sánchez Vera, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

22 Von Liszt, F., *Tratado de derecho penal*, tomo II, ED. ALEMANA POR JIMÉNEZ DE ASUA, L. Y ADICIONADO CON EL DERECHO PENAL ESPAÑOL POR SALDAÑA, Q. (4.ª ed.), Madrid, Instituto Reus S. A., 1999, p. 6. Vid. Colina Ramírez, E., *La defraudación tributaria...*, op. cit., p. 93 y ss. Fernández, G., *Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*, Buenos Aires, Editorial Julio César Faira, 2004, pp. 11-33. Jescheck, H., *Tratado de derecho penal. Parte general*, Miguel Olmedo, M. (5.a ed.), Granada, Editorial Comares, 2002, p. 274 y ss.

23 García Caveró, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa. Criterios de imputación*, Barcelona, Bosch Editor, 1999, p. 197.

24 Ayala Gómez, I., *El delito de defraudación tributaria: artículo 349 del Código Penal*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense/Civitas, 1988, pp. 244-254.

que se requieran especificaciones adicionales para cada modalidad, ya que ambas modalidades comparten los mismos elementos típicos.

En virtud de esta teoría, la autoría en los casos de delitos fiscales como la defraudación tributaria estaría limitada exclusivamente al obligado tributario, retenedor u obligado a ingresar en cuenta, mientras que la participación de *extraneus* solo podría ser admitida sin que se les atribuya la autoría del delito. De hecho, sostienen que, en virtud de esta teoría, no sería posible atribuir una autoría mediata a un *extraneus*, dado que no podría violar un deber que corresponde exclusivamente al *intraneus*. Posición en que la jurisprudencia española está de acuerdo<sup>25</sup>.

Por otro lado, Choclan Montalvo<sup>26</sup> y Gracia Martín<sup>27</sup> entienden que el delito de defraudación tributaria es un delito de dominio, por lo cual se restringe los posibles autores a solo aquellos que se encuentran en una posición especial de dominio frente al bien jurídico protegido. Esta forma de dominio se traduce en un control sobre la vulnerabilidad jurídico-penalmente relevante del bien jurídico en cuestión. Aunque en los delitos especiales propios no existe una figura común, debido a que el bien jurídico solo existe en una determinada estructura social controlada por sujetos específicos, como jueces, funcionarios o abogados, que ejercen su dominio sobre ella.

Postulan, además que, aunque la teoría de los delitos de infracción del deber resuelve muchos de los problemas de los delitos especiales, no es suficiente para abordar situaciones de dominio del hecho por parte del sujeto no calificado. Por tanto, se propone la existencia de delitos especiales de dominio, entre los que se encuentra el delito de defraudación tributaria. Estos delitos implican elementos objetivos de autoría que pueden ser llevados a cabo por un extraño en lugar del obligado inicial cuando han asumido una posición idéntica a la del obligado respecto al bien jurídico.<sup>28</sup>

Finalmente, un sector doctrinal en el que destaca Martínez-Buján<sup>29</sup>, Silva Sánchez<sup>30</sup> y Gómez Martín<sup>31</sup> argumentan con solvencia que el tipo básico del delito de defraudación tributaria del artículo 305 del cp es un delito especial, propio de características mixtas, es decir, que con el mero quebrantamiento del deber no es suficiente para la comisión delictiva, sino que necesita el dominio funcional para su comisión.

En otros términos, arguyen que, por un lado, es necesario infringir el deber tributario y, por otro, permite la delegación de dominio típico al *extraneus*. Sin embargo, dado que el *extraneus* no ha violado el deber personal del *intraneus*, se debe atenuar su pena en aplicación del principio de analogía *in bona partem*, entre otros principios.

25 STS 665/2016, de 20 de julio, ponente Alberto Gumersindo. Jorge Barreiro (TOL5.785.328). STS, en cuyo FD 3.º: «La jurisprudencia ha entendido que el delito fiscal, en su modalidad de defraudación a la Hacienda Pública eludiendo el pago de los tributos, es un delito especial de los llamados de infracción de deber. Concretamente en relación con el deber de contribuir a los gastos públicos mediante el pago de los impuestos, establecido en el artículo 31 de la Constitución».

26 Choclán Montalvo, J., «Responsabilidad de auditores...», *op. cit.*, p. 172.

27 Gracia Martín, L., *El actuar en lugar de otro en derecho penal II. Estudio específico del art. 15 bis del Código Penal español (doctrina, legislación y jurisprudencia)*, Zaragoza, Secretariado de publicaciones. Universidad de Zaragoza, 1986, p. 98. Argumenta que: «(...) se protegen ciertamente accesibles al dominio de todos, pues se trata de bienes jurídicos de una amplia movilidad social. Sin embargo, cuando el bien jurídico ha entrado circunstancialmente en una determinada estructura social dominada por ciertos grupos o clases de sujetos definidos —piénsese, por ejemplo, en la paz del domicilio cuando se pone a disposición del agente de policía— el Derecho penal, dada la especial exposición del bien jurídico al dominio de tales sujetos, dada su especial vulnerabilidad por tales sujetos, valora como más grave el ataque en tal circunstancia y otorga una protección especial destacada de la protección general frente a todos. Para ello, el derecho penal crea figuras especiales —que la tradición ha venido a llamar ‘impropias’— con un mayor contenido desvalorativo que las correspondientes comunes».

28 Torres Cadavid, N., *La responsabilidad penal del asesor fiscal. Problemas de autoría y participación en el delito de defraudación tributaria*, p. 321 y ss.

29 Martínez-Buján Pérez, C., «Caso del asesor fiscal», en *Casos que hicieron doctrina en el derecho penal*, coord. por (La Ley, 2011), p. 677.

30 Silva Sánchez, J. M., «La responsabilidad penal de los asesores fiscales», *IURIS*, N.º 53, 2001, pp. 58-64. Asimismo en Silva Sánchez, J. M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Barcelona, Atelier, 2005, p. 71.

31 Gómez Martín, V. (coord.), «La ‘actuación por otro’ y la participación de *extranei* en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3 CP», en *Nuevas tendencias en política criminal: una auditoría al Código Penal español de 1995*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2006, pp. 49-113.

## TOMA DE POSTURA

Sostenemos que la solución que ofrece Martínez-Buján, al concebirse el delito de defraudación tributaria como un delito especial propio de características mixtas, es la adecuada. Pues, comprendemos que la explicación es detallada, completa y precisa, y responde a las objeciones que sugieren que los tipos penales pueden ser «híbridos». La explicación se basa en la infracción de deberes como base para los delitos, lo cual es claro en el caso de la relación jurídico-tributaria, ya que se fundamenta en el deber específico de contribuir del obligado tributario, que es una concreción del deber genérico de contribuir establecido en el artículo 31 de la CE.

Además, se establece que para que se configure el tipo penal es necesario que el sujeto activo tenga el control del hecho y sea responsable causalmente del resultado defraudatorio relacionado con la infracción del deber extrapenal. Ambos elementos son necesarios y se considera que este tipo penal es un tipo especial de naturaleza mixta. Se puede decir, por lo tanto, que la teoría del delito de infracción de deber, si se lleva a sus extremos, puede resultar en un concepto amplio de autoría que incluso afecta a la participación de terceros.

