



Universidad “San Gregorio de Portoviejo”

Carrera de Derecho

Trabajo de investigación de Artículo Científico previo a la obtención del título de Abogado

Título:

“El delito de la Delincuencia Organizada: sus retos para el ejercicio de la abogacía en Ecuador”

Autoras

Cevallos Mieles Geovanna Liliana

Mera Cedeño Ruth Nayhely

Tutora

Abg. Tania Muñoa Vidal, Mg

Cantón Portoviejo - Provincia de Manabí - República del Ecuador

Abril - septiembre 2023

Cesión de derechos

Ruth Nayhely Mera Cedeño y Geovanna Liliana Cevallos Mieles, declaramos ser las autoras del presente trabajo investigativo, cuyo contenido es auténtico y original que no infringe derechos de propiedad intelectual de terceros. En ese sentido, asumimos la responsabilidad correspondiente ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión de la información obtenida en el proceso de investigación.

De manera expresa cedemos los derechos de autor y propiedad intelectual del artículo científico “El delito de la Delincuencia Organizada: sus retos para el ejercicio de la abogacía en Ecuador” a la Universidad San Gregorio de Portoviejo, para que publique el texto impreso y electrónico por ser la institución de Educación Superior que nos acogió en todo el proceso de desarrollo del mismo.

Portoviejo, 23 de octubre del 2023

f. 

Ruth Nayhely Mera Cedeño
C.C.1350521926

f. 

Geovanna Liliana Cevallos Mieles
C.C.1314865302

“El delito de Delincuencia Organizada: sus retos para el ejercicio de la abogacía en Ecuador”

"Felony of Organized Crime: challenges for practice of law in Ecuador"

Autor (es):

Cevallos Míeles Geovanna Liliana.

Carrera de Derecho, Universidad San Gregorio de Portoviejo-Ecuador.

e.glcevallos@sangregorio.edu.ec

Mera Cedeño Ruth Nayhely.

Carrera de Derecho, Universidad San Gregorio de Portoviejo-Ecuador.

e.rymera@sangregorio.edu.ec

Tutora:

Abg. Tania Muñoa Vidal, Mg.

Universidad San Gregorio de Portoviejo-Ecuador.

tmunoa@sangregorio.edu.ec - <http://orcid.org/0000-0003-4820-9666>

Resumen

El presente estudio se enfocó en analizar la reforma del 29 de marzo del 2023 al artículo 369 del Código Orgánico Integral Penal toda vez que su contenido ha sido considerada por los profesionales del Derecho con un efecto criminalizante, en virtud de que la reforma de la norma manifiesta que por colaborador se entenderá a quien ofrezca, preste o facilite conocimientos jurídicos, ya sea de forma ocasional o permanente. El enfoque de investigación cualitativa, a través de una revisión bibliográfica, técnicas y herramientas de investigación permitió desarrollar y ampliar bases teóricas sobre el objeto de estudio. Los resultados evidenciaron la división de criterios entre el gremio ya que hay quienes consideran que perseguir a los abogados por defender, es una forma de criminalizar la profesión y hay quienes consideran que no se criminaliza, sino que solo se plantea y limita la participación en la delincuencia organizada; lo que permitió concluir en que la figura de un profesional del derecho precisamente se basa en el principio del secreto profesional, de aquí surge la relación cliente abogado, desarrollando una confianza recíproca con el propósito de velar por los derechos de su cliente, ya que el abogado es un operador de justicia.

Palabras claves: Criminalización; delito; rol del abogado, silencio del abogado.

Abstract

This study focussed on analysing the reform of March 29, 2023 to article 369 of the Comprehensive Organic Criminal Code since its content has been considered by legal professionals with a criminalising effect, by virtue of the fact that the reform of the rule states that a collaborator will be understood to anyone who offers, lends or provides legal knowledge, either occasionally or permanently. The qualitative research approach, through a bibliographic review, techniques and research tools, allowed the development and expansion of theoretical bases on the object of study. The results showed the division of criteria between the guild since there are those who consider that prosecuting lawyers for defending, is a way of criminalising the profession and there are those who consider that it is not criminalised, but only considers and limits participation in organised crime; which allowed to conclude that the figure of a legal professional precisely is based on the principle of professional secrecy, hence the relationship client lawyer arises, developing a reciprocal trust in order to ensure the rights of his client, since the lawyer is A justice operator.

Keywords: Criminalization; crime; role of the lawyer; lawyer's silence.

Introducción

La Ley Orgánica reformativa a varios cuerpos legales para el fortalecimiento de las capacidades institucionales y la seguridad integral (2023) se publicó en el Registro Oficial el 29 de marzo y con ella entran en vigencia cambios en varias disposiciones entre ellas al derecho penal y procesal penal, sustituyendo el 369 del Código Orgánico Integral Penal referente al delito de delincuencia organizada. (pág. 5)

Sin embargo, al poco tiempo de vigencia de esta reforma se ha generado contrariedad en el gremio de abogados debido a la conceptualización designada hacia el término de colaborador, en consecuencia, de que se entenderá por colaborador a quien ofrezca, preste o facilite conocimientos jurídicos, contables, técnicos, científicos u otros ya sea de manera ocasional o permanente, con o sin remuneración. (Ley Orgánica reformativa a varios cuerpos legales para el fortalecimiento de las capacidades institucionales y la seguridad integral, 2023, pág. 28)

Este acontecimiento resulta inquietante en virtud de que la reforma permitiría procesar a los abogados como colaboradores de quienes afronten cargos por delincuencia organizada, de manera que surge la interrogante en cuestión de si el operador del derecho podría ser juzgado por el ejercicio de su profesión.

