

**UNIVERSIDAD DE OTAVALO**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO PENAL  
MENCIÓN DERECHO PROCESAL PENAL**

**TRABAJO DE TITULACIÓN**

**TÍTULO DEL ARTÍCULO PROFESIONAL DE ALTO NIVEL**

**“ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL ABOGADO  
COLABORADOR EN EL TIPO PENAL DE DELINCUENCIA  
ORGANIZADA EN EL ECUADOR”**

**TRABAJO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE  
MAGISTER EN DERECHO PENAL  
MENCIÓN DERECHO PROCESAL PENAL**

**AB. DAVID FERNANDO PÉREZ DELGADO**

**TUTOR: DRA. LINDA DE LAS MERCEDES AMANCHA CHILUISA.**

**Otavalo, octubre, 2023**

## DECLARACIÓN DE AUTORÍA y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, AB. DAVID FERNANDO PÉREZ DELGADO, declaro que este trabajo de titulación **“ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL ABOGADO COLABORADOR EN EL TIPO PENAL DE DELINCUENCIA ORGANIZADA EN EL ECUADOR”**, es de mi tutoría y que no ha sido previamente presentado para grado alguno o calificación profesional. Así mismo declaro que dicho trabajo no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo como autor la responsabilidad ante reclamaciones que pudieran presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de cualquier responsabilidad al respecto.

Que de conformidad con el artículo 114 del Código Orgánico de la Economía Social, conocimientos, creatividad e innovación, concedo a favor de la Universidad de Otavalo licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso comercial de la obra con fines académicos, conservando a mi favor los derechos de autoría según lo establece la normativa de referencia.

Se autoriza además a la Universidad de Otavalo para la digitalización de este trabajo y posterior publicación en el repositorio de la institución, de acuerdo a la establecido en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior. Por lo anteriormente declarado, la Universidad de Otavalo puede hacer uso de los derechos correspondientes otorgados, por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

**AB. DAVID FERNANDO PÉREZ DELGADO.**  
**C.C. 171498056-0**

## **CERTIFICACIÓN DEL TUTOR**

Certifico que el trabajo de investigación titulado “ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL ABOGADO COLABORADOR EN EL TIPO PENAL DE DELINCUENCIA ORGANIZADA EN EL ECUADOR”, bajo mi dirección y supervisión, para aspirar al título de Magister en Derecho Penal, mención Derecho Procesal Penal, del estudiante David Fernando Pérez Delgado, cumple con las condiciones requeridas por el programa de maestría.

**Dra. Linda de las Mercedes Amancha Chiluisa**  
C.C.

**FILIACION INSTITUCIONAL**

**AB. DAVID FERNANDO PÉREZ DELGADO**

**Maestrante en Derecho Penal, mención Derecho Procesal Penal por la Universidad de Otavalo.**

## DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo investigativo de manera muy especial a mi familia por su apoyo incondicional en todas las etapas de la vida, a mi querido hijo por ser parte especial de mí vida, a mi madre por ser un ejemplo de ser humano y profesional, a todos los seres queridos que me han inspirado y dado ánimo en el transcurso de todo este tiempo para lograr cada uno de los objetivos propuestos.

## AGRADECIMIENTO

A la Universidad de Otavalo, a los distinguidos catedráticos, quienes, a lo largo de la maestría, supieron transmitir sus conocimientos, experiencias y valores, en especial el más profundo agradecimiento a la doctora Linda de las Mercedes Amancha Chiluisa, asesora de este trabajo investigativo, por su ayuda y colaboración brindada en el desarrollo de investigación, quien con su ayuda desinteresada ha sabido guiarme para culminar con éxito la meta propuesta.

De manera especial mi agradecimiento a Dios por sus bendiciones y permitirme cumplir con éxito un peldaño más en mi formación profesional y de ser humano útil para la sociedad.

**1. “ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL ABOGADO COLABORADOR EN EL TIPO PENAL DE DELINCUENCIA ORGANIZADA EN EL ECUADOR”**

**“ANALYSIS OF THE CRIMINAL LIABILITY OF THE COLLABORATING LAWYER IN THE CRIMINAL TYPE OF ORGANIZED CRIME IN ECUADOR”**

**2. AB. DAVID FERNANDO PÉREZ DELGADO** *Maestrante en Derecho Penal, mención Derecho Procesal Penal por la Universidad de Otavalo.*

**3. RESUMEN**

La presente investigación tiene como finalidad el análisis de la responsabilidad penal del abogado en el tipo penal de la delincuencia organizada, responsabilidad que se plasma en la colaboración jurídica que incorpora el legislador en la reforma penal del Art. 369 inciso final del COIP que entró en vigencia el 12 de mayo de 2023 y cuya publicación se realizó en el en el suplemento N. 279, del Registro Oficial de 29 de marzo de 2023. El objetivo se centra en el análisis de la responsabilidad penal del abogado como colaborador en la delincuencia organizada a partir de criterios de imputación objetiva con la finalidad de entender cuándo el abogado participa en calidad de colaborador y cuando lo hace desde una esfera neutral o propia de su actividad, para dejar de lado criterios causalistas, con esto no se pretende establecer una reforma o derogatoria del inciso final del Art. 369 del COIP, al contrario se ratifica el valor de la incorporación del colaborador jurídico al fijar criterios adecuados para no criminalizar o interferir en la actividad del abogado que ejerce la profesión en el área del derecho penal. El método de la investigación se basa en el método exegético, analítico sintético, además del método cualitativo en base a la técnica de entrevistas.

**Palabras Clave:** delincuencia organizada, imputación objetiva, riesgo, confianza, conducta neutral.

**4. ABSTRACT**

The purpose of this research is to analyze the criminal responsibility of the lawyer in the criminal type of organized crime, a responsibility that is reflected in the legal collaboration that the legislator incorporates in the criminal reform of Art. 369 final paragraph of the COIP that came into force on May 12, 2023, and whose publication was made in supplement No. 279 of the Official Registry of March 29, 2023. The objective focuses on the analysis of the criminal responsibility of the lawyer as a collaborator in organized crime based on objective imputation criteria in order to understand when the lawyer participates as a collaborator and when he does so from a neutral sphere or specific to his activity to leave aside causalist criteria. This is not intended to establish a reform or repeal the final paragraph of Art. 369 of the COIP, on the contrary, the value of the incorporation of the legal collaborator is ratified by establishing appropriate criteria to not criminalize or interfere in the activity of the lawyer who practices the profession in criminal law. The research method is based on the exegetical, synthetic analytical method, in addition to the qualitative method based on the interview technique.

**Key Words:** organized crime, objective imputation, risk, trust, neutral behavior.

## 5. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por finalidad realizar un análisis de la figura del colaborador jurídico en el crimen organizado, en especial la responsabilidad penal del abogado como posible colaborador del delito de crimen organizado; para este propósito se realizará un análisis histórico, comparativo y estructural del tipo penal de crimen organizado, la configuración y las formas de intervención que establece el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP); también se analizarán de los criterios legales y dogmáticos de la imputación penal y específicamente la imputación objetiva a fin de establecer los criterios adecuados de imputación penal para establecer la responsabilidad penal del abogado como colaborador en el tipo penal de crimen organizado en Ecuador.

En el ámbito internacional y específicamente en España se establece en el artículo 570 bis la organización criminal y en el 570 ter la figura de la agrupación criminal; que son similares al tipo penal de delincuencia organizada del artículo 369 del COIP; pero, el presente análisis de responsabilidad penal del abogado se lo realiza desde el análisis del ámbito del blanqueo de capitales; desde la figura del abogado que favorece al blanqueo de capitales que ha generado estudios y bases para el tratamiento adecuado de la responsabilidad penal del abogado cooperador o colaborador; uno de estos análisis es el realizado por Sánchez-Vera en su artículo Blanqueo de capitales y abogacía (2008), en el mismo indica las líneas básicas de imputación penal que se deben analizar al momento de atribuir responsabilidad penal al abogado favorecedor de blanqueo de capitales y que se aplica al abogado colaborador en la delincuencia organizada.