Esto puede conculcar el principio de accesoriadad limitada y permitir la condena de terceros incluso si el sujeto obligado actuó con error vencible e impune. En el caso de los delitos fiscales, el deber extrapenal del obligado tributario no representa una obligación institucionalizada especial que lo haga autor en cualquier caso de infracción dolosa del deber, aunque no tenga dominio del hecho. Por esta razón, se propone una teoría mixta como una solución avanzada frente a las posturas unitarias insatisfactorias.

Con la redacción actual del artículo 305 del cp es claro que está limitado por dos matices: a) por aquellos sujetos que tienen una relación especial con el erario público y, b) que han violado un deber jurídico especial de naturaleza extrapenal. Este deber coincide con la obligación general de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas impuesta por la Ley General Tributaria (lgt). Es decir, el legislador utiliza una doble dimensión objetivo-personal para delimitar el círculo de posibles autores del delito, lo que significa que cualquier participante en el hecho que conozca esta relación especial será considerado autor del delito.

Sin embargo, esta relación especial no puede ser comunicada a terceros ajenos a la relación, lo que puede eximirlos de parte de su responsabilidad en el hecho. La introducción de esta tercera categoría mixta reduce la categoría de los delitos puros de infracción de un deber extrapenal específico, lo que es beneficioso para el respeto de los principios de fragmentariedad y subsidiariedad. En ciertos casos, se permite castigar a los sujetos no cualificados que asumen las funciones de administración y realizan la conducta lesiva (defraudación al erario) con pleno conocimiento del hecho.

## AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

No existe consenso en la doctrina respecto a quiénes son los autores posibles del delito de defraudación tributaria. La disonancia existente sobre la cualificación del autor, los problemas dogmáticos sobre su naturaleza y características han estado marcadas por el intento normativo de ampliar el ámbito de punición a lo máximo posible<sup>32</sup>, para que la literalidad del tipo penal se corresponda mejor a las diversas situaciones delictivas.

En razón de lo anterior, la doctrina ha propuesto varias soluciones: unas pacíficas y otras controvertidas, pero de forma mayoritaria se han enmarcado las propuestas al darle el tratamiento de «especial» al delito de defraudación tributaria, en las que varía

32 Torres Cadavid, N., *La responsabilidad penal...*, op. cit., p. 290 y ss.

la cualificación especial que se le exige al autor y, por ende, la determinación de quiénes pueden integrar el círculo de autores en el delito.

La definición de la calidad especial es de suma importancia para la eliminación de la responsabilidad penal, ya que puede limitar o ampliar el círculo de posibles autores. No obstante, la condición de «especial» del delito fiscal puede limitar la responsabilidad en situaciones en las que el autor comete un error en la interpretación de los elementos que definen la tipicidad objetiva del delito (por desconocimiento de alguno de los elementos que la conforman), ya sea vencible o invencible, lo que podría eliminar el injusto penal<sup>33</sup>.

Como hemos argumentado previamente, el término «obligado tributario» se refiere a la persona que tiene el deber legal de contribuir fiscalmente y de quien se debe demostrar la relación o presupuesto previo que permite comprobar los elementos de la conducta típica que define el tipo penal aplicable. Esta figura está definida en el artículo 35 de la LGT. Si el obligado tributario actúa dolosamente, será el autor directo de la infracción cometida. Sin embargo, aunque se trate de un delito especial, no hay impedimento para que aquellos que no cumplan con dicha condición (*extraneus*) puedan ser responsables del delito como partícipes (inductores, cooperadores necesarios o cómplices), como ha sido admitido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y el propio legislador (artículo 65.3 del CP y art. 28 del último apartado).

También en la doctrina se debate intensamente sobre si otros obligados tributarios o no obligados tributarios (especialmente los representantes) pueden ser considerados *intranei*. Cabe destacar que una persona puede ser un sujeto pasivo de la relación jurídico-tributaria y, por lo tanto, un obligado tributario, pero no al revés; entre los obligados tributarios, solo el contribuyente es sujeto pasivo.

Ahora bien, el asesor fiscal solo puede ejercer sus funciones desde dos matices totalmente opuestos: en primer lugar, como un simple consultor o consejero, y por otro, como representante del obligado tributario.

## SUPUESTOS DE PARTICIPACIÓN DEL ASESOR FISCAL EN EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

### A. EL PACTO MORTAL: ASESOR FISCAL Y CONTRIBUYENTE JUNTOS EN LA DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

En este supuesto, el asesor fiscal en conjunto con el contribuyente decide voluntariamente cometer la defraudación tributaria. Es decir, estamos ante un supuesto de coautoría (aparentemente, pero desde la posición que adoptamos no cabe la coautoría en este delito fiscal)<sup>34</sup>. Para ello, es necesario que exista un acuerdo previo entre el cliente y su representante para llevar a cabo el fraude. Es importante destacar que se requiere que el asesor actúe en nombre del contribuyente, aunque no se hayan cumplido todos los requisitos formales de la representación.

Por otro lado, Colina Ramírez entiende que, técnicamente, en este supuesto el asesor fiscal funge como un cooperador necesario, pues sin su intervención no hubiera

33 *Ibid.* Ampliamente en Ferré Olivé, J., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la seguridad social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 454-458. Asimismo, en Noreña, J., *El delito fiscal*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Departamento de Derecho Penal, 1983, p. 210. González Uriel, D., *El delito de defraudación tributaria*, pp. 19-20.

34 Todo depende del escenario que se contemple. *Cfr.* Sánchez Pedroche, J., *Responsabilidad penal, civil y administrativa del asesor fiscal*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2007, pp. 181-197.

sido posible cometer el delito<sup>35</sup>. Además, diferencia sustancialmente de la complicidad porque no es necesaria que la participación del colaborador sea esencial, como sí lo es en el cooperador necesario, tal y como se establece en el artículo 28 b) del CP.

En este caso se puede dar la figura del cooperador necesario en diversas situaciones. Una de ellas es cuando el cooperador actúa como asesor fiscal del obligado, aportando sus conocimientos especializados que son imprescindibles para la comisión del delito. También puede darse cuenta de esta figura cuando se proporcionan medios adecuados para evadir las obligaciones fiscales, como puede ser el caso de proporcionar facturas falsas a los obligados tributarios para permitirles deducir gastos inexistentes. Por último, se puede dar el caso de una titularidad formal que oculta la verdadera identidad del obligado a pagar el tributo.

Resulta lógico, porque cuando existe una colaboración entre la persona que comete un delito (*intraneus*) y su representante o asesor externo (*extraneus*) que tiene un mayor control sobre el hecho, incluso sin tener una representación formal, el primero es responsable como autor y el segundo sería considerado un cooperador necesario. Incluso si el asesor externo tuviera un mayor control sobre el delito, se consideraría como cooperador necesario y no como autor.

## B. DEFRAUDACIÓN POR SORPRESA: CUANDO EL ASESOR FISCAL ACTÚA SIN EL CONOCIMIENTO DEL CONTRIBUYENTE

En la segunda posibilidad delictiva nos encontramos en la situación de que el asesor fiscal defrauda con desconocimiento del contribuyente. En este caso, existen dos panoramas: el primero, el asesor actúa de manera autónoma (pudiendo ser responsable, autor único, por la cláusula del art. 31 CP), y el segundo, que el asesor con desconocimiento del obligado tributario actúe a través de él para defraudar (autoría mediata). En palabras más sencillas, si el asesor fiscal comete un delito tributario sin que el cliente tenga conocimiento de ello, se le puede imputar al asesor la responsabilidad penal como autor del delito.