Es necesario mencionar que, la función del abogado es asistir a su cliente, el cual no conoce de manera explícita la aplicación de la ley ni con exactitud sus derechos, y en consecuencia a ello, los ciudadanos recurren a un profesional experto con la finalidad de que sea el abogado quien sirva como nexo para aproximarse a la justicia, de modo que resulta contradictorio que un abogado sea juzgado por ejercer su profesión.

Ya que los abogados precisamente son operadores de derecho encargados de velar siempre con las armas del entendimiento, la razón, la lealtad y la justicia por los intereses de su cliente en todo momento. Y para eso utilizará todas las armas legales que estén a su

alcance, es por ello que se considera que perseguir a los abogados por defender a clientes, es una forma de criminalizar la profesión.

En virtud de que la profesión de la abogacía se basa en la confianza recíproca entre abogado y cliente es necesario que el abogado actúe bajo un régimen de principios ligados a su profesión, entre ellos silencio del abogado, el cual le garantiza al cliente, que su abogado actuará, al menos, confidencial y lealmente, con diligencia y competencia, con libertad e independencia. Es por ello que se considera a la exigencia de la confiabilidad y la salvaguarda de la confianza en las relaciones Abogado-cliente, fundamentos principales a la hora de establecer principios de actuación que todo abogado debe satisfacer. (Berizzo, 2021, pág. 14)

Cabe mencionar que en el Ecuador no existe un antecedente o jurisprudencia sobre el tema en cuestión, sin embargo, el gremio se encuentra dividido, puesto que no todos consideran que se criminalice la profesión sino más bien que se limita y aclara la participación dentro de la delincuencia organizada, no obstante, la posición mayoritaria considera que esta reforma si criminaliza la profesión por lo que ha interpuesto una demanda hacia la misma. Es preciso tener en cuenta que un eje fundamental para asegurar el cumplimiento eficaz de la justicia es la participación del abogado como representante del ciudadano que busca la protección de sus derechos.

En consecuencia, Robles (2023) hace una mención a la reforma en la que determina que dentro de ella existe una afectación no solo para él profesional del derecho sino también para distintas profesiones las cuales han sido relacionadas a delitos de delincuencia organizada, en calidad de colaboradores dentro del proceso penal, por consiguiente, Ocaña alude que se estaría criminalizando la práctica profesional. (pág. 1)

Para el doctor Daniel Gadea Nieto (1982) menciona que:

La criminalización puede ser concebida como el proceso por el cual cierto tipo de

conducta es incluida en una lista de actos criminales; o sea, el proceso por el cual surge una ley que describe la conducta que se considera posible de pena. (pág. 14)

Con este preámbulo, la finalidad de este trabajo investigativo está dirigida a analizar si la reforma realmente criminaliza al profesional del Derecho y sus consecuencias en la práctica profesional del abogado, para lo cual esta investigación tiene como objetivo analizar si existe una criminalización hacia el profesional del Derecho con la reforma del 29 de marzo del 2023 al artículo 369 del Código Orgánico Integral Penal y en consecuencia se diseñó la siguiente problemática ¿La formulación del artículo 369 del Código Orgánico Integral Penal, constituye una criminalización al ejercicio de la abogacía?

Metodología

La realización de este artículo de reflexión tuvo un enfoque de investigación cualitativa, donde se planteó los resultados de un proceso de elaboraciones teóricas, interpretaciones críticas y construcciones metodológicas, proveniente de investigaciones realizadas por los autores, con la finalidad de desarrollar y ampliar bases teóricas sobre la criminalización del profesional del Derecho con la reforma del COIP del 29 de marzo del 2023.

Para el desarrollo de este artículo se llevó a cabo un estudio de tipo documental, partiendo desde una dicotomía entre antecedentes históricos y la ciencia jurídica a través del uso del método de análisis histórico jurídico, realizando un análisis de cuerpos normativos en el contexto ecuatoriano a través de exegética jurídica para posterior a ello hacer uso del método comparativo, tomando como referencia cierta información de otros países en el ámbito penal que pudieron contribuir al desarrollo de esta investigación para finalmente aterrizar en el uso del método teórico jurídico.

Por lo que a través de técnicas y herramientas de investigación como una estrategia de búsqueda se organizó, analizó y examinó la información recopilada con el fin de contribuir al

desarrollo de este artículo científico, de tal manera se hizo uso de técnicas como la búsqueda bibliográfica con el objetivo de identificar y localizar bibliografías pertinentes para esta investigación, para luego realizar un análisis tanto documental como de contenido.

Lo anterior permitió desarrollar un nivel de análisis de tipo jurídico, en el cual se consideró tanto el aspecto doctrinario como el aspecto normativo que se encuentran relacionados con el tema de estudio.