La doctrina penal actual establece como parámetro adecuado de imputación penal el de la imputación objetiva, que deja a la causalidad como un parámetro primario o básico, pero no el único y tampoco el más importante de la imputación penal; en este sentido, la imputación objetiva se basa en criterios que delimitan el tipo penal desde el ámbito objetivo del tipo penal con criterios de riesgo y parámetros como el de creación de riesgo, disminución de riesgo, finalidad de la norma, autopuesta en riesgo de la víctima, prohibición de regreso, conductas neutrales; para el efecto se seguirá dos puntos de vista dogmáticos de la imputación objetiva; el funcionalismo normativo moderado de Roxin, que señala como puntos básicos una imputación objetiva al tipo objetivo (1997); y, por otro lado, el funcionalismo normativo radical de Jakobs, que basa su modelo de imputación objetiva como modelo de imputación global del delito (1997).

La importancia del presente trabajo nace de la reforma al COIP que entró en vigencia el 12 de mayo de 2023, que establece en el artículo 369 inciso segundo y cuarto la pena para los colaboradores y a quienes se considera colaborados en el crimen organizado, producto de dicha reforma se entiende que la actividad de los abogados y en especial de los abogados penalistas es criminalizada solo por el hecho de asesorar o prestar un servicio profesional de defensa a imputados por delitos de crimen organizado. en tal virtud resulta trascendente establecer cuándo existe en realidad responsabilidad penal del abogado como colaborador del crimen organizado y bajo qué parámetros.

La investigación se realizará en el contexto de la legislación ecuatoriana; para el efecto se realizará el análisis de la legislación penal ecuatoriana; además, la investigación se basa en la compilación y análisis de la bibliografía que estudia la dogmática penal actual del tipo penal del crimen organizado en cuanto a su evolución y características particulares; así como también, la recopilación y análisis de la dogmática penal de la imputación objetiva en la responsabilidad penal del abogado en el crimen organizado.

El presente trabajo se desarrollara en tres capítulos; el primero tiene como objetivo el análisis de la responsabilidad penal del abogado en forma general, el segundo se centra en el análisis del tipo penal del crimen organizado a fin de establecer sus fines y elementos, el tercero se refiere a los criterios de imputación actuales y los que debe seguir el operador de justicia al establecer la responsabilidad penal del abogado como colaborador en el crimen organizado; para al final establecer las conclusiones y parámetros de imputación adecuados al establecer la responsabilidad penal del abogado en el crimen organizado.

## **5.1. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL ABOGADO EN EL ECUADOR**

La responsabilidad del abogado, de los profesionales y de toda persona es un mandato constitucional; esta responsabilidad en el Ecuador puede abarcar tanto a nivel civil, administrativo y penal; en el caso del Ecuador los profesionales del derecho en cuanto a las actividades profesionales podemos responder desde la esfera civil a efectos de indemnizar daños y perjuicios, desde la esfera administrativa se responde con sanciones de multa y suspensión del ejercicio de profesión y desde el ámbito penal el abogado que infringe la ley responde con penas privativas de libertad y suspensión del ejercicio profesional.

Desde la esfera penal se tipifican conductas que acarrear sanciones para los profesionales del derecho; por ejemplo, el prevaricato de los abogados al defraudar la confianza de los clientes; con la reforma de 29 de marzo de 2023 que entró en vigencia el 12 de mayo de 2023 en el tipo penal de delincuencia organizada se establece la colaboración y dentro de los colaborados a los que ofrecen, presten o faciliten conocimientos jurídicos; por lo tanto, es importante entender si un abogado incurre en este tipo de conductas y las consecuencia que acarrear las mismas.

### **5.1.1. El ejercicio de la abogacía en el Ecuador.**

En el Ecuador la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE), señala como derecho fundamental el de los usuarios y consumidores; en este sentido, establece la responsabilidad de la mala práctica de la profesión; es así como el Art. 54 segundo inciso de la CRE, señala que: "...Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio..." (2008); en este sentido, los profesionales, entre estos los abogados, prestan un servicio a los usuarios y como tales están obligados a ejercerlo con responsabilidad y apego a las normas.

Además la CRE, en el Art. 83 establece los deberes y responsabilidades de los ciudadanos dentro del territorio ecuatoriano, dentro de estos deberes señala en el numeral doce lo siguiente: "...Ejercer la profesión u oficio con sujeción a la ética" (2008), en este sentido los profesionales además de regirse por las leyes deben respetar los principio y normas éticas en el ejercicio de la profesión, algunos principios se encuentran regulados en normativa especial y otras son el producto de decálogos que guían el accionar del ejercicio de la profesión de abogado.

Dentro de la normativa ecuatoriana el Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ) es la norma que regula todo el sistema judicial ecuatoriano, en el Título VII desarrolla las reglas que rigen de forma general el ejercicio de la profesión de abogado, como por ejemplo quiénes no pueden ejercer la abogacía o la incompatibilidad, las causales que impiden ejercer la abogacía, los deberes del abogado, los derechos de los abogados en el ejercicio de la profesión; además, se establece un régimen disciplinario que puede acarrear multas e incluso la suspensión del ejercicio de la profesión a los abogados que se dedican al libre ejercicio (COFJ., 2009).

El régimen disciplinario de los abogados en el Ecuador existe un trámite administrativo que se establece en el COFJ, el cual debe respetar un proceso debido a fin de que se pueda ejercer la defensa a los cargos disciplinarios que se pueden imputar a los abogados, las sanciones van desde la multa a la suspensión, la multa puede ser de una a tres remuneraciones básicas y la suspensión del ejercicio de la profesión hasta que pague la multa o por el tiempo de uno a seis meses según la falta y su gravedad; pero, además el abogado queda suspendido del ejercicio de la profesión por el hecho de ser condenado por el cometimiento de delitos por el tiempo que dura la condena (Código Orgánico de La Función Judicial., 2009); en este caso si un abogado es condenado como colaborador del delito de delincuencia organizada a parte de las penas de privación de libertad y de multa tiene la sanción de suspensión del ejercicio profesional.

También en el Ecuador se regula la actuación de los abogados a través de la Ley de Federación de Abogados del Ecuador (a futuro LFAE), que data del año 1973, Registro Oficial N. 276, de 30 de marzo, ley que fue reformada por la Ley 2003-17, R.O. 184-S, 6-X-2003; en el Art. 23, literal e) de la LFAE se establece que el Tribunal de Honor conoce y sanciona entre otras conductas el “ejercicio ilegal de la profesión”; esto es concordante con lo que señala el COFJ y la CRE en cuanto a la responsabilidad del ejercicio de la profesión de los abogados.

Lo que se debe tener claro es que la LFAE es norma secundaria, ya que en el año 2009 con la vigencia del COFJ, quien regula la actuación de los abogados en libre ejercicio es el Consejo de la Judicatura que es el órgano de la Función Judicial que se encarga de la disciplina de todos los intervinientes que pertenecen a la función judicial; por lo tanto, las sanciones de la LFAE solo tienen efectos para los abogados en cuanto a un pronunciamiento de carácter moral respecto a los abogados afiliados a colegios de abogados en caso de que pertenezca a alguno, porque en el Ecuador desde el año 2009 no es obligatorio pertenecer a un colegio o gremio de abogados, lo que es obligatorio es la inscripción en el Foro de Abogados del Consejo de la Judicatura, ente que se encarga de acreditar al profesional para el ejercicio de la profesión, regula su actuación e impone sanciones.