En este caso, la responsabilidad del cliente es difícil de probar, pues puede alegar que actuó en error de prohibición, al delegar todas las cuestiones fiscales en su asesor y confiando en su criterio. Sin embargo, es necesario demostrar el error de prohibición y no basta con acreditar que se tiene un asesor fiscal o que este calificó de cierta manera la operación ilícita. En cambio, si el asesor utiliza al cliente como mero instrumento para cometer el delito sin que este tenga conocimiento, se podría encuadrar la conducta del asesor en la autoría mediata.

En el primer panorama, el asesor fiscal que representa al obligado tributario (*intraneus*) puede ser considerado autor directo del delito de defraudación tributaria si actúa de manera autónoma y contraviene el encargo del obligado tributario de cumplir adecuadamente con sus obligaciones tributarias ante la Administración. Para que se aplique el artículo 31 del cp se deben cumplir dos condiciones: que se haya otorgado formalmente la representación y que se haya producido la conducta delictiva de defraudación tributaria prevista en el artículo 305 del cp<sup>36</sup>.

35 Colina Ramírez, E., *La defraudación tributaria...*, op. cit., p. 186 y ss. Vid. Ampliamente en el trabajo de Díaz y García Conlledo, M., *La autoría en derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991. Y, en Corcoy Bidasol, M., «Participación y autoría accesoria: dolo de participar como criterio diferenciador», en *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, Barcelona, Centro de Estudios Ramón Areces (CEURA), Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, pp. 71-90. Corcoy Bidasol, M., «Autoría paralela y concurrencia de riesgos», en *Las garantías penales: un homenaje a Javier Boix Reig*, Madrid, Iustel, 2021, pp. 107-24.

36 Torres Cadavid, N., *La responsabilidad penal...*, op. cit., p. 454.

En la práctica, cuando un obligado tributario delega en un asesor fiscal el cumplimiento de sus obligaciones tributarias con la intención de actuar legalmente y de manera óptima, el asesor no solo asume funciones de representación ante la Administración, sino también otras tareas como la preparación de la declaración tributaria y la planificación fiscal. En estos casos, la presentación de la declaración tributaria ante la Administración suele formar parte de un plan completo que lleva a la comisión del delito de defraudación tributaria<sup>37</sup>.

En el segundo panorama, se configura la conducta típica del delito defraudación tributaria, cuando el asesor fiscal actúa por medio del obligado tributario (autoría mediata), sin que este último tenga conocimiento *per se* del ilícito. Es decir, se produce una situación de ausencia de culpabilidad en el sujeto que comete el delito porque fue utilizado como mero medio o instrumento, no actuó con conocimiento de la ilicitud. Explicado de manera más sencilla, esto significa que el asesor fiscal puede realizar la acción que describe el tipo penal, pero si utiliza a otra persona o herramienta para cometerlo y no sabe que está haciendo algo malo, entonces la persona que sacó el medio o tercero no puede ser considerado culpable del delito en cuestión.

Según la jurisprudencia española la comisión de delitos fiscales, los cuales son considerados «delitos especiales», no presentan obstáculos para la atribución de autoría mediata, dado que en contraposición a los «delitos de propia mano», estos delitos no necesitan ser ejecutados directamente por el autor, sino que este puede utilizar a otra persona como intermediario<sup>38</sup>.

Es decir, si el gestor o asesor fiscal a quien se le confía la tarea de llevar a cabo las acciones necesarias para cumplir con la obligación tributaria incumple deliberadamente su mandato, sin conocimiento del representado, puede ser considerado autor de delito fiscal, de acuerdo con la normativa aplicable, incluso si no es él mismo el sujeto pasivo de la relación jurídico-tributaria.

Finalmente, Sánchez Pedroche alega que en este supuesto es cuando los defensores de la naturaleza del delito de defraudación tributaria como un delito común encuentran un argumento sólido en vista de que, si se considera que el delito es especial, se podría dar el caso de que el contribuyente no sea culpable por falta de conocimiento y, por lo tanto, de intención de cometer el delito, mientras que el asesor fiscal no podría ser acusado de complicidad si no existe un autor material del delito<sup>39</sup>.

### **C. LA INSTRUMENTALIZACIÓN: EL ASESOR FISCAL DEFRAUDA AL NO FACILITARLE EL CONTRIBUYENTE LOS DATOS FIDEDIGNOS, SUMINISTRARLE INFORMACIÓN VERAZ U OCULTÁNDOLE DOCUMENTOS RELEVANTES**

Este último supuesto se da cuando el asesor fiscal haya incurrido en un delito por haber recibido información incompleta o inexacta del cliente y, por tanto, haber actuado de buena fe. Consideramos que no debería ser responsable penalmente, ya que en este caso se trataría de una autoría mediata en la que el contribuyente utiliza al asesor como instrumento para cometer el delito.

Asimismo, si el contribuyente utiliza al asesor fiscal para cometer un delito de fraude, y este actúa sin dolo, consideramos que no se puede imputar responsabilidad penal al asesor, ya que se estaría ante una imprudencia que no se ajusta a este tipo de

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> SAP Zaragoza rec. 92 /2009 de 31-7-2009, F.J. 4.º

<sup>39</sup> Sánchez Pedroche, J., *Responsabilidad penal, civil y administrativa del asesor fiscal*, p. 201. Asimismo, en De la Peña Velasco, G., *Algunas consideraciones sobre el delito fiscal*, Murcia, Universidad de Murcia, 1984, p. 53. Pérez Royo, F., *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales (IEF), 1986, p. 79.

delitos según lo establecido por la jurisprudencia<sup>40</sup>. Si el obligado tributario utiliza al asesor fiscal —instrumentaliza al *extraneus*— que actúa sin dolo, su contribución sería atípica, ya que habría actuado en error de tipo debido a un engaño, incluso si ha sido formalmente su representante.

## EL ASESOR FISCAL COMO AUTOR DEL DELITO DE DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

El artículo 28 del CP describe que solo se considerará autores a quienes realicen el hecho delictivo por sí solos, conjuntamente o por intermedio de otro. Es en este caso donde la conducta del asesor fiscal que diseña y ejecuta acciones ilícitas del artículo 305 del cp genera gran controversia, pues independiente de que opere en representación o como mero consejero, se ha buscado dar una solución pacífica para que sea responsable penalmente como autor mediato o como coautor.

La cláusula del artículo 31 del cp tiene como objeto extender la autoría a determinados sujetos que no revisten la cualificación especial del delito requerida, para lo cual se trasfiere dicha cualidad normativa al *extraneus*. Las aportaciones extraídas de Torres Cadavid es que a su juicio y al nuestro resulta crucial especificar el criterio a través del cual se logra la transmisión o imputación del elemento que falta en la autoría<sup>41</sup>.