Fundamentos teóricos

Desde una perspectiva primaria relativa con la mínima intervención penal, es importante plantearse cuál es la función del Derecho Penal, según Von Liszt (2018) lo determina como:

Conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian crimen, como hecho, a la pena como legítima consecuencia, y concretando que el Derecho Penal, en sentido objetivo, se entiende como Derecho criminal; y en sentido subjetivo, como derecho de castigar el *Ius Puniendi*. (pág. 1)

En este sentido Ernesto Pazmiño Granizo (2011), manifiesta que:

Dentro de un Estado democrático el Derecho Penal cumple una doble función de protección; la primera respecto a controlar las manifestaciones de violencia que existen dentro de la sociedad, y el segundo referente a las limitaciones que se imponen al Estado, con el fin de evitar excesos en el uso del poder. (pág. 1)

Es entonces, que a partir de estas dos aristas citadas anteriormente se puede decir que el Derecho Penal debería ser usado únicamente cuando no exista otra herramienta de protección menos gravosa, ya que este es considerado de última ratio, y debe intervenir únicamente frente a las conductas realmente graves que afecten bienes jurídicos penalmente relevantes.

El principio mínima intervención penal es considerado un límite al “*ius puniendi*”,

conectado al Principio “*nullum crimen nulla poena sine lege*”. El Derecho Penal, se rige por un principio de hecho, contemplados a través de comportamientos activos en la mayoría de casos u omisivos en unos pocos; por lo tanto, se puede decir que el Derecho Penal no sólo impone prohibiciones, sino también mandatos; teniendo en cuenta que estos comportamientos activos u omisivos deben afectar bienes jurídicos. (Guerrero Ramírez & Morocho Baculima, 2022)

Por lo que la mínima intervención penal debe entenderse a las luces de dos perspectivas teóricas: un derecho penal fragmentario y uno subsidiario. Al respecto Hinojosa Copete (2022) enfatiza:

La subsidiaridad y fragmentación del sistema penal resulta de que trata de un recurso sancionador extremo, que debe aplicarse sólo cuando las demás ramas del derecho no sean efectivas para proteger el bien jurídico de aquellas intolerables agresiones a la vida social, pues, no se justifica aplicar un recurso más grave cuando se persigue al mismo resultado obtenido a través de uno más suave. (pág. 20)

En el Código Orgánico Integral Penal se encuentran tipificados los delitos considerados como infracciones penales, mismos que se caracterizan por una conducta típica, antijurídica y culpable, con sanciones determinadas en el la ley penal. Para establecer una conducta como delito se debe tener en cuenta la existencia implícita de la ilicitud y la responsabilidad por acción u omisión del autor o cómplice, conectadas al resultado, comprendiéndose que no puede existir culpabilidad sin antijuricidad, pero si puede existir antijuricidad sin culpabilidad. Sin embargo, no siempre resulta fácil determinar si se constituye o no un delito; puesto que, en ocasiones, el hecho no está descrito exactamente en la ley. (Arellano Cruz & Mendivil Cortez, 2020)

Históricamente los dogmáticos penalistas han elaborado diferentes sistemas de la teoría del delito estableciendo de forma distinta sus diversos elementos. No obstante, estos

sistemas se configuran de manera similar al momento de conceptualizar el delito como conducta típica, antijurídica y culpable. Desde el punto de vista de su aplicabilidad, cabe mencionar que la teoría del delito constituye una herramienta de la que se sirve el penalista para resolver los problemas específicos que plantea la aplicación de los delitos concretos. (Barrado Castillo, 2018, págs. 1,4)

Aludiendo a la tipicidad como uno de los elementos que configuran al delito, los autores Valarezo Trejo, Valarezo Trejo, & Armando Rogelio, (2019) la establecen como:

La adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley penal como delito. La comprobación de la tipicidad indica que existe una correspondencia exacta entre lo que el agente ha realizado y aquello que se encuentra descrito en la ley. (pág. 333)

La revisión teórico-jurídica de un hecho y su relevancia para el derecho penal y para la vida sólo es posible desde los hechos, es decir, desde lo expresado externamente, no desde los elementos o factores subjetivos que maneje el agente delictivo en su mente. Por otra parte, la Teoría de la Imputación Objetiva señala que se deberá tener en cuenta no sólo la realización o concreción externa del hecho sino también al sujeto ideal, así como a las circunstancias en que actúa (rol social). Por consiguiente, los datos subjetivos que maneja el agente delictivo hacen parte de la valoración que hay que hacer del tipo objetivo. (Bolaños González, 2005, pág. 22)

Esta teoría tiene por objeto analizar el sentido social de un comportamiento a fin de determinar si el mismo se encuentra socialmente permitido o no. La adecuación social planteada juega un papel importante porque puede complementar el contenido material de figuras como los riesgos aceptables y los retornos prohibidos (encontrar un responsable en base a acciones pasadas, es decir, la aceptación social de una conducta permite definir áreas de responsabilidad, por lo que este tipo de acciones no son típicas porque están

históricamente legitimadas. (Quebradas Ortiz & Gutiérrez Molano, 2013, pág. 13)

Asimismo, Quebradas Ortiz & Gutiérrez Molano (2013) señalaban que la autora Claudia López Díaz, en su obra “Introducción a la imputación objetiva”, determina que:

Quien organiza un peligro para el bien jurídico, está en el deber de evitar que sobrepase los límites de lo permitido-, por tal razón, el generador de una actividad peligrosa, está en el deber de hacer una detallada observación de la seguridad, con el fin de no ocasionar daño a algún bien jurídico por el hecho de la realización de tal actividad. Una vez fijada la posición de garante se entrará a determinar si el sujeto incurrió en alguna creación de un riesgo que se encuentre jurídicamente desaprobado. (pág. 13)

Siendo necesario traer a colación el rol de un abogado para precisar si su conducta es socialmente permitida o no, dado que el papel del abogado va más allá de defender a su cliente, ya que se convierte en un punto clave dentro del proceso de su representado, puesto que debe analizar todas las vías, para asesorar de manera eficaz el devenir del proceso.