En el Ecuador los abogados en el libre ejercicio de la profesión están sujetos a la CRE, COFJ en cuanto a su actuación, en caso de encontrar que dentro del ejercicio de la profesión han incumplido con su papel como abogado se tiene una de las vías de sanción que es la administrativa; en el caso de que un abogado fuera encontrado culpable de colaboración en el delito de delincuencia organizada, a parte de la sanción penal, también debe responder en vía administrativa en base a las reglas del COFG, incluso si dicho profesional pertenece a un colegio de abogados puede recibir una sanción por parte del Tribunal de Honor.

### **5.1.2. El secreto profesional del abogado en el Ecuador.**

El secreto profesional del abogado; para algunos es producto de un ministerio que conlleva el de guardar lo confiado por el cliente (Ossorio, 2005, p. 48). Desde este punto de vista la abogacía tiene similitud a un ministerio ejercido por el sacerdote; pero, contrario a un sacerdote que ejerce un ministerio y debe absolver al peor de los criminales y no puede promover la objeción de conciencia, el abogado sí puede escoger defender o no un caso; en este sentido, el secreto profesional del abogado es un mandato legal que genera incluso consecuencias penales a quienes lo incumplen.

Desde el punto de vista del cliente el secreto profesional es un derecho importante que permite el ejercicio de la defensa; en este sentido, el secreto profesional se transforma en un deber que obliga al abogado a no revelar lo confiado por su cliente o consultante; sin este derecho y obligación sería impensable el ejercicio de la abogacía (Andino López, 2014, p. 92); sin esta característica ningún cliente o consultante nos comentaría el caso y menos la verdad; por lo tanto, el secreto profesional es un principio importante dentro del análisis de las conductas de un abogado que puede ejercer la profesión en casos de delincuencia organizada y no por eso ser colaborador y tampoco estar obligado a revelar detalles a él confiado por su cliente.

En el Ecuador el secreto se encuentra reglado en el Art. 335 numeral 1) del COFJ., que señala: "...1. Revelar el secreto de sus patrocinados, sus documentos o instrucciones..." (2009); el secreto del profesional del derecho para con los clientes no solo se limita a guardar secreto de sobre lo que manifiestan sus clientes, la estrategia de defensa; también se extiende a los documentos o instrucciones que se dan, los abogados en el Ecuador no solo se deben limitar a guardar secreto de la información que los patrocinados les confían, como por ejemplo, si han cometido actos que pueden ser delictivos como los que configuran un delito de crimen organizado, además se extiende a los documentos que para cometer dichos delitos hayan confiado al profesional, por ejemplo, escrituras o documentos de identidad falsos para cometer delitos de crimen organizado.

Por la revelación del secreto profesional el abogado también puede ser sancionado de forma administrativa con una multa de hasta tres remuneraciones básicas unificadas y la suspensión del ejercicio profesional de uno a seis meses conforme lo dispuesto en el COFJ; adicional a la sanción administrativa el abogado puede ser sancionado penalmente por el delito de prevaricato de los abogados y ser sancionado de uno a tres años de pena privativa de libertad conforme lo dispone el Art. 269 del COIP.

La LFAE en el Art. 23 literal f) señala como una de las facultades de los tribunales de honor el de resolver situaciones en la que los abogados agremiados a los colegios hubieran violado el secreto profesional, si dicha situación se comprueba la sanción puede ir desde la amonestación escrita, multa, censura y hasta la suspensión; pero, en la práctica actual, los abogados en muy pocos casos se encuentran afiliados a los colegios de abogados, por lo tanto, las sanciones que establece la LFAE queda como un reproche meramente moral, incluso si desde el tribunal de honor se sanciona a un agremiado a la suspensión solo se puede hacer efectiva dicha sanción si el Consejo de la Judicatura ha impuesto la suspensión.

Desde este análisis se entiende que el secreto profesional es un derecho fundamental (Fernández Bermejo, 2017, pp. 17–18); en consecuencia, el hecho de que a un abogado se le consulte o contrate en la defensa de un caso de crimen organizado no convierte a dicho profesional en un colaborador del crimen organizado, tampoco le obliga o permite que los órganos de control como la policía y fiscalía intenten presionar al profesional para revelar información secreta que lleve a descubrir a los autores y verdaderos colaboradores del crimen organizado; al contrario, la conducta de dicho profesional al asesorar o ejercer la defensa es la normal del ejercicio profesional y por lo tanto el abogado está obligado a guardar el secreto de la información de su cliente.

### **5.1.3. El derecho a la defensa que ejerce el abogado en el Ecuador.**

El derecho a la defensa es un derecho fundamental, en este sentido por ejemplo en España la Constitución en el Art. 24, numeral segundo establece como derecho fundamental el de la “defensa y asistencia de un letrado”; además, se considera al secreto profesional como fundamento del derecho a la defensa (Andino López, 2014, p. 111); en este sentido, se entiende que sin secreto profesional no podría garantizarse un real derecho a la defensa, los abogados al momento de hacerse cargo de la defensa lleva implícita la confianza de reservar en secreto todo lo aportado por el cliente para saber, entender y ejercer la defensa del cliente.

En el Ecuador la CRE en el Art. 76, numeral 7, literal g) “... ser asistido por una abogada o abogado de su elección... restringirse acceso a la comunicación... con su defensa”; también, los literales a), b) y c) del mismo artículo y numeral de la CRE señalan que el derecho a la defensa es en toda etapa o grado del procedimiento, tener el tiempo y medios adecuados para preparar la defensa y ser escuchado en igualdad de condiciones. En la CRE se establece y entiende que el derecho a la defensa es parte de las reglas básicas del debido proceso.

La Corte Constitucional del Ecuador (en adelante CCE) tiene algunos fallos que aclaran el tratamiento del derecho a la defensa como garantía del debido proceso; por ejemplo, la CCE a través de la (*SENTENCIA N. 001-18-PJO-CC*, 2018, para. 50) señala que el derecho a la defensa es un derecho que se ejerce y garantiza desde la investigación o aprehensión de la persona por un presunto delito; en este sentido, se deja claro que el derecho a la defensa procede incluso desde las etapas preprocesales y no como se mal entendía que el derecho a la defensa solo se respetaba en la fase procesal con el inicio del proceso penal.

Si bien, la CRE no establece que la defensa deber ser técnica, como sí lo hace la Constitución española en el artículo 24, la característica de la defensa técnica se aclara por la CCE en la (*Sentencia 2195-19-EP/21, Juez ponente: Alí Lozada Prado*, 2021, para. 25), que señaló que las características de la defensa técnica al no encontrarse expresamente establecidas en el Art. 76 de la CRE, se deducen de lo que establecen los literales a), b), c) y h) del numeral 7 del artículo 76 de la CRE; es decir, para que la defensa sea técnica esta debe poder: 1) intervenir en todo momento, 2) contar con tiempo y medios adecuados, 3) ser escuchada y estar en igualdad de condiciones; y, 4) presentar las pruebas, argumentos y contradecir los de la contraparte; además, es obligación de los jueces velar por este derecho en caso de notoria negligencia de la defensa.

Por otro lado, la CCE establece que en casos en los que una de las partes presenta un testigo y dicho testimonio a criterio del juez o tribunal no influye en el caso concreto no es motivo para establecer una vulneración del derecho a la defensa; al contrario, el hecho de haberse permitido comparecer a la audiencia, presentar las pruebas, argumentar y contraargumentar es parte del respeto al ejercicio de una defensa técnica en cuanto a intervenir, contar con tiempo y medios, ser escuchada y presentar alegaciones y pruebas al momento de resolver un recurso extraordinario de revisión en materia penal (*Sentencia No. 1372-17-EP/22. Juez ponente: Enrique Herrería Bonnet*, 2022, paras. 26–33).