Indica, además, que este aspecto se encuentra estrechamente vinculado con la interpretación de la categoría de los delitos especiales propios y con la justificación material para restringir la autoría a un grupo concreto de sujetos cualificados. De este modo, es necesario determinar si se trata de un delito de infracción del deber, de dominio o mixto.

En tal razón, las condiciones para que pueda ser responsabilizado penalmente el asesor fiscal en calidad de autor mediante la aplicación de la cláusula del actuar en lugar de otro establecida en el artículo 31 del cp, son dos: en primer lugar, es necesario que el asesor fiscal determine de forma objetiva y concreta el hecho, llevando a cabo la conducta que define la manera y la forma en que se comete el delito de defraudación tributaria. En segundo lugar, es preciso que se le haya delegado la responsabilidad de cumplir con la obligación jurídico-tributaria material, principal contributiva o de efectuar pagos a cuenta.

## ÁMBITO DEL ASESOR FISCAL: ¿INDUCTOR, DUEÑO DEL HECHO O MERO CONSEJERO?

Para comenzar, un partícipe en el derecho penal es aquella persona que toma parte en un asunto delictivo junto con el autor del delito<sup>42</sup>. La participación en un delito implica que todas las personas involucradas en su comisión serán penalizadas en función de su grado de intervención. Es importante destacar que la sanción penal del partícipe es complementaria a la del autor del delito y no autónoma.

En el caso del asesor fiscal, su responsabilidad dependerá de si actuó como representante o consejero en la comisión del delito de defraudación tributaria. En el caso de

40 Cfr. SAP Badajoz de 11-4-2011 rec. 121/2013 FJ 2.º

41 Torres Cadavid, N., «La responsabilidad penal del asesor fiscal en el delito de defraudación tributaria del art. 305 CP español. La aplicación de la cláusula del actuar en lugar de otro», p. 70.

42 Roxin, C., *Derecho penal. Parte general*, tomo II, *Especiales formas de aparición del delito*, de la traducción y notas, Díaz y García Conlledo, M., De Vicente Remesal, J., Luzón Pena, D. y Paredes Castañón, J., Navarra, Thomson Reuters, 2014, p. 59 y ss. Asimismo, en Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 793 y ss.

un asesor fiscal que brinda solo asesoramiento sin participar activamente en la comisión del delito, solo puede ser considerado partícipe en calidad de inductor, cooperador necesario o cómplice en el delito de defraudación tributaria<sup>43</sup>. En estos casos, no existe ningún título en concepto de autoría que le permita transferir los deberes tributarios al asesor fiscal. Como se analizará a continuación.

#### A. LA SOMBRA DEL ASESOR FISCAL: COMO INDUCTOR

La inducción es una acción dolosa que tiene como objetivo provocar directamente la comisión de un delito, mediante la determinación o incitación de un tercero a realizar una conducta típicamente antijurídica y dolosa, en este caso, el delito de defraudación tributaria. La inducción a un delito puede ser realizada por una persona que no puede ser considerada autor del delito en cuestión, por tratarse de un delito especial propio de características mixtas. Por lo tanto, el marco legal aplicable es el del artículo 28 del CP.

En primer lugar, se debe destacar que no es posible hablar de inducción cuando el obligado tributario ya tenía la intención previa de cometer el delito de defraudación tributaria, ya que, en este caso, la conducta del asesor fiscal se puede calificar como cooperación<sup>44</sup>. El artículo 28 a) del CP establece que los inductores son considerados autores del delito. Por lo tanto, cabe decir que el inductor interviene en la voluntad del autor a través de un influjo psíquico para la resolución y realización de un tipo de autoría de un delito determinado<sup>45</sup>.

Un ejemplo típico sería cuando el asesor fiscal influye en el ámbito psíquico del obligado tributario para que defraude a la Hacienda Pública, sea eludiendo pagos de sus obligaciones tributarias u obteniendo devoluciones indebidas. En este caso, la inducción solo es posible cuando el asesor fiscal genera en el obligado tributario *intra-neus* (o sus representantes) la decisión de cometer el delito de defraudación tributaria y ejecuta efectivamente una de las conductas antijurídicas previstas en el artículo 305 del Código Penal.

Además de las situaciones evidentes, también podría haber inducción en los casos en los que un obligado tributario acuda a un asesor fiscal con la intención abstracta de conseguir un ahorro y el asesor fiscal le proponga una alternativa fraudulenta que encaje en el delito de defraudación tributaria. También podría haber inducción en los casos en los que el obligado tributario muestre una cierta tendencia a la comisión de un delito contra el patrimonio de la Hacienda Pública, pero el consejo del asesor fiscal haga que se decida por cometer un delito de defraudación tributaria<sup>46</sup>.

Es importante tener en cuenta que la inducción debe ser anterior al hecho cometido, dirigida a una persona determinada y encaminada a la comisión de un delito específico de manera que cree una entidad suficiente para influir en la voluntad del inducido a la realización del delito.

Por tanto, la inducción, así como otras formas de participación que se fundamenta en el artículo 28 del Código Penal, se encuentra sujeta al principio de acceso limitado. Esto significa que la participación es considerada como accesoria con respecto al hecho del autor, pero que depende en cierta medida de este, dado que basta que el hecho del autor sea contrario a la norma para poder imputar a alguien como inductor<sup>47</sup>.

Por su parte la jurisprudencia española ha determinado cinco criterios para esta forma de participación: i) que la inducción sea anterior al hecho delictivo, pero en ciertos

43 Adame Martínez, F., *Autoría y otras formas de participación en el delito fiscal*, Granada, Ed. Comares 2010, p. 54.

44 Torres Cadavid, N., *La responsabilidad penal...*, op. cit., p. 502 y ss.

45 Colina Ramírez, E., *La defraudación tributaria...*, op. cit., p. 185.

46 Torres Cadavid, N., *La responsabilidad penal...*, op. cit., p. 502 y ss.

47 Colina Ramírez, E., *La defraudación tributaria...*, op. cit., p. 185.



casos puede ser concomitante, ii) que el *extraneus* ejerza de forma directa al *intraneus* el influjo psíquico de la comisión delictiva, iii) que el influjo sea eficaz o suficiente, de tal forma que, sea posible mover la voluntad del inducido, iv) que sea de forma dolosa, v) que el influjo sea relevante, de tal forma que sea determinante para la ejecución del hecho delictivo o de su tentativa<sup>48</sup>.

Finalmente, el inductor debe actuar con la intención de crear en el obligado tributario —*intraneus*— la decisión de cometer el delito de defraudación tributaria. En cuanto a los medios inductivos, no están limitados por el Código Penal, por lo que, en principio, cualquier medio capaz de producir el influjo psíquico que lleva a la realización del delito es válido.

## B. EL AUTOR DEL DELITO: COMO PROTAGONISTA NECESARIO

Como caso típico encontramos aquí la situación en la que un asesor fiscal asesora a su cliente con el propósito de evitar el cumplimiento de sus obligaciones fiscales, sin que el contribuyente tenga conocimiento real de que estas recomendaciones suponen una violación de su deber de contribuir y que se pueden cometer delitos por parte del obligado al pago sin el elemento subjetivo (dolo) requerido por el tipo penal (defraudación tributaria).