De esta manera, el abogado desarrolla una tarea de defensa constitucional, y representa el deber de la autoridad pública, incluidos jueces y tribunales, garantizando al justiciable poder defender sus pretensiones de manera real y efectivo, permitiendo la protección y asistencia de un abogado en los términos establecidos en la Constitución y las leyes. (Berruezo, 2015, pág. 136)

En cuanto a la función de un abogado Sánchez Stewart (2021) manifiesta:

Desde tiempo inmemorial los Abogados estamos obligados a guardar el secreto profesional—un concepto de derecho continental- o del “lawyer-client privilege” -un concepto de derecho común propio de los países anglosajones- y éste había sido el caballo de batalla en la resistencia de los Abogados para ser incorporados a la lista de sujetos obligados. (pág. 3)

De manera que el secreto profesional constituye el consenso definitivo al que se llegó luego de mucho tiempo de disputa entre abogados y jueces sobre los límites del uso del secreto profesional en el derecho anglosajón. Por lo que, la historia del secreto profesional anglosajón es la historia de un progresivo asentamiento de límites al ejercicio de esta facultad de los abogados. (Gallego, 2023)

Si bien es cierto, siempre ha existido una serie de conceptos que definen el ejercicio del abogado, no obstante, a pesar de las diferencias entre ellos, un principio que predomina comúnmente es el secreto profesional para con su cliente, siendo este un requisito básico para ejercer esta profesión.

En este sentido histórico, para el modelo inquisitorial la preocupación principal era que el abogado no ayudara más de lo que debía a los delincuentes, de la misma manera en el modelo liberal se temía que traicionara la confianza de su defendido, sin embargo, en todas las organizaciones de abogados existen códigos de ética profesional y las leyes han aceptado reglas de confidencialidad que fortalecen las dimensiones éticas de la abogacía. (Binder, Fandiño, Del Solar, & Fibla, 2020, pág. 23)

Relativo a lo anteriormente descrito, es preciso delimitar a la abogacía dentro del contexto ecuatoriano, siendo considerada por Cornejo Aguiar (2016) como:

Una función social al servicio de la justicia y del Derecho, donde debe estar presente la ética profesional, como aquella manifestación del conocimiento dentro de cada persona que debe estudiar los deberes y derechos inherentes a una persona al momento de desarrollar una profesión. (pág. 1)

La abogacía en el Ecuador históricamente fue concebida en un principio desde una ideología religiosa, otorgándole su propio tribunal y jurisprudencia, sin dejar de lado al derecho civil, que también formó parte de los inicios de la abogacía en Ecuador, regulando la relación entre las personas y de esta manera convirtiéndose el Derecho en un campo que

regula la sociedad bajo parámetros éticos y religiosos.

Para Gallardo (2019):

La labor más característica de los abogados es la de actuar ante los tribunales defendiendo los derechos e intereses de sus clientes. Entonces el letrado se constituye en presupuesto de funcionamiento del Poder Judicial, pues sólo su intervención garantiza el ejercicio del derecho a la defensa. No puede administrarse justicia sin abogados que defiendan a todas las partes que lo son en el proceso. (Gallardo, 2019, pág. 1)

En consecuencia, se puede determinar que el rol que juega un profesional del Derecho en la sociedad es un papel fundamental ya que no solo está dirigido a la solución de conflictos en la sociedad, sino que también es la persona encargada de defender los derechos fundamentales de las personas garantizándoles un proceso justo, equitativo y basado en principios.

Uno de los principios mencionados anteriormente es; la cláusula de confidencialidad la cual se refiere a un contrato o acuerdo legal, respaldado entre dos o más partes, por medio del cual las partes comparten voluntariamente información confidencial, ya sea una de las partes o todas las partes intervinientes y al mismo tiempo la protegen quedando restringido el uso de información contenida en el documento. (Castro Arroyo, 2020)

Además, el silencio del abogado hace referencia a la relación cliente-abogado, siendo esta de carácter personal, ya que el cliente, al encontrarse frente una situación conflictiva acude a un abogado, depositando toda su confianza. Es decir, que recurre a él con la certeza de que este posee los conocimientos técnico-jurídicos que se necesitan para resolver su problema. En este contexto, y como retribución a la confianza otorgada, surge en el abogado una obligación de lealtad frente a los intereses que le han sido encomendados. (Aparisi Miralles, 2013, pág. 59)

Cabe destacar que, la Asamblea Nacional discutió y aprobó, de conformidad con las facultades que le otorgan la Constitución de la República del Ecuador y la Ley Orgánica de la Función Legislativa, un Proyecto de ley orgánica que reforma varios cuerpos legales para el fortalecimiento de las capacidades institucionales y la seguridad integral. (Asamblea Nacional, 2023)

El 29 de marzo del 2023 fue publicada en el Registro Oficial la ley mencionada anteriormente. Según la Asamblea, el objetivo de estas reformas es contribuir al fortalecimiento de las capacidades institucionales para garantizar un ambiente de paz y seguridad integral, siendo el Código Orgánico Integral Penal (COIP) la principal normativa que registra cambios con este proyecto de ley, entre los principales cambios está el endurecimiento de penas relacionadas con el crimen organizado.