En Ecuador el derecho a la defensa es parte de los derechos de protección o denominados derecho al debido proceso, este derecho se encuentra establecido en el Art. 76 numeral 7 de la CRE, que consagra en total trece literales en los que se incluyen el principio non bis in ídem, la motivación, derecho a recurrir que generarían un análisis que sobrepasa el presente estudio. Además, otras normas como el COFJ señalan las reglas para que los abogados en libre ejercicio y los defensores públicos puedan desempeñar el papel de defensa, también la LFAE establece las reglas para el desempeño de la defensa por parte de sus afiliados.

En conclusión, el derecho a la defensa es una parte importante de los derechos fundamentales que tiene todo ciudadano en el Ecuador, debe ser ejercido por profesionales del derecho los cuales tienen el deber de actuar de forma diligente al amparo de las normas que regulan sus actuaciones en defensa de los ciudadanos; en este sentido, el hecho de que un abogado sea llamado por una persona investigada o acusada por crimen organizado y promueva la defensa del mismo incluso desde etapas previas al proceso penal, no es un acto de colaboración con la delincuencia organizada; al contrario, pretender limitar el derecho a la defensa con interpretaciones superficiales del tipo penal del Art. 369 del COIP es un acto que vulnera el derecho a la defensa que tiene toda persona en el Ecuador.

#### **5.1.4. La responsabilidad penal en delitos específicos por el ejercicio de la abogacía en el Ecuador.**

La responsabilidad de los abogados en el ejercicio de la profesión no solo es en el área administrativa, también se puede generar responsabilidad en el ámbito del área penal; en este sentido vemos que el abogado debe ser diligente en el ejercicio de la profesión a fin de no incurrir en conductas que puedan acarrear no solo multas o suspensión del ejercicio profesional sino además la privación de libertad.

No solo en el Ecuador se tipifica delitos de carácter especial en los que se establece un autor cualificado que en este caso es el abogado, en el caso argentino según Goldfarb, respecto a la responsabilidad penal del abogado establece los siguientes delitos: “...Algunos ejemplos son los previstos en los artículos 110 (injurias), 162 (apoderamiento de cosa total o parcialmente ajena), 173 inciso 8 (estafa procesal), 271 (prevaricato) y 294 (supresión de documentos) todos del Código Penal Argentino...”, (2021, p. 4)

En el caso español es de relevante importancia la responsabilidad penal del abogado en el delito de blanqueo de capitales tipificado en el Art. 301, ya que el abogado es un sujeto obligado en base a la normativa de prevención del blanqueo de capitales a informar conductas sospechosas de los clientes en cuanto a la procedencia ilícita de capitales al Servicio Ejecutivo de Prevención del Blanqueo de Capitales (SEPBLAC) (Fernández Bermejo, 2017, pp. 3–4).

En el caso ecuatoriano no existe obligación de colaboración por parte del abogado en el delito de lavado de activos; si un abogado conoce o sospecha que su cliente tiene actividades que le generan bienes de origen ilícito no está obligado a comunicar ni denunciar, es decir, no existe una conducta típica en estos casos, contrario a lo que ocurre en España. Pero las pautas de la responsabilidad del abogado en el blanqueo de capitales del caso español dan una pauta al tratamiento que se debe seguir en la responsabilidad penal del abogado por colaboración con la delincuencia organizada como lo analizaremos en el apartado tercero del presente artículo.

El COIP del Ecuador establece tres figuras en las que señala responsabilidad penal del abogado, en el Art. 269 al tipificar el prevaricato de los abogados, en el Art. 320.1 al sancionar los actos de corrupción en el sector privado; y, con la última reforma que entró en vigor el 12 de mayo de 2023 en el Art. 369 el delito de delincuencia organizada a través de la figura del colaborador jurídico.

De los tres delitos este delito es de forma clara un delito especial propio en el que la calidad de abogado es la base fundamental para la configuración del delito; esto es, es un delito en el que se requiere un autor cualificado, en este caso la cualificación es la condición de ser abogado, defensor o procurador; el Art. 269 del COIP establece que:

“La o el abogado, defensor o procurador que en juicio revele los secretos de su persona defendida a la parte contraria o que después de haber defendido a una parte y enterándose de sus medios de defensa, la abandone y defienda a la otra, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años”.

En este sentido, fuera de los casos señalados en el Art. 269 del COIP no se puede cometer prevaricato de los abogados por parte de otras personas; por ejemplo, quien no es abogado y solo es tinterillo o pasante y se entera de la estrategia de defensa de una persona al avisar a la parte contraria no cometería este delito, su conducta sería atípica; igual si el tinterillo o pasante antes de ser abogados escucharon el caso y al graduarse representan a la parte contraria no comete delito.

En el tipo penal del Art. 320.1 del COIP establece lo siguiente:

“El director, gerente general, administrador, ejecutivo principal, accionistas, socios, representantes legales, apoderados, asesores, auditores, abogados patrocinadores o cualquier empleado que ejerza cargos de dirección en una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidas las entidades irregulares, que intencionalmente acepte, reciba o solicite donativos, dádivas, presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, ventajas, sueldos, gratificaciones, beneficios inmateriales o beneficios económicos indebidos u otro bien de orden material, omita o cometa un acto que permita favorecerse a sí mismo o a un tercero, en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años, y multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general.”

En consecuencia, el mentado artículo que tipifica los actos de corrupción en el sector público describe varios sujetos cualificados, entre estos al abogado patrocinador como autor de un delito de acto de corrupción en el sector privado; en este caso, se trata de un delito especial propio ya que se requiere cualquiera de las calidades descritas en el tipo para ser autor y ninguna otra persona puede ser autor de dicho delito. En el Ecuador como analizamos un abogado puede ser responsable por sus actos no solo de manera administrativa, también puede ser responsable en la esfera penal.

### **5.1.5. La responsabilidad penal del abogado por colaboración con delincuencia organizada.**

Dentro del presente análisis la responsabilidad del abogado por colaboración con delincuencia organizada es parte de las conductas que genera responsabilidad penal, la figura del colaborador a raíz de la reforma que entra en vigor el 12 de mayo de 2023 establece lo que se debe entender por colaborador y a manera de ejemplos nos señala el Art. 369 inciso final del COIP lo siguiente:

“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.”.

El tipo penal de delincuencia organizada no es un delito especial, al contrario, es un delito común; es decir, cualquier persona puede cometer este tipo de actos; en este caso la persona que no es abogada o es un pasante, estudiante de derecho o solo versado en el tema jurídico y asesora al crimen organizado va a adecuar su conducta en dicho delito en calidad de colaborador siempre que se traten de actos de simple colaboración.

También es importante establecer que antes de la reforma al COIP vigente desde el 12 de mayo de 2023, el tipo penal del Art. 369 señalaba la sanción para el colaborador, pero no establecía quienes eran los cooperadores; esto es, la reforma lo que hace es darnos ejemplos de lo que debemos entender por colaborador en la delincuencia organizada y, dentro de estos ejemplos establece que colaborador es el que ofrece, preste o facilite conocimientos jurídicos y no señala de forma taxativa que el colaborador sea específicamente un abogado.

La colaboración en el tipo penal de delincuencia organizada es una forma de participación en el delito que el legislador incorpora de manera directa en la parte especial, la participación penal está descrita de manera en el Art. 43 del COIP en donde se describe la complicidad; en este sentido no era necesario introducir la figura del colaborador en la delincuencia organizada, con solo acudir a la figura del cómplice se deduce que toda persona que colabora no solo en este delito sino en cualquier otro puede ser sancionado desde la esfera penal.