Algunos argumentan, como Sánchez Pedroche, que esto crea una situación de impunidad ya que el asesor fiscal no puede ser considerado como autor ni como cooperador necesario, dado que el contribuyente no está cometiendo un delito<sup>49</sup>. Para evitar esta situación, la doctrina ha propuesto considerar al asesor como una especie de administrador cuando actúa como consejero de una persona jurídica. Esto implica ampliar el concepto de administrador mercantil al que actúa de hecho, y comprender que el profesional de la asesoría lo es en gran medida en estas situaciones<sup>50</sup>.

Si se considera que el asesor fiscal ha causado de manera personal, exclusiva y dolosa un perjuicio a la Hacienda Pública, utilizando al contribuyente que actúa bajo un error de tipo invencible, no debería ser imposible imputar penalmente al profesional que, en la práctica, ha tomado el control del hecho al haberlo arrebatado al sujeto pasivo como consecuencia del error cometido. En estos casos, podría ser suficiente considerar la existencia de una transferencia de la posición de deber, asimilando esta situación a la de una verdadera representación formal, y aplicar las reglas de la autoría mediata o de la inducción.

Es importante destacar que en estos casos no habría razón para atenuar la responsabilidad y la punibilidad del asesor fiscal, ya que no estaría actuando como un tercero o *extraneus*, sino como un primero o *intraneus*. Por ejemplo, el Tribunal Supremo (TS) ilustra un caso similar, en el que el verdadero propietario de la acción podría ser condenado, incluso si la persona interpuesta fuera completamente ajena a la trama defraudatoria, en virtud de la doctrina de la accesoriedad media o limitada<sup>51</sup>. En la sentencia se examina la situación de una sociedad en régimen de transparencia fiscal en la que varios familiares eran socios. Esta sociedad fue siempre administrada de facto por uno de ellos, mientras que el resto se limitaba a seguir las instrucciones de dicho administrador. Aunque el TS reafirma su doctrina sobre el delito fiscal como delito especial, considera que el administrador de facto podría ser condenado como inductor.

48 TS 3435/2001 sala de casación, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de junio de 2001. Asimismo, TS de 30 de abril de 2003. Cfr. Sánchez Pedroche, *Responsabilidad penal, civil y administrativa del asesor fiscal*, pp. 223-24.

49 Sánchez Pedroche, J., *Responsabilidad penal...*, op. cit., p. 229.

50 *Ibid.*

51 TS de 30 de abril de 2003.

### C. ¿CÓMPLICE? COMO MERO CONSEJERO

En este texto se analiza la situación en la que un asesor fiscal, en su rol de consejero, brinda información legal y económica al contribuyente para minimizar su factura fiscal sin hacer recomendaciones elusivas, pero esta información es utilizada por el contribuyente para cometer un delito de defraudación tributaria. En este caso, la conducta del asesor se encuentra entre la neutralidad y la cooperación (necesaria y no necesaria) en el delito, ya que, aunque su aporte fue solo informativo, ha permitido la comisión del delito.

En relación con el asesor fiscal como mero consejero, nos encontramos ante un supuesto de asesoría donde el contenido puede darse en dos aristas: i) el asesor fiscal suministra información, y ii) el asesor fiscal da consejos al obligado tributario. Por lo general, cuando el asesor fiscal suministra información, es la asesoría la que implica la presentación y explicación de una situación específica, y se caracteriza por su enfoque descriptivo. El asesor fiscal puede proporcionar información en tres momentos diferentes: primero, antes de que se produzca el hecho imponible, para ayudar al cliente a tomar decisiones económicas y planificar actividades o transacciones que puedan tener implicaciones fiscales; segundo, durante la fase de liquidación del tributo, para que el cliente pueda cumplir o incumplir sus obligaciones tributarias con conocimiento de sus derechos y obligaciones, así como de las posibles consecuencias legales; tercero, después del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones, para ayudar en la creación de una estrategia de defensa en caso de un proceso<sup>52</sup>.

La asesoría fiscal puede adoptar dos modalidades, siendo el consejo la segunda y de mayor intensidad. En este sentido, el asesor fiscal aporta su experiencia y conocimientos para brindar una recomendación concreta de actuación, lo que va más allá de la mera interpretación y aplicación de las normas fiscales. Es posible que este consejo sea explícito, aunque también puede haber casos en los que se transmita de manera implícita.

Siguiendo este lineamiento la doctrina ha diferenciado sustancialmente entre cooperador necesario y cómplice, por ejemplo, el Tribunal Supremo establece que la diferencia no se basa en el control sobre la acción, ya que ambos carecen de dicho control. En su lugar, lo que importa es el grado de contribución del colaborador en la ejecución del plan del autor del delito. La complicidad se caracteriza por una participación accesorio y no esencial, y se requiere que exista una contribución que, aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito por el autor principal<sup>53</sup>.

Para que se configure la complicidad, es necesario que haya un acuerdo previo o una adhesión, la conciencia de la ilegalidad del acto proyectado, la voluntad de participar en la realización del hecho delictivo, y la realización de un esfuerzo propio que tenga un carácter secundario o auxiliar. La figura del cómplice puede ser entendida como un ayudante activo y consciente en la planificación y ejecución de un delito, en este caso puede ser en sus diversas formas de asesoría fiscal, pues puede contribuir al resultado del delito mediante el uso de consejos, información técnica conducentes a la realización del objetivo que comparten.

Pese a que se considera una participación secundaria, la complicidad implica la conciencia y la intención de ayudar en la ejecución del delito. Por lo tanto, para que exista complicidad, deben existir dos elementos: uno objetivo, que consiste en la realización de acciones relacionadas con las del autor del delito, que son accesorias o periféricas; y otro subjetivo, que implica el conocimiento del propósito criminal del autor y la voluntad de contribuir de manera consciente y efectiva a su realización mediante dichas acciones<sup>54</sup>.

52 Torres Cadavid, N., *La responsabilidad penal...*, op. cit., pp. 254-255.

53 Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de diciembre de 2012 (EDJ 2012/298612)

54 Torres Cadavid, N., *La responsabilidad penal...*, op. cit., p. 255.

En el ámbito de la Hacienda Pública se han planteado otros casos en los que, si las acciones no se consideran neutrales, existiría una cooperación al delito ajeno. El límite de la punibilidad se supera cuando la acción ya no es neutral, sino que forma parte de un contexto criminal. Se han propuesto diversas teorías para delimitar en qué punto las acciones aparentemente neutrales dejan de serlo y se convierten en verdadera cooperación en la ejecución del delito de defraudación tributaria.

Esta cuestión ha sido objeto de discusión en Alemania y hoy en día continúa siendo debatida. Algunos autores<sup>55</sup> defienden la exclusión de ciertas acciones que, siendo socialmente útiles y cotidianas, no tienen un componente delictivo y no persiguen el favorecimiento de un delito ajeno, aunque hayan contribuido de alguna manera al hecho antijurídico del autor.

## CONCLUSIONES

El sistema de protección social en relación con la defraudación tributaria se encuentra limitado por la evaluación objetiva de los bienes merecedores de protección jurídico-penal. El objetivo principal es proteger los derechos económicos de los contribuyentes y asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias para preservar los bienes esenciales para la existencia del Estado, mediante el correcto funcionamiento de la Administración tributaria.