Para efectos de la presente investigación, es fundamental precisar lo establecido en el artículo 56 de la Ley Orgánica reformativa a varios cuerpos legales para el fortalecimiento de las capacidades institucionales y la seguridad integral (2023) la cual establece “Sustitúyase el artículo 369 del Código Orgánico Integral Penal por el siguiente”:

Art. 369.- Delincuencia Organizada.- La persona que mediante acuerdo o concertación forme un grupo estructurado de tres o más personas que, de manera permanente o reiterada, financien de cualquier forma, ejerzan el mando o dirección o planifiquen las actividades de una organización delictiva, con el propósito de cometer uno o más delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de cinco años, que tenga como objetivo final la obtención de beneficios económicos u otros de orden material, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Los demás colaboradores serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La pena privativa de libertad será de diez a trece años si la delincuencia organizada

tiene como propósito cometer delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, terrorismo, actividad ilícita de recursos mineros, sicarito, secuestro, trata de personas y tráfico de migrantes, pornografía infantil, tráfico ilícito de armas de fuego, armas químicas, nucleares o biológicas o lavado de activos. En este caso, los colaboradores serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Por colaborador se entenderá a quien ofrezca, preste o facilite conocimientos jurídicos, contables, técnicos, científicos u otros ya sea de manera ocasional o permanente, remunerados o no, con el propósito de servir o contribuir a los fines ilícitos de la organización. (pág. 38)

La reforma de este artículo en específico ha causado impacto entre la sociedad, lo cual ha llevado a emitir ciertos criterios de distintas personas, para lo cual es importante manifestar dos de ellos, a continuación:

La verdadera función del abogado es suplir las carencias técnicas del cliente que no conoce sobre la aplicación de la ley ni con exactitud sus derechos, de aquí que tengan que acudir (los ciudadanos) a un profesional experto de la misma manera que acuden a un plomero para que arregle las tuberías, ni más ni menos. El abogado y el plomero son las manos del cliente que les hace un encargo y el Derecho es una herramienta que los juristas utilizan en su esfuerzo por aproximarse a la justicia, por eso, nadie puede ser juzgado por ejercer su profesión. (Ortiz, 2023, pág. 1)

Para G. Elías & Muñoz (2022) el rol del abogado: “se basa en un profesional que se dedica a representar a personas que han sido víctimas de un delito o han sido acusadas de ser partícipes de un acontecimiento que incumplía la normativa legal del Código Penal”. (pág. 1). Es importante diferenciar la línea que existe entre el rol que juega el abogado como defensor y asesor de las personas con el concepto y participación de un colaborador en un delito.

En Notimundo Estelar (2023) el abogado penalista Marcelo Dueñas en relación a la nueva reforma del 29 de marzo del 2023 al artículo 369 del COIP, indicó que:

Uno de los elementos sustanciales para que exista el delito es el dolo. El “colaborador” debe estar consciente de los servicios que está prestando a una organización delictiva. Entonces no debería haber razón para que “se ponga los pelos de punta a ninguno de los profesionales” porque el experto que colabore conscientemente a una estructura criminal, es parte de la misma. Es necesario un cambio “sustancial” en este apartado en el cual se establezca en qué momento la “colaboración” puede ser dolosa y el profesional catalogado como un colaborador para la delincuencia organizada. (pág. 1)

Por ende, para determinar la participación del abogado en un caso que esté representando es importante estudiar, interpretar y analizar los conceptos mencionados, a fin de diferenciar frente a qué postura se encuentra un abogado dentro de un delito como es el caso de la delincuencia organizada. La distinción entre estos conceptos es lo que permitirá la definición de la acción del abogado para evitar caer en la restricción del ejercicio de su profesión.

En este sentido, el autor Aller (2011) menciona que “restringir y obstaculizar el libre desempeño de la abogacía penal condice con una mirada totalitaria de la sociedad. Es una expresión entre muchas otras de intolerancia, desapego democrático, menosprecio por el Derecho y por las Instituciones jurídicas”. (pág. 3)

Inclusive, Mestanza Solano (2023) determina que:

El momento en que llegase a ser penalizada la defensa del abogado se violaría la Constitución y la propia ley; pues el sospechoso no podría rendir su versión, el procesado no podría rendir su testimonio, y ni siquiera podría ser investigado sin la presencia del abogado; por último, no se le podría juzgar sin su defensor. (pág. 1)

Bajo esta noción, y en conjunto a los distintos criterios mencionados anteriormente es imprescindible conceptualizar el significado de criminalización, con el objetivo de identificar si realmente este es el término adecuado en relación a la controversia que se ha provocado en los gremios de profesionales del Derecho con la reforma mencionada. El diccionario de la Real Academia Española (2023), criminalización significa: “acción de criminalizar”. Asimismo, significa “atribuir carácter criminal a alguien o algo”. (pág. 1)

Por otra parte, para la criminalización: “es concebida como el proceso por el cual cierto tipo de conducta es incluida en una lista de actos criminales; o sea, el proceso por el cual surge una ley que describe la conducta que se considera pasible de pena”. (Zúñiga Rubí, 2019)

Dado que la nueva reforma ha sido un tema controversial, es necesario mencionar que para aterrizar en un criterio valorativo-objetivo, es imprescindible el análisis de los elementos del tipo penal y a la vez distinguir entre el rol que cumple el abogado en su profesión y la colaboración de un sujeto en un delito de delincuencia organizada.