Así mismo, se debe entender que la colaboración debe ser dolosa; en este sentido, no cabe la colaboración imprudente, quien en forma negligente brinda sus conocimientos jurídicos a una organización delictiva no adecúa su conducta al tipo penal; por ejemplo, un abogado al que le pregunta un amigo si es bueno tomar un arma con guantes para no dejar huellas en ella y el abogado contesta que sí o incluso es el abogado el que le dice como se debe tomar un arma para no dejar huellas sin saber que el amigo es integrante de un grupo delictivo ni tampoco para qué pregunta esta información, no puede ser considerado colaborador de delincuencia organizada ya que no tiene el conocimiento ni la voluntad de entregar ese consejo a fin de colaborar.

Por otro lado, un abogado que no solo ejerce la defensa de una persona que comete delitos dentro de un grupo organizado, sino que, además, le indica cómo y dónde debe invertir el dinero del ilícito para que no sea detectado por los organismos de control e incluso le ayuda a crear empresas con este objetivo es el colaborador jurídico del que habla el legislador en el inciso final del Art. 369 del COIP, claro que se debe establecer estas condiciones desde el punto de vista que el solo hecho de ejercer la defensa es un riesgo jurídicamente permitido, el riesgo jurídicamente desaprobado sería la parte de consejo y creación de empresas para ocultar el dinero.

La responsabilidad en casos como los descritos son el objetivo del presente trabajo analizados desde el ámbito de la imputación objetiva; por lo tanto, este tema se aborda con mayor exhaustividad en el tercer capítulo del presente trabajo en donde explicaremos con más detalle del por qué se analiza en base a la visión del riesgo permitido o desaprobado, en el presente capítulo solo tenemos como objetivo el análisis de las figuras delictivas por las que un abogado puede ser reprochado y sancionado en la esfera penal.

## **5.2. EL DELITO DE DELINCUENCIA ORGANIZADA**

El Estado constantemente protege a sus ciudadanos, para conseguir este fin lucha contra la delincuencia y en este ámbito en base a la normativa regula la conducta de los ciudadanos a través de la tipificación de conductas que ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos. En este sentido se tipifican delitos como el robo, terrorismo, entre otros; en el caso que examinamos el delito que vamos a tratar es la delincuencia organizada.

La relevancia de la tipificación de la delincuencia organizada se constata en la finalidad que tienen estos grupos criminales que es el de incrementar el poder a través de la captación de dinero y bienes que es su principal objetivo, para después consolidar el poder por medio de la influencia y filtración en lo económico y político; por este motivo, los Estados y los organismos internacionales tienen preocupación por la expansión de las prácticas criminales y su influencia en el poder, lo que lleva a una lucha conjunta contra el crimen organizado (J López Muñoz, 2015, pp. 22–26).

La delincuencia organizada como fenómeno criminal tiene trascendencia mundial y en este sentido los Estados han desarrollado normativa internacional como Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CCDOT) o la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC); con esto la comunidad internacional hace avances en la lucha contra la delincuencia organizada y aporta con lineamientos y aspectos de conceptualización de la figura delictiva, por lo tanto, es importante analizar la evolución histórica, concepto, bien jurídico y las características propias de la figura delictiva de la delincuencia organizada.

### **5.2.1. Evolución histórica.**

La delincuencia organizada al ser un grupo de personas dispuestas a cometer delitos trae una mayor ventaja frente a la delincuencia individual; en este sentido, los fenómenos detrás de la delincuencia organizada no son un asunto que nace en los tiempos actuales, al contrario, esto ya es materia de análisis y preocupación para los Estados desde tiempos atrás. Para Sánchez García de Paz (2001) la delincuencia organizada tendría su origen desde la Roma antigua con el cambio que se generó dentro del Derecho (p. 648); si bien se puede señalar que los romanos ya tenían un derecho estructurado, la figura de la criminalidad organizada que surge en Europa del siglo XIX es la que tiene mayor similitud con la criminalidad organizada actual.

Desde el punto de vista actual sería Francia el primer Estado en establecer una figura de asociación criminal y en este sentido Jara Bocanegra Márquez (2020) señala que: es en el Código Penal napoleónico donde inicia la tipificación de la *association des malfaiteurs* (asociación de criminales) (p. 22); es decir, la preocupación por este fenómeno no es de reciente interés o preocupación, al contrario, ya los Estados europeos desde la ilustración francesa en el siglo XIX han tomado medidas para el combate de la delincuencia organizada.

Una vez que Francia tipifica el delito de asociación de criminales en su Código penal (CP), otros Estados europeos siguen este camino y tipifican de forma parecida las conductas de criminalidad organizada o de asociación criminal. Es así que, otros Estados hacen lo mismo en sus Códigos penales; por ejemplo, en los arts. 515 y ss. del Código Penal español, art. 416 CP italiano, art. 299 CP portugués, art. 187 CP griego, art. 140 CP holandés, art. 322 CP belga, art. 322 CP Luxemburgo, en el §129 StGB alemán (Jara Bocanegra Márquez, 2020, p. 22). Como se puede ver el inicio del tratamiento penal lo hace Francia, pero, otros Estados europeos han hecho lo propio.

Frente al avance del crimen organizado a nivel mundial, se viene realizando esfuerzos por parte de los Estados con la finalidad de colaborar y detener el crimen organizado; para esto, se realizan convenciones y tratados que permiten una lucha contra esta forma delictiva e impedir la influencia que el crimen organizado tiene tanto en lo económico como en lo político; producto de este esfuerzo tenemos dos convenciones relevantes como la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUCDOT) de 15 de noviembre de 2000 en Nueva York y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC) de 31 de octubre de 2003 en la Asamblea General de las Naciones Unidas.

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000 en Nueva York, ratificada por Ecuador mediante Decreto Ejecutivo N. 2521, publicado en el Registro Oficial (R.O.) 561 de 23 de abril del 2002, (Convención Contra La Delincuencia Organizada Transnacional., 2000), tiene como finalidad trazar a una norma que guíe a los Estados en el tratamiento de la delincuencia transnacional; en este sentido, se desarrollan pautas del tratamiento penal como la definición de grupo delictivo organizado, la participación dentro de este tipo de delitos, combate al blanqueo de dinero, la corrupción, responsabilidad de personas jurídicas, el decomiso e incautación, cooperación internacional, entre otras.

Otra de las normas de carácter mundial es la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC) de 31 de octubre de 2003 en la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por Ecuador mediante Decreto Ejecutivo N. 340, publicado en el R.O. 76 de 5 de agosto del 2005, (Convención de Las Naciones Unidas Contra La Corrupción., 2003), que tiene como finalidad atacar la influencia que tienen la delincuencia organizada en el Estado a nivel económico y político; en este sentido genera directrices respecto a la penalización de la corrupción, blanqueo de dinero, responsabilidad de las personas jurídicas, decomiso e incautación, cooperación internacional, medidas que producen implementación legislativa a nivel penal en cada Estado parte.

Producto de la (CNUCDOT) y la (CNUCC) en el Ecuador se producen cambios legislativos en materia penal, en este sentido, en el año 2014 con la entrada en vigencia del COIP se tipificó el delito de delincuencia organizada; además, en el año 2021 se realizaron reformas como la de la figura penal de actos de corrupción en el sector privado en el Art. 320.1 del COIP. De esta forma se evidencia la voluntad de implementar en la legislación interna normas que permiten la lucha contra el crimen organizado desde los diferentes ámbitos económico y político, a continuación, analizaremos aspectos particulares del tipo penal de delincuencia organizada, como el concepto, bien jurídico y la estructura general de dicho tipo penal.