Existen diferentes posturas doctrinales en cuanto a la naturaleza y calificación del delito de defraudación tributaria. Algunos argumentan que es un delito común, lo que implicaría que cualquier persona puede cometerlo. Otros sostienen que es un delito especial que requiere una relación jurídico-tributaria previa para su comisión. A nuestro juicio es un delito especial propio de características mixtas, es decir, que con el mero quebrantamiento del deber no es suficiente para la comisión delictiva, sino que necesita el dominio funcional para su comisión. Se requiere tanto la infracción del deber tributario como el dominio funcional para la comisión del delito.

El término «obligado tributario» se refiere a la persona con el deber legal de contribuir fiscalmente. Aunque se trate de un delito especial, aquellos que no cumplan con esa condición pueden ser responsables como partícipes, como se ha admitido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y el legislador. La figura del «obligado tributario» es clave en este sentido, ya que se refiere a la persona que tiene el deber legal de contribuir fiscalmente. Si esta persona actúa con dolo, será considerada autora directa de la infracción.

En relación con el asesor fiscal, se plantean diferentes supuestos de participación en el delito de defraudación tributaria. En el primer caso, se menciona la coautoría entre el asesor y el contribuyente, donde se requiere un acuerdo previo y que el asesor actúe en nombre del contribuyente. Se destaca la posibilidad de considerar al asesor como un cooperador necesario. En el segundo supuesto, se plantea la situación en la que el asesor fiscal actúa sin el conocimiento del contribuyente. Aquí se distingue entre el asesor que actúa de manera autónoma y el asesor que actúa a través del contribuyente. En el primer caso, el asesor puede ser considerado autor del delito, mientras que en el segundo caso se configura la autoría mediata. En el último supuesto, se aborda la situación en la que el asesor fiscal recibe información incompleta o inexacta del contribuyente

55 Como Jakobs, G., *La imputación objetiva en derecho penal* (trad. Cancio Meliá, M.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998, p. 156. Asimismo, Jakobs, G., «La prohibición de regreso en los delitos de resultado», en *Estudios de derecho penal* (trad. Cancio Meliá, M.), Madrid, 1997, p. 241 y ss. Cfr. Blanco Cordero, I., *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Granada, Comares, 2001, p. 6.

y actúa de buena fe. En este caso, se plantea que el asesor no debería ser penalmente responsable, ya que sería utilizado como instrumento por el contribuyente.

En cuanto a la responsabilidad del asesor fiscal en el delito de defraudación tributaria desde diferentes perspectivas: como autor, inductor y mero consejero. A través de un lenguaje experto y persuasivo, se presentan argumentos para cada una de estas posiciones. En primer lugar, se plantea la posibilidad de considerar al asesor fiscal como autor del delito. Para ello, se argumenta que el asesor debe llevar a cabo acciones concretas que definen la forma en que se comete el delito y que se le haya delegado la responsabilidad de cumplir con las obligaciones tributarias. Se menciona la cláusula del actuar en lugar de otro establecido en el artículo 31 del CP, que permite extender la autoridad a sujetos que no tienen la cualificación especial del delito requerido. Además, se destaca la importancia de determinar si el delito es de infracción del deber, de dominio o mixto.

Luego se aborda la cuestión de si el asesor fiscal actúa como inductor, dueño del hecho o mero consejero. Se señala que la participación en un delito implica que todas las personas involucradas serán penalizadas en función de su grado de intervención. En el caso del asesor fiscal, su responsabilidad tuvo de si actuó como representante o consejero en la comisión del delito. Si solo brindó asesoramiento sin participar activamente en el delito, se le consideraría partícipe en calidad de inductor, cooperador necesario o cómplice.

En relación con la inducción, se explica que es una acción dolorosa que tiene como objetivo provocar directamente la comisión de un delito. Se menciona que el asesor fiscal puede influir en el ámbito psíquico del obligado tributario para que cometa el delito de defraudación tributaria. Se fundamenta criterios para determinar la inducción, como que sea anterior al hecho delictivo, que el influjo sea eficaz y que sea relevante para la ejecución del delito.

Por otro lado, se plantea la posibilidad de considerar al asesor fiscal como protagonista necesario en el delito. Se argumenta que, si el asesor ha causado personalmente un perjuicio a la Hacienda Pública, utilizando al contribuyente que actúa bajo un error invencible, se podría imputar penalmente al asesor como autor mediato o por inducción. Se hace referencia a la doctrina que propone ampliar el concepto de administrador mercantil al asesor fiscal que actúa de hecho.

Por último, se aborda la situación del asesor fiscal como mero consejero. Se distingue entre la asesoría que implica la presentación de información descriptiva y el consejo que va más allá de la mera interpretación y aplicación de las normas fiscales. Se menciona la diferencia entre cooperador necesario y cómplice, enfatizando que la complicidad requiere una contribución que facilite correctamente la realización del delito por parte del autor principal.

## REFERENCIAS

- Adame Martínez, Francisco, *Autoría y otras formas de participación en el delito fiscal*, Granada, Comares, 2010.
- Aparicio Pérez, José, *El delito fiscal a través de la jurisprudencia*, Pamplona, Aranzadi, 1997.
- Ayala Gómez, Ignacio, *El delito de defraudación tributaria: artículo 349 del Código Penal*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense/Civitas, 1988.
- Bacigalupo Zapater, Enrique, «El delito fiscal en España», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad. Complutense*, N.º 56, 1979, pp. 79-98.

- Bajo Fernández, Miguel y Silvina Bacigalupo Saggese, *Delitos contra la Hacienda Pública* (2.a ed.), Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.
- Blanco Cordero, Isidoro, *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Granada, Comares, 2001.
- Choclán Montalvo, José Antonio, «Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales. Tratamiento penal de la información societaria inveraz», Barcelona, Bosch Editor, 2003.
- Colina Ramírez, Edgar, «El asesor fiscal en el ámbito del derecho deportivo. Especial referencia a los delitos tributarios», en *Tratado de derecho deportivo*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 435-50.
- Colina Ramírez, Edgar, *La defraudación tributaria en el Código Penal español (análisis jurídico-dogmático del art. 305 cp)*, Barcelona, Bosch Editor, 2010.
- Corcoy Bidasol, Mirentxu, «Autoría paralela y concurrencia de riesgos», en *Las garantías penales: un homenaje a Javier Boix Reig*, Madrid, Iustel, 2021, pp. 107-24.
- Corcoy Bidasol, Mirentxu, «Participación y autoría accesoria: dolo de participar como criterio diferenciador», en *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, Barcelona, Centro de Estudios Ramón Areces (ceura), Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, pp. 71-90.
- De la Mata, Norberto y Gabriel De Robles, «La responsabilidad penal del asesor fiscal: Límites». *Asociación Española de Asesores Fiscales*, n.o 15, 2019.
- De la Peña Velasco, Gaspar, *Algunas consideraciones sobre el delito fiscal*, Murcia, Universidad de Murcia, 1984.
- Díaz y García Conlledo, Miguel, *La autoría en derecho penal*, Barcelona, ppu, 1991.
- Feijoo Sánchez, Bernardo José, «Autoría y participación en el delito de defraudación tributaria, con especial referencia a las organizaciones empresariales», en *Política fiscal y delitos contra la Hacienda Pública. Mesas redondas [de] Derecho y Economía*, Madrid, Ramón Areces, 2007, pp. 111-22.
- Fernández, Gonzalo, *Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*, Buenos Aires, Editorial Julio César Faira, 2004.
- Ferré Olivé, Juan, *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la seguridad social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- García Cavero, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa. Criterios de imputación*, Barcelona, Bosch Editor, 1999.
- Gómez Martín, Víctor (coord.), «La ‘actuación por otro’ y la participación de extraneos en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3 cp», en *Nuevas tendencias en política criminal: una auditoría al Código Penal español de 1995*, Montevideo/Buenos Aires, B de F, 2006, pp. 49-113.
- González Uriel, Daniel, *El delito de defraudación tributaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- Gracia Martín, Luis, *El actuar en lugar de otro en derecho penal ii. Estudio específico del art. 15 bis del Código Penal español (doctrina, legislación y jurisprudencia)*, Zaragoza, Secretariado de publicaciones, Universidad de Zaragoza, 1986.
- Gracia Martín, Luis, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- Gracia Martín, Luis, «La prohibición de regreso en los delitos de resultado», en *Estudios de derecho penal* (trad. Cancio Meliá), Madrid, 1997.
- Jakobs, Günther, Miguel Polaino Navarrete y Miguel Polaino-Orts, *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, Lima, Ara Editores, 2010.
- Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general* (trad. Miguel Olmedo, 5.a ed.), Granada, Editorial Comares, 2002.
- Linares, María Belén, *El delito de defraudación tributaria. Análisis dogmático de los artículos 305 y 305 bis del Código Penal español*, Barcelona, Bosch Editor, 2020.