Análisis de resultados y discusión

El Derecho penal en sus inicios fue concebido como una herramienta punitiva que poseía el Estado, conforme a la evolución que ha tenido la sociedad y las estructuras normativas, esa concepción cambió por otra que se constituye como limitante del poder punitivo del Estado, más aún en un Estado constitucional de derechos y justicias como el ecuatoriano en donde el principio de la mínima intervención penal predomina con una verdadera manifestación de política criminal en el contexto de la creación y aplicación del derecho penal como una rama represiva más que preventiva.

Desde el punto de vista de la teoría del delito vigente en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) (2014) esta se encuentra frente a un derecho penal de actos y no de personas, en el que en sede de tipicidad hay que identificar si una conducta se adecua a la predicción

contenida en el tipo penal, para ello se debe tener en cuenta una estructura teórica mediante la que cada ser humano en sociedad pueda realizar determinadas actividades de riesgo en función de la profesión que se desempeña, entendiéndose así la teoría del rol y la teoría del riesgo.

De manera que el ejercicio profesional contextualizado desde el punto de vista del rol del abogado en una sociedad no excede los riesgos y los límites que se le permiten en su quehacer deontológico, resulta preocupante querer vincular el rol social que el abogado ejerce con la delincuencia organizada, por el hecho de encontrarse realizando actividades que son inherentes al ejercicio de su profesión, puesto que su función social se sustenta en garantizar los derechos de las personas, en aras que tengan un acceso eficaz a la justicia reforzando de esta manera la seguridad jurídica propia de un Estado constitucional de derechos y justicia.

Asimismo, la relación que el abogado tiene con su cliente está amparado por una expresa cláusula de confidencialidad a partir del contrato de prestación de servicios de asesoría del abogado, mismo contrato que no necesariamente es escrito, la mera solicitud de una persona para que un abogado lo asesore entra en el ámbito de asesoría y patrocinio como ejercicio profesional del abogado, de manera que el abogado al asumir el asesoramiento de un caso, adapta una figura neutral, donde él no puede revelar ningún secreto de su cliente, siendo esta una prohibición fundamentada dentro de la cláusula de confidencialidad.

Es preciso mencionar que el “secreto profesional”, se encuentra garantizado por la Constitución de la República del Ecuador (2008) su artículo 20, consolidándose así con un carácter bipartito, es decir, como deber del abogado y como derecho de su defendido. De la misma manera el Código Orgánico Integral Penal (COIP) (2014) tipifica sobre la revelación de secreto en donde se establece que, teniendo conocimiento por razón de su estado u oficio, la persona que divulgue el secreto será sancionado; otro cuerpo normativo ecuatoriano que hace referencia a esta figura, es el Código Orgánico de la Función Judicial (2009) dentro de

las prohibiciones de los profesionales del derecho dispone la prohibición de "revelar el secreto de sus clientes". De tal manera se logra evidenciar que existen figuras legales suficientes relativas al silencio profesional del abogado en el ejercicio de su actividad, cuyo respaldo se encuentra en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, como se ha sostenido a lo largo de este estudio, el Derecho penal ecuatoriano, obedeciendo a su lógica diacrónica, ha ido evolucionando, lo que se ve reflejado en las diversas reformas a las que se puede someter un cuerpo normativo en el tracto sucesivo de su vigencia, es por ello, que en el presente trabajo investigativo se ha analizado la última reforma que sufrió el Código Orgánico Integral Penal, siendo esta la del 29 de marzo del 2023.

Más allá de un criterio subjetivo y una vez contextualizado el rol del abogado en la sociedad, en términos jurídicos cabe mencionar que con la nueva reforma del COIP que ha sido analizada, se está pretendiendo desarrollar una criminalización mediante la reforma a un tipo penal, en donde se describe una acción de rol deontológico que cumple un abogado, pero otorgándole un contexto típico que es contrario a toda lógica de la mínima intervención penal como garantía del sistema ecuatoriano.

Si bien es cierto, teniendo en cuenta que este al ser un tema actual y novedoso, aún no existe jurisprudencia sobre la criminalización del abogado en el Ecuador, sin embargo, el 3 mayo del 2023 el Colegio de abogados de Pichincha presentó ante la Corte Constitucional del Ecuador una acción pública de inconstitucionalidad, misma que hasta la fecha no ha sido resuelta.

Por lo que resultó novedoso traer a colación a este trabajo investigativo como referencia el fallo del Tribunal Estadual Superior de Hamburgo (06.01.2000, NJW 2000, 673) el cual trata de un abogado que aceptó la defensa de una traficante de drogas que se encontraba detenida y la Fiscalía formuló una acusación contra él por lavado de activos al

recibir de honorarios 5.000 marcos alemanes. Si bien es cierto el tribunal tuvo por probado que el dinero provenía de delitos vinculados con el tráfico de estupefacientes, no obstante, en la causa no se pudo determinar si el abogado tenía conocimiento de esta circunstancia o bien si lo sabía, consideró irrelevante el origen del dinero. (Berruezo, Misión jurídica, 2015, pág. 132)

El Tribunal Estadual Superior de Hamburgo consideró que la conducta del abogado no sería punible por el tipo penal de lavado de activos aun cuando se demostrara que este tenía conocimiento del origen del dinero, por lo que finalmente se consideró que no era necesario continuar investigando el hecho. Algunos de los argumentos mencionados por el Tribunal Superior de Hamburgo (OLG), fueron los de todos procesado a la libre elección de un letrado que lo defienda y por otro al de los abogados al libre ejercicio de la profesión. (Berruezo, Misión jurídica, 2015, pág. 132)

Si bien es cierto, el caso mencionado en líneas previas versa sobre la conducta de un abogado entorno al lavado de activos, resulta necesario destacar que existen puntos claves dentro de este fallo, tales como la ratificación de que la condena de este tipo de conductas no implica una injerencia ilegítima en el derecho al libre ejercicio de la profesión del abogado o en la libre elección de defensor, asimismo la aclaración de que con la interpretación que se le otorga al caso, no se ve afectada la relación de confianza entre el cliente y el abogado, ya que las posibles diligencias penales que pudieran iniciar contra el abogado deben basarse en indicios de criminalidad que deban ir más allá del simple hecho de que el imputado cuente con un abogado de libre designación.