### **5.2.2. Concepto de delincuencia organizada.**

La conceptualización de lo que se entiende por delincuencia organizada tiene razón en virtud primero de los diferentes conceptos que se utilizan para denominar este tipo de actividad delictiva, en segundo lugar, por la necesidad de establecer la diferencia entre grupos de simple asociación con las estructuras que establecen el delito de delincuencia organizada; por último, para entender el porqué de dicha denominación dentro de la legislación penal ecuatoriana.

Dentro del primer aspecto respecto a la denominación de delincuencia organizada se entiende que el instrumento que guía a los Estados desde el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) es la (Convención Contra La Delincuencia Organizada Transnacional., 2000); en este sentido es claro ver que desde el título de este instrumento internacional se sugiere el uso de su propia denominación para el tipo de conductas que se planea combatir; en este sentido, la legislación penal ecuatoriana opta por usar la denominación de delincuencia organizada dentro del COIP en el Art. 369.

Otras legislaciones como la española prefieren el uso de organización criminal o grupo criminal a efectos de tipificar este tipo de figura delictiva; es así como, esta denominación se encuentra en el Código Penal español en los artículos 570 bis y 570 ter. En el caso español el análisis respecto a la delincuencia organizada o grupo criminal se centra en establecer los criterios para demarcar los límites entre la simple reunión de personas con la finalidad delinquir o conspiración, la asociación ilícita, la organización criminal y el grupo criminal.

A efectos de establecer las diferencias se siguen lineamientos jurisprudenciales como la del tiempo permanente, la estructura y jerarquización, la finalidad de tener éxito en la actividad delictiva o la impunidad de los integrantes a través de la división de la actividad.

En este sentido, Jara Bocanegra Márquez (2020) al citar las jurisprudencia del Tribunal Supremo español manifiesta:

Si, a pesar de lo que dice la letra de la ley penal, para los tribunales la organización criminal y el grupo criminal comparten los mismos elementos, véase: unión de más de dos personas, estructura con reparto de tareas, vocación de permanencia en el tiempo y finalidad de cometer plurales delitos, ¿cuál es entonces la diferencia entre ambas? Un examen pormenorizado de la jurisprudencia revela que el criterio último que se emplea para hacer decantar la balanza por la calificación jurídica de organización o por la de grupo criminal es el de la complejidad estructural de la agrupación. Sentencias del Tribunal Supremo, como la 371/2014, de 7 de mayo<sup>202</sup>, y la 312/2017, de 3 de mayo<sup>203</sup>, señalan que para aplicar el art. 570 bis CP, «no basta cualquier estructura distributiva de funciones entre sus miembros, que podría encontrarse naturalmente en cualquier unión o agrupación de personas para la comisión de delitos, sino que es preciso apreciar un reparto de responsabilidades y tareas entre sus miembros con la suficiente consistencia y rigidez, incluso temporal, para superar las posibilidades delictivas y los consiguientes riesgos para los bienes jurídicos apreciables en los casos de codeincuencia o, incluso, de grupos criminales». En este sentido, la STS 950/2013, de 5 de diciembre, se refiere a la agrupación de la organización criminal ex art. 570 bis CP como «estructuración organizativa perfectamente definida» (...), (p.113).

En el caso del Ecuador, no existe un problema respecto a diferenciar la figura de delincuencia organizada con otra que tenga similitud; en Ecuador no se contempla la conspiración como acto preparatorio establecido en la parte general del COIP; tampoco se podría confundir la figura de asociación ilícita con delincuencia organizada ya que cada una tiene su espacio de acción, por ejemplo, en la asociación ilícita no se requiere una permanencia temporal de los integrantes, tampoco se requiere una estructura jerarquizada como sí lo tiene la delincuencia organizada; por último en Ecuador no se diferencia entre la organización y grupo criminal, solo existe la figura de delincuencia organizada.

Si bien en Ecuador no existe problemas de delimitación entre las estructuras de asociación ilícita y delincuencia organizada, hay vacíos respecto a la aplicación de la norma ya que es común establecer estructuras delictivas en casos de corrupción y confundirlos con delitos de asociación ilícita; de forma que la figura del delito organizado se limita a circunstancias como tráfico de drogas, pornografía infantil (Fiscalía General del Estado, 2019, pp. 1–7); pero, no en casos de tramas de corrupción en donde se puede establecer una estructura que opera en un tiempo y con personas que se agrupan por un tiempo estable o permanente para llevar a cabo la actividad delictiva y asegurar la impunidad.

Otro vacío que existe en la legislación ecuatoriana es la de las estructuras delictivas encaminadas solo a cometer delitos cuya sanción es menor a cinco años de pena privativa de libertad; por ejemplo, se crea una estructura criminal para receptación de cosa robada tipificada en el Art. 202 del COIP, cuya pena es de seis meses a dos años o delitos de tráfico de drogas en mínima escala del Art. 220, N.1, Lit. a) del COIP con pena de uno a tres años; en estos casos por la definición del delito de delincuencia organizada del Art. 369 del COIP no serían tratados como delincuencia organizada, solo se aplicaría el delito específico con las reglas de la autoría y participación; en la legislación española para estos casos se aplicaría la figura del grupo criminal, que establece una proporcionalidad de la pena y manejo más adecuado de la adaptación de la (CNUCDOT).

Otro de los problemas que acarrea la definición de la delincuencia organizada es establecer si nos encontramos ante un delito propio e independiente de las acciones delictivas singulares con las que sus integrantes cumplen la finalidad de la organización; por ejemplo, es independiente el lavado de activos de la delincuencia organizada que realizan los miembros de la organización; o, se debe sancionar solo por el delito de delincuencia organizada. En este sentido, si una persona es sancionada por el delito de lavado de activos ya no debería responder por delincuencia organizada, o, se debe imponer una pena por cada delito.

Si el criterio de agotamiento del injusto con la sanción de uno solo de los delitos con los que la organización delictiva se beneficia como el delito de lavado de activos, se dejaría en la impunidad el propio delito de delincuencia organizada; por otro lado, se puede pensar que el delito de delincuencia organizada incluye el injusto del lavado de activos o viceversa, caso contrario sancionar de forma individual cada conducta típica generaría una doble incriminación y sanción que también generaría una pena desproporcional.

De lo analizado entendemos que sancionar cada conducta es lo adecuado, el injusto de lavado de activos es independiente del injusto de delincuencia organizada; el primero tiene la finalidad de impedir que los dineros ilícitos ingresen a la economía lícita de un Estado, el segundo en cambio tiene la finalidad de impedir a las personas emprender una empresa u organización jerárquica con la cual cometer delitos, obtener réditos económicos y asegurar impunidad. Si el criterio fuera que uno de los dos delitos agota en su totalidad el injusto se podrían dar casos en que una vez sancionado el delito de delincuencia organizada ya no se sancione el de sicariato o lavado de activos; o también, sancionado el sicariato o lavado de activos ya no se sancione la delincuencia organizada.

Respecto a la autonomía de la delincuencia organizada Alli Turrillas (2016) opina que:

Llama la atención el hecho de que la delincuencia organizada figure a priori como una forma delictiva más, como si fuese igual que el resto, razonamiento lógico si tan sólo se tiene como referencia el enunciado de este artículo. Pero como se va a ver, de lo que en realidad se trata es de una forma delictiva que se consume gracias a la comisión de otros delitos, leves o graves. (...) De la relación de textos y doctrina expuestos se puede concluir que no sólo la delincuencia organizada transnacional no es una forma criminal autónoma, en igualdad de condiciones a todo el resto de delitos graves contemplados en el artículo 83 TFUE, sino que es dependiente de todas ellas, al verse consumada gracias a la perpetración de dichos delitos (o incluso de cualquiera de los delitos de la orden de detención europea y del mandato de Europol) (...), (pp.64-70).