- Lombardero Expósito, Luis, *Delitos contra la Hacienda Pública*, Barcelona, Bosch Editor, 2011.
- Martínez-Bujan, Carlos, «Delitos contra la Hacienda Pública y contra la seguridad social (título xiv, art. 305-310)», en *Derecho penal económico*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, pp. 361-415.
- Martínez-Buján, Carlos, «Autoría y participación en el delito fiscal», en *El delito fiscal. Aspectos penales y tributarios*, Barcelona, Atelier, 2019, pp. 109-33.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos (coord.), «Caso del asesor fiscal», en *Casos que hicieron doctrina en el derecho penal*, La Ley, 2011, pp. 69-685.
- Martínez, Erik, «Responsabilidad del asesor fiscal en el fraude fiscal». *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (redur)*, n.o 13, 2015, pp. 269-306.
- Martínez Izquierdo, Severino. *El delito fiscal*, Madrid, Rialp, 1989.
- Pérez Royo, Fernando, *Derecho financiero y tributario. Parte general* (15.a ed.), Navarra, Thomson Civitas, 2005.
- Martínez Izquierdo, Severino, *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales (ief), 1986.
- Polaino Navarrete, Miguel, *El bien jurídico en el derecho penal*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1974.
- Polaino Navarrete, Miguel, *El delito fiscal. Secuencias fallidas de una reforma penal*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1985.
- Quintero Olivares, Gonzalo, «El nuevo delito fiscal», en *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda. Pública*, n.o 173, 1978, pp. 1313-58.
- Ribes Ribes, Aurora, *Aspectos procedimentales del delito de defraudación tributaria*, Madrid, Iustel, 2007.
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo, «El nuevo delito fiscal», en *Revista Española de Derecho Financiero*, 1977, pp. 15-16
- Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, tomo ii, *Especiales formas de aparición del delito*. Editado por Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal de la traducción y notas, Diego Luzón Pena, José Paredes Castañón, Navarra, Thomson Reuters, 2014.
- Sánchez Huete, Miguel, *Las infracciones en la Nueva Ley General Tributaria, perspectiva punitiva y garantista*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- Sánchez Pedroche, Juan, *Responsabilidad penal, civil y administrativa del asesor fiscal*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2007.
- Sánchez Vera, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- Silva Sánchez, Jesús-María, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Barcelona, Atelier, 2005.
- Silva Sánchez, Jesús-María, «La responsabilidad penal de los asesores fiscales», *iuris* n.o 53, 2001, pp. 58-64.
- Tacchi, Carlos, «Por qué los impuestos deben ser siempre pagados», *Colección*, vol. 2, n.o 4, 2017, pp. 81-92.
- Torres Cadavid, Natalia, *La responsabilidad penal del asesor fiscal. Problemas de autoría y participación en el delito de defraudación tributaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- Torres Cadavid, Natalia, «La responsabilidad penal del asesor fiscal en el delito de defraudación tributaria del art. 305 cp español. La aplicación de la cláusula del actuar en lugar de otro», *Nuevo Foro Penal*, n.o 14, 2018, pp. 54-102.
- Von Liszt, Franz, *Tratado de derecho penal*, tomo ii, traducido de la 20.a edición alemana por Luis Jiménez de Asua y adicionado con el derecho penal español por Quintiliano Saldaña (4.a ed.), Madrid, Instituto Reus S. A., 1999.

Wang, Fangjun, Shuolei Xu y Junqin Sun, «Corporate tax avoidance: a literature review and research agenda». *Journal of Economic Surveys*, n.o 34, 2020, pp. 793-811.  
Zalnieriute, Monika, Lyria Bennett y George Williams. «The rule of law and automation of government decision-making». *The Modern Law Review*, n.o 83, 2019, pp. 425-55.

## JURISPRUDENCIA

### *Tribunal Supremo*

Sentencia 3435/2001 de 30 de junio

Sentencia 28612/ 2012 de 5 de diciembre

Sentencia 665/2016 de 20 de julio

### *Audiencias provinciales*

Sentencia 92 /2009 de 31 julio de 2009 en la Audiencia Provincial de Zaragoza

Sentencia 121/2013 de 11 de abril de 2011 en la Audiencia Provincial de Badajoz

## LEYES Y CÓDIGOS

Constitución Española. «BOE» núm. 311 de 29 de diciembre de 1978.

Código Penal. «BOE» núm. 281 de 24 de noviembre de 1995.

Ley General Tributaria «boe» núm. 302 de 18 de diciembre de 2003.

## DIRECTRICES PARA AUTORES(AS)

### INSTRUCCIONES A LOS AUTORES PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS EN LA REVISTA CAP JURÍDICA CENTRAL

1. La 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.
2. Los autores, al presentar sus contribuciones a la Revista CAP Jurídica Central, declaran que son titulares de su autoría y derechos de publicación. 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 [subdecanato.fjeps@uce.edu.ec](mailto:subdecanato.fjeps@uce.edu.ec) [revistacap\\_juridica2.1@hotmail.com](mailto:revistacap_juridica2.1@hotmail.com).
4. Los criterios de presentación de 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 aprox.), de 5 a 7 palabras clave. Las secciones que conformen el texto deberán resaltarse. En caso de contar con figuras, estas se deberán entregar numeradas.
  - Las colaboraciones en 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 15 páginas y máximo 30. Esta cantidad 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 1.5, 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.
  - Debido a que la Revista CAP Jurídica Central se publica semestralmente, la fecha límite para la recepción de los artículos será el mes de junio para la convocatoria de enero y el mes de diciembre para la convocatoria de junio.
  - 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 Consejo Editorial y se someterán a un proceso de evaluación basado en el sistema par 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 procederá a la evaluación del artículo.
- El Consejo Editorial seleccionará los trabajos de acuerdo con rigurosos criterios formales y de contenido, esperándose que haya 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 escogido por el editor según el tema de estudio. El dictaminador desconocerá el nombre del autor o de los autores del artículo.
- El dictaminador del artículo tendrá 22 días hábiles, para evaluar y enviar sus observaciones con respecto al artículo, las cuales podrán incluir:
  - si aceptan, rechazan o sugieren revisiones previas a su publicación;
  - comentarios para el autor (indicando, en su caso, puntos a reconsiderar, explicar o modificar); y
  - 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 (p. ej., 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 (p. ej., 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.