De tal manera el fallo de esta sentencia contribuyó argumentos teóricos que son importantes para el resultado de la presente investigación, debido a que el eje central de ambos casos radica en la criminalización que se pretende desarrollar hacia el abogado en el ejercicio legítimo de su profesión.

Conclusión

El propósito de un abogado es asesorar y patrocinar, siendo la asesoría un consejo profesional en el cual usualmente se parte de supuestos, el abogado no se encuentra obligado a valorar o investigar el fin que pretende darle el sujeto a la consulta, por lo tanto, cualquier forma de asesoría en contexto de las leyes es parte del rol permitido, por lo que no cabe duda que la reforma del artículo 369 del COIP constituye una criminalización no solo a la profesión del abogado, sino que también contraria principios básicos de la teoría del delito y principios tanto normativos como éticos respecto de la profesión del abogado y su relación con el entorno social.

Esta criminalización se fundamenta en que la teoría vinculada a la responsabilidad penal se denomina teoría del delito, la cual establece el juicio de atribuidad de una conducta a superación del riesgo, y el riesgo se puede manejar en función al rol, consecuentemente, el hecho de pensar que un abogado asesor supera el riesgo que se le permite a su rol como abogado es irracional a todas luces.

Referencias

- Aller, G. (2011). Rol y responsabilidad del abogado en el derecho penal y en el proceso penal de un Estado de derecho. 3.
- Aparisi Miralles, Á. (2013). *Ética profesional del abogado*. Obtenido de El principio de lealtad profesional en la praxis de la abogacía: el conflicto de intereses:
<https://www.uandes.cl/wp-content/uploads/2019/03/Cuaderno-de-Extension-Juridica-N%C2%B0-24-Etica-profesional-del-abogado.pdf>
- Arellano Cruz, J. L., & Mendivil Cortez, C. V. (31 de diciembre de 2020). *Teoría del delito y teoría del caso*. Obtenido de
<https://revistainvestigacionacademicasinfrontera.unison.mx/index.php/RDIASF/articloe/view/308/505>

Asamblea Nacional. (29 de marzo de 2023). Obtenido de Ley orgánica reformatoria a varios cuerpos legales para el fortalecimiento de las capacidades institucionales y la seguridad integral: [https://www.edicioneslegales-](https://www.edicioneslegales-informacionadicional.com/webmaster/directorio/SU279_2023.pdf)

[informacionadicional.com/webmaster/directorio/SU279_2023.pdf](https://www.edicioneslegales-informacionadicional.com/webmaster/directorio/SU279_2023.pdf)

Asamblea Nacional. (29 de marzo de 2023). *Ley Orgánica reformatoria a varios cuerpos legales para el fortalecimiento de las capacidades institucionales y la seguridad integral*.

Obtenido de edicioneslegales-informacionadicional.com:

<http://www.edicioneslegales>

[informacionadicional.com/webmaster/directorio/SU279_2023.pdf](http://www.edicioneslegales-informacionadicional.com/webmaster/directorio/SU279_2023.pdf)

Barrado Castillo, R. (junio de 2018). *Teoría del delito. Evolución. Elementos integrantes*.

Obtenido de [https://ficp.es/wp-content/uploads/2019/03/Barrado-Castillo.-](https://ficp.es/wp-content/uploads/2019/03/Barrado-Castillo.-Comunicaci%C3%B3n.pdf)

[Comunicaci%C3%B3n.pdf](https://ficp.es/wp-content/uploads/2019/03/Barrado-Castillo.-Comunicaci%C3%B3n.pdf)

Berizzo, I. (abril de 2021). *La colisión de deberes y el deber de secreto profesional del abogado*. Obtenido de

[https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/49326/TFG%20%20Be-](https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/49326/TFG%20%20Berizzo%2C%20Ines.pdf?sequence=1)
[rizzo%2C%20Ines.pdf?sequence=1](https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/49326/TFG%20%20Berizzo%2C%20Ines.pdf?sequence=1)

Berruezo, R. (2015). El delito de lavado y los honorarios profesionales. *Dialnet*, 136.