Es decir, que la figura de delincuencia organizada o bien es una forma de organización para cometer delitos sin relevancia como tipo autónomo, esto es, es solo un modus operandi; además, la existencia de la delincuencia organizada solo depende de la realización de otros delitos y por lo tanto es un delito que depende de otros. No se comparte este criterio y como vimos no se agota el injusto del lavado de activos o el de sicariato con el de la delincuencia organizada ni viceversa; tampoco, existiría sobreposición de bienes jurídicos como lo veremos más adelante.

### **5.2.3. El bien jurídico tutelado en la delincuencia organizada.**

Lo que protege el Derecho penal son los bienes jurídicos, se entiende que estos bienes jurídicos son los intereses o valores que una sociedad considera dignos de protección; en el presente apartado se analizará si es posible enmarcar el tipo penal de delincuencia organizada dentro de un bien jurídico específico, cuáles son las características, condiciones y dificultades que establece la legislación ecuatoriana respecto al tema.

La doctrina entiende que el término bien jurídico en materia penal puede tener dos contextos, desde este punto de vista Mir Puig (2016) , señala: “(...) «bien jurídico» (...) en su «sentido político-criminal» de objeto que puede reclamar protección jurídico-penal, en contraposición a su «sentido dogmático», que alude a los objetos que de hecho protege el Derecho penal vigente.” (p. 130). Al analizar el tipo penal de delincuencia organizada se tomará el sentido de bien jurídico desde la esfera del derecho penal vigente en la legislación ecuatoriana.

Si bien en la actualidad se debate respecto a la importancia o no de la teoría de los bienes jurídicos e incluso se sostienen planteamientos de la crisis de la teoría de los bienes jurídicos debido al avance de las sociedades y la creciente expansión de conductas que desvanecen los contornos del bien jurídico; en consecuencia, se plantean teorías que señalan que no es necesario o relevante para el derecho penal el bien jurídico debido a que el derecho penal actúa después de la vulneración del bien jurídico protegido; en el presente caso no vamos a seguir dichas teorías; al contrario, se propone el fortalecimiento de tipo penal autónomo de la delincuencia organizada desde el sustento de una teoría del Derecho penal con finalidad de protección de bienes jurídicos.

Además, en el Ecuador la Constitución de 2008, señala como base fundamental el Estado constitucional de derechos y justicia, el establecer garantías básicas de respeto a los derechos fundamentales que son la guía para establecer los intereses o valores morales que rigen a la sociedad ecuatoriana actual; por lo tanto, es necesario partir el análisis del tipo penal de delincuencia organizada desde la teoría de la finalidad del Derecho penal en base a la protección de bienes jurídicos.

Una de las tesis que se sostienen respecto al bien jurídico en la delincuencia organizada es la teoría del adelantamiento, desde esta teoría se entiende que lo que se protege es la no realización de actividades delictivas del grupo organizado antes de que estos las ejecuten (Jara Bocanegra Márquez, 2020, p. 51); por lo tanto, los bienes jurídicos como el orden público, la seguridad ciudadana o la paz pública no son bienes jurídicos por no tener un contenido material que nos permita identificarlos y otorgarles el estatus de bienes jurídicos.

Los problemas de la teoría del adelantamiento en cuanto al tipo penal de delincuencia organizada están en que confunde el castigo de los actos preparatorios con el delito que se analiza; en este sentido, lo que se genera es un problema de adelantamiento de la barrera punitiva en contraposición con el principio de lesividad (Jara Bocanegra Márquez, 2020); por ejemplo, se sanciona por delincuencia organizada consumada cuando recién se está en fase de planificación de un tráfico de drogas o tráfico de armas; también, descubierta la organización se sanciona por la planificación cuando esta ocurrió hace mucho tiempo atrás y no se ejecutó el delito concreto; además, si se sanciona el delito de crimen organizado ya no se podría sancionar otros delitos por el principio *nom bis in ídem*; también, si sancionamos el delito concreto que realiza un miembro de la organización con pena inferior al de delincuencia organizada ya no aplicaría la sanción por delincuencia organizada.

Los problemas de la teoría del adelantamiento se tratan de superar mediante el tratamiento de circunstancias modificatorias de la infracción; específicamente, a través de agravantes en la parte general que es un camino para evitar la consecuencia del quebrantamiento del *nom bis in ídem*; además, se entiende que lo que se castiga es el delito concreto de los miembros de la organización con un plus por actuar en conjunto y de esta forma incluso castigar los actos preparatorios de forma individual con la agravante de actuar dentro de la organización delictiva o para favorecer a la organización o miembros de la organización delictiva en cuanto a sus fines económicos o de impunidad.

La legislación ecuatoriana tendría diversos inconvenientes en la adaptación de la teoría del bien jurídico desde la perspectiva del adelantamiento; primero, no se establece de manera taxativa los actos preparatorios ni las limitantes de dichos actos, en consecuencia, se generaría una ampliación desmedida en cuanto al castigo de actos preparatorios bajo el justificativo de ser realizados por la organización criminal; segundo, no se prevé una agravante dentro de la legislación que pueda cumplir este papel y que reemplace el tipo penal de delincuencia organizada; tercero, la (CRE) sostiene la protección de los derechos y cumplimiento de convenios internacionales, por lo tanto, derogar el tipo penal de delincuencia organizada no solo sería dejar de lado la (CRE), implicaría también, ir contra el cumplimiento de la normativa de la (CNUCDOT).

Otra forma de justificar el bien jurídico colectivo en el tipo penal de la delincuencia organizada es la teoría del injusto autónomo; en este sentido, (Jara Bocanegra Márquez (2020), manifiesta “(...) surge en la jurisprudencia, y, un importante sector doctrinal, la idea de que los delitos de organización ostentan un injusto autónomo, conformado por la lesión de un bien jurídico colectivo.”(p. 58); esta tesis del injusto autónomo es la que mejor se adapta a nuestro marco jurídico.

La tesis del injusto autónomo que protege el orden jurídico como bien jurídico tutelado al tipificar el tipo penal de delincuencia organizada, se entiende desde una vertiente objetiva y otra subjetiva; desde el ámbito objetivo se entiende por orden público el orden institucional o el normal funcionamiento de los mercados y las instituciones y servicios públicos establecidos democráticamente (Jara Bocanegra Márquez, 2020, p. 60). A esta acepción del orden público se le reprocha la poca delimitación en cuanto al fundamento material de lo que se debe entender por orden público.

La seguridad ciudadana es otra acepción que fundamenta desde el punto de vista objetivo en el tipo penal de delincuencia organizada el bien jurídico como injusto autónomo (Jara Bocanegra Márquez, 2020, p. 77); pero, al ser un concepto muy laxo con contornos muy poco definidos, al igual que el concepto de orden público tiene la misma debilidad; es decir, el problema es saber qué debemos entender por seguridad ciudadana al momento de establecer las conductas que componen el tipo penal de delincuencia organizada, y se puede entender que todo acto que genera inseguridad podría caer en la denominación seguridad ciudadana.

La legislación ecuatoriana en el COIP en el capítulo sexto señala el bien jurídico que protege la estructura del Estado constitucional y dentro de este capítulo se enmarcan los delitos contra la seguridad pública; que van desde el artículo 336 al artículo 365; posterior a este artículo se crea un nuevo capítulo que es el capítulo séptimo sin explicar si sigue dentro del apartado del capítulo de la estructura del Estado constitucional y de los delitos contra la seguridad ciudadana; por lo visto, parece ser solo un error de coordinación entre los capítulos y se debería entender que el articulado posterior a la contravención contra la seguridad pública sigue como parte de los delitos contra la seguridad ciudadana.