## DERECHOS DE AUTOR

- Los autores retienen los derechos de copia (*copyright*) y ceden a la Revista CAP Jurídica Central el derecho de primera publicación del trabajo, bajo licencia *Creative Commons Attribution License*, que permite a terceros utilizar lo publicado siempre que hagan referencia al autor o autores del trabajo y a su publicación en esta revista.
- Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional (CC BY-NC 4.0).
- Los autores conservan los derechos de autor y garantizan a la Revista CAP Jurídica Central el derecho de publicar el manuscrito a través de los canales que considere adecuados.
- Los autores pueden establecer por su cuenta acuerdos adicionales para la distribución no exclusiva de la versión de la obra publicada en la Revista CAP Jurídica Central, haciendo reconocimiento de su publicación inicial en la misma como, por ejemplo, en repositorios institucionales.
- Se autoriza a los autores a difundir sus trabajos electrónicamente una vez sea aceptado el manuscrito para su publicación.

## RESPONSABILIDADES DE PERSONAS REVISORAS EXTERNAS

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 el siguiente link: <https://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/CAP/index>

### 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, quien 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* (sistema de 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 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 DIRECTRICES PARA EDITORES DE REVISTAS**

### **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.

### **Deberes y responsabilidades generales de los editores**

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

- Tratar de satisfacer las necesidades de los lectores y autores;
- Esforzarse para mejorar constantemente su revista;
- Establecer procesos para asegurar la calidad del material que publican;
- Abogar por la libertad de expresión;
- Mantener la integridad del historial académico de la publicación;
- Impedir que las necesidades empresariales comprometan las normas intelectuales y éticas; y,
- 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;*
- *Asegurar que los comunicados de prensa emitidos por la revista reflejan fielmente el mensaje del artículo sobre el que versan y ponerlos en contexto.*

### **Relaciones con los lectores**

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, MIAME, 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); y,*
- *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.*

### **Relaciones con los autores**

- 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;
- Los editores no revocarán las decisiones de aceptar trabajos a menos que se identifiquen problemas graves en relación con los mismos;
- 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;
- 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;
- Las revistas deben tener un mecanismo explícito para que los autores puedan apelar contra las decisiones editoriales;
- 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;
- 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/](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);*
- *Publicar las fechas de entrega y aceptación de los artículos.*

### Relaciones con los revisores

- 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;
- Los editores deben exigir a los revisores que revelen cualquier posible interés contrapuesto antes de revisar un trabajo;
- 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);*
- *Seguir el diagrama de flujo de COPE en casos de sospecha de mala conducta por parte del revisor.*

## Relaciones con los miembros del Consejo Editorial

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:*
  - o *Actuar como embajadores de la revista;*
  - o *Apojar y promover la revista;*
  - o *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;*
  - o *Revisar los envíos de trabajos a la revista;*
  - o *Aceptar encargos para redactar editoriales, reseñas y comentarios sobre documentos del área de especialización de la publicación; y,*
  - o *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;*

## Relaciones con los propietarios de las revistas y editoriales

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.

- 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.
- Los editores deben tener un contrato escrito que establezca su relación con el propietario de la revista y/o grupo editorial.
- 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.*

## El proceso editorial y la revisión por pares

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

## Garantía de calidad

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

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

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

## Protección de datos individuales

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.*

### **Fomentar la investigación ética (por ejemplo, la investigación con seres humanos o animales)**

- Los editores deben esforzarse por asegurar que las investigaciones publicadas se realicen 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).
- 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.*
- *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.*

### **Cómo abordar posibles malas conductas**

- 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.

- 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.
- Los editores deben seguir los diagramas de flujo COPE en aquellos casos en los que sean de aplicación.
- 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.
- 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.

### **Asegurar la integridad del documento académico**

- Los errores, declaraciones inexactas o engañosas deben ser corregidos de forma inmediata y con prominencia.
- 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.*

### **Propiedad intelectual**

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;*
- *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.*

## Fomento del debate

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

- Los autores de los materiales objeto de críticas deben tener la oportunidad de responder a las mismas.
- 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.*

## Quejas y reclamaciones

- 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.
- Los editores deben seguir el procedimiento establecido en el diagrama de flujo cope en relación con las quejas y reclamaciones.

## Intereses comerciales

- 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).
- 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.
- 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.*

## Conflictos de intereses

- 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.
- 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 procurara 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 similitud, a través de los siguientes pasos:

### ENVÍO

El proceso de revisión del sistema de similitud empieza cuando se envía un documento al sistema. La información enviada es procesada por la plataforma del software utilizado por el Sistema Integrado de Bibliotecas de la Universidad Central del Ecuador. El sistema admite una amplia variedad de los formatos de archivo. A continuación, se extrae el texto del documento y comienza el procedimiento, 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, destaca los posibles orígenes coincidentes respecto a nuestros archivos, que contienen orígenes de internet, material académico publicado y documentos de estudiantes enviados previamente.

### ANÁLISIS BASADO EN *MACHINE LEARNING*

Cuando un documento empieza a mostrar similitudes con otros orígenes, comienza a tomar forma la base del informe. El programa no solo registra el grado de coincidencia,

sino que también tenemos en cuenta cualquier otro uso de paráfrasis y sinónimos, además de otras formas de sustituciones.

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

Cuando el proceso finaliza, se genera una visión general del análisis y se entrega al editor. Los resultados se presentan en un informe comprensible para que el comité editorial 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.

### **CONSERVACIÓN DIGITAL**

1. 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, conforme lo establecido en el art. 57 del Estatuto de la Universidad Central del Ecuador.
2. En los servidores de la Universidad Central del Ecuador espacio virtual en donde la revista esta alojada con el OJS.

### **ARTÍCULOS**

Política de sección por defecto

### **DECLARACIÓN DE PRIVACIDAD**

Los nombres y las direcciones de correo electrónico introducidos en esta revista se usarán exclusivamente para los fines establecidos en ella y no se proporcionarán a terceros o para su uso con otros fines.

### **ESTILO DE CITACIÓN**

Esta revista debe citarse así:

CAP JURÍDICA CENTRAL (13), Quito: Colegio de Abogados de Pichincha y Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador, julio-diciembre de 2023.





Esta revista se  
terminó de diseñar para su  
versión digital en Editorial Universi-  
taria en el mes de diciembre de 2023  
siendo rector de la Universidad Central  
del Ecuador el Dr. Fernando Sempérte-  
gui Ontaneda y director de Editorial  
Universitaria el Prof. Gustavo  
Pazmiño.



latindex  
catálogo  
2.0