Berruezo, R. (diciembre de 2015). *Misión jurídica*. Obtenido de El delito de lavado y los

honorarios profesionales: [https://www.revistamisionjuridica.com/wp-](https://www.revistamisionjuridica.com/wp-content/uploads/2020/09/El-delito-de-lavado-y-los-honorarios-profesionales.pdf)

[content/uploads/2020/09/El-delito-de-lavado-y-los-honorarios-profesionales.pdf](https://www.revistamisionjuridica.com/wp-content/uploads/2020/09/El-delito-de-lavado-y-los-honorarios-profesionales.pdf)

Binder, A., Fandiño, M., Del Solar, M. J., & Fibla, G. (2020). *El ejercicio de la abogacía en América Latina: en la búsqueda de una agenda de trabajo*. ¿Obtenido de

[https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5666/Abogacia_AmericaLati-](https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5666/Abogacia_AmericaLatina.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
[na.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5666/Abogacia_AmericaLatina.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Bolaños González, M. (2005). *Imputación Objetiva y Dogmática Penal*. Obtenido de

<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/03/doctrina48970.pdf#page=171>

Castro Arroyo, R. (31 de agosto de 2020). *Derecho Ecuador*. Obtenido de Acuerdo de confidencialidad: <https://derechoecuador.com/acuerdo-de-confidencialidad/>

Código de la Función Judicial. (marzo de 09 de 2009). Obtenido de

https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/normativa/codigo_organico_fj.pdf

Código Orgánico Integral Penal (COIP). (17 de febrero de 2014). Obtenido de

https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/03/COIP_act_feb-2021.pdf

Constitución de la República del Ecuador. (20 de octubre de 2008). Obtenido de

https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf

Cornejo Aguiar, J. S. (19 de febrero de 2016). *La Hora*. Obtenido de Homenaje al abogado:

<https://www.lahora.com.ec/noticias/homenaje-al-abogado/>

G. Elías, & Muñoz. (25 de febrero de 2022). *¿Qué es un abogado penalista?* Obtenido de

<https://www.eliasymunozabogados.com/blog/abogado-penalista#:~:text=Es%20un%20profesional%20que%20se,Delitos%20contra%20las%20personas>

Gadea Nieto, D. (1982). *El proceso de criminalización y su incidencia en Costa Rica*.

Obtenido de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/17484/16993>

Gallardo, J. J. (2019). *La importancia social de la Abogacía*. Obtenido de

<https://www.icas.es/importancia-social-abogacia/>

Gallego, J. (8 de marzo de 2023). *Noticias UAI*. Obtenido de Sobre el uso y abuso del secreto

profesional de abogados: <https://noticias.uai.cl/columna/sobre-el-uso-y-abuso-del-secreto-profesional-de-abogados/>

Guerrero Ramírez, L. F., & Morocho Baculima, K. (11 de febrero de 2022). *Análisis del*

principio de mínima intervención penal frente a la vulneración de la presunción de Inocencia en la legislación ecuatoriana. Obtenido de

<https://www.polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/view/3628>

Hinojosa Copete, S. D. (2022). Principio de mínima intervención penal en la etapa del juicio penal. *Conciencia Digital*, 6-28. Obtenido de

<https://bibliotecadigital.uchile.cl/discovery/fulldisplay/alma99100260769970393>

Ley Orgánica reformatoria a varios cuerpos legales para el fortalecimiento de las capacidades institucionales y la seguridad integral. (29 de marzo de 2023). Obtenido

de <https://www.atencionintegral.gob.ec/wp-content/uploads/2023/06/Ley-Organica-Reformatoria-a-Varios-Cuerpos-Legales-para-el-Fortalecimiento-de-las-Capacidades-Institucionales-y-la-Seguridad-Integral.pdf>

Mestanza Solano, M. (08 de mayo de 2023). *La Hora*. Obtenido de Delincuencia organizada:

<https://www.lahora.com.ec/editorial/columnistas-regionales/columnista-santo-domingo/delincuencia-organizada-3/>

Notimundo Estelar. (03 de mayo de 2023). Obtenido de Endurecimiento de penas no es

suficiente si no hay un trabajo coordinado entre instituciones del Estado, dice Abogado penalista: <https://notimundo.com.ec/endurecimiento-de-penas-no-es-suficiente-si-no-hay-un-trabajo-coordinado-entre-las-instituciones-del-estado-dice-marcelo-duenas-abogado-penalista/>

Ortiz, E. (08 de marzo de 2023). *Forbes*. Obtenido de Un abogado llamado Eduardo:

<https://www.forbes.com.ec/columnistas/un-abogado-llamado-eduardo-n30487>

Pazmiño Granizo, E. (17 de mayo de 2011). *Derecho Ecuador*. Obtenido de

<https://derechoecuador.com/derecho-penal-minimo/>

Quebradas Ortiz, D. F., & Gutiérrez Molano, D. A. (junio de 2013). *Imputación objetiva, nacimiento, alcance, características y definiciones propias.* Obtenido de

https://repository.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/79513/1/TG01112.pdf

Real Academia Española. (11 de octubre de 2023). Obtenido de Criminalizar:

<https://dle.rae.es/criminalizar>

Robles, J. (05 de junio de 2023). *Expreso*. Obtenido de Abogados piden revisar reformas al

COIP: <https://www.expreso.ec/actualidad/abogados-piden-revisar-reformas-coip-162788.html>

Sánchez Stewart, N. (2021). Secreto profesional, asesoramiento jurídico y prevención del blanqueo de capitales. 3.

Valarezo Trejo, E. E., Valarezo Trejo, R. L., & Armando Rogelio, D. O. (2019). *Algunas consideraciones sobre la tipicidad en la teoría del delito*. Obtenido de

http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202019000100331

Von Liszt. (2018). *Lucas Franco*. Obtenido de ¿Qué es el derecho penal?:

<https://lucasfrancoabogados.com/que-es-el-derecho-penal/>

Zúñiga Rubí, A. (25 de septiembre de 2019). *Política criminal*. Obtenido de Criminalización primaria, secundaria y terciaria:

<https://unedpoliticacriminal.blogspot.com/2019/09/criminalizacion-primaria-secundaria-y.html>