En este sentido, debemos entender que el legislador ecuatoriano se decide por la tesis de la seguridad ciudadana o pública y en el COIP en su Art. 369 establece el tipo penal de la delincuencia organizada, tipo penal en el que se describe la conducta concreta y que con la reforma de 29 de marzo de 2023 que entró en vigencia el 12 de mayo de 2023 añade la ejemplificación de colaborador jurídico en la delincuencia organizada.

Si bien este es el camino que decide el legislador ecuatoriano en cuanto a establecer como bien jurídico el de la seguridad pública, se debe hacer una crítica a esta decisión, sería mejor, a pesar de las críticas, establecer como bien jurídico a proteger el del orden público desde la esfera objetiva; el bien jurídico orden público al ser una concepción que engloba el orden público, el orden institucional o el normal funcionamiento de los mercados y las instituciones y servicios públicos establecidos democráticamente tiene una mejor delimitación de lo que constituye el bien jurídico tutelado en el tipo de delincuencia organizada como injusto autónomo.

#### **5.2.4. Elementos típicos del delito de delincuencia organizada en la legislación ecuatoriana.**

El tipo penal es el elemento del delito que contiene la descripción específica de la conducta penalmente relevante para el Derecho penal; además el tipo penal se conforma de conducta típica, sujetos y objetos y para su análisis se divide en tipo objetivo y tipo subjetivo (Mir Puig, 2016, p. 227); en este sentido, el tipo penal nos establece lo que debe contener en el presente caso el tipo penal de delincuencia organizada en base a la descripción del artículo 369 del COIP.

Respecto al delito de organización criminal y grupo criminal de los artículos 570 bis y 570 ter del Código penal español, se pueden distinguir dos niveles de conductas el primero de promover, constituir, organizar, coordinar y dirigir y un segundo nivel de participación o colaboración (Jara Bocanegra Márquez, 2020, p. 205). Desde este punto de vista se puede establecer que el tipo penal de organización y grupo criminal al igual que el tipo penal de delincuencia organizada en Ecuador establecen dentro de la descripción del tipo las formas de autoría y participación.

El artículo 369 del COIP establece que las conductas o verbos rectores son el financiar, mandar o dirigir y planificar y estas conductas son las que se consideran de primer nivel que se consideran de autoría en el delito de delincuencia organizada; por otro lado, lo descrito en el inciso segundo y cuarto del artículo 369 del COIP serían las conductas de segundo nivel que podemos ver que se tratan de colaboración o participación den la delincuencia organizada. Por lo tanto, este tipo penal ya contiene tipificada la conducta de autoría y participación sin necesidad de ir a la parte general para deducir si estamos ante alguna de estas modalidades de intervinientes.

Las modalidades de la conducta típica estarían integradas por el acuerdo, la agrupación estructurada de tres o más personas de forma permanente o reiterada; en este sentido, se debe establecer que no cualquier agrupación de personas para cometer actos ilícitos es la que equivale a delincuencia organizada; para que se trate de delincuencia organizada se necesita que trascienda en el tiempo de forma permanente o reiterada, caso contrario estaríamos ante un acto preparatorio de concertación que en el caso ecuatoriano no es típico o ante un delito de asociación ilícita descrito en el artículo 370 del COIP.

Otra de las características del tipo penal de delincuencia organizada consiste en el tipo de delitos por los cuales se responde; en este caso el artículo 369 del COIP señala que el propósito sea cometer delitos con pena privativa de libertad de más de cinco años; por ejemplo, estar de acuerdo en una estructura criminal que se dedique al tráfico de drogas en alta o gran escala. Si, por el contrario, la concertación de conformar una estructura criminal es para delitos de menos de cinco años se debe establecer como delito de asociación ilícita y no existe la posibilidad de establecer la concertación ya que los actos preparatorios no están tipificados en el Ecuador.

El delito de delincuencia organizada es un delito común, se entiende que en los delitos comunes: “La ley no limita normalmente el ámbito de posibles sujetos activos, sino que se refiere a todo «el que...» ejecute la acción típica.” (Mir Puig, 2016, p. 236). En el caso del tipo penal de delincuencia organizada del artículo 369 del COIP estamos ante un delito común en el que cualquier persona puede cometer el delito sin que se requiera condición especial por parte del autor y tampoco del partícipe; esto es, no se necesita ser abogado, contador, científico para intervenir en este delito como autor o partícipe.

El inciso segundo del artículo 369 del COIP señala la conducta de nivel secundario o de participación que es la colaboración entendida como ofrecer, prestar o facilitar; y, el inciso cuarto del mismo artículo nos ejemplifica y delimita los aportes del colaborador; es decir, no se debe entender que solo las personas descritas en el inciso cuarto sean los colaboradores, esta descripción es solo enunciativa y como vemos el tipo penal de delincuencia organizada es un delito común; tampoco, se establece que cualquier aporte realizado por un abogado, contador o científico a un miembro o a la organización delictiva lleve implícita el carácter de finalidad ilícita a la organización.

La pena que se establece en la delincuencia organizada para los autores es de siete a diez años y para los partícipes o colaboradores es de cinco a siete años; pero, el tipo penal de delincuencia organizada ante los delitos de -tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, terrorismo, actividad ilícita de recursos mineros, sicariato, 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-, establece una circunstancia modificatoria de la infracción que sirve de criterio para agravante de la pena; en estos casos la sanción se agrava en caso de autoría de diez a trece años de pena privativa de libertad y en casos de colaboradores de siete a diez años.

El tipo subjetivo de la conducta en los casos de delincuencia organizada debe ser doloso, en estos casos, se requiere la conciencia y voluntad de realizar los elementos descritos en el tipo penal; la modalidad dolosa incluso sería a nivel de dolo eventual; por ejemplo, la persona dueña de un hotel que cada año inyecta en su negocio aportes e ingresos simulados para luego repartir utilidades con sus socios productos de las supuestas ganancias, se entiende que conocen y quieren realizar dicha conducta y por lo tanto son autores de delincuencia organizada en concurso con lavado de activos.

La delincuencia organizada es atípica si la conducta es imprudente o culposa, esto se debe a que el COIP exige que se tipifique de forma expresa esta modalidad de conducta; en consecuencia, si una persona por negligente o descuidada permite que ingresen en su negocio dineros ilícitos que no sabía que lo eran por más que haya beneficiado a la organización delictiva a obtener réditos económicos a consecuencia de un error de tipo vencible no podrá ser sancionada por esta conducta al ser atípica. Además, la participación criminal o la intervención en calidad de partícipe que en Ecuador es la complicidad exige que la conducta sea dolosa y no puede haber participación, colaboración, cooperación o complicidad imprudente, negligente o culposa.

### **5.2.5. La delincuencia organizada.**

La delincuencia organizada es un problema que va más allá de lo jurídico, atraviesa todo el contexto social desde lo económico, político y jurídico; es así que, en lo económico se crean empresas con la finalidad de aparentar una actividad económica lícita y proceder a lavar dinero; además, las operaciones económicas de grupos criminales son rápidas y con pocos controles, en comparación con el accionar económico de lucha contra el crimen organizado por parte del Estado, sumado a esto, la delincuencia organizada está en capacidad de incorporar profesionales en diferentes áreas que colaboran a una eficiente maquinaria del crimen (Julián López Muñoz, 2019).

En Ecuador existen controles deficientes a nivel económico en el sector privado, esto no permite establecer de forma adecuada si las actividades de ciertas empresas realmente son lícitas; esto se puede apreciar, en casos de empresas que se crean a través de la Ley de Compañías (LC) y están inscritas en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (SCVS) que, cumplen los mínimos requisitos legales para la creación de dichas empresas; pero, en la práctica son solo de pantalla.

Producto de actividades sospechosas se realizaron investigaciones por parte del Servicio de Rentas Internas (SRI), el portal web Primicias, el periodismo comprometido a través de su reportera Evelyn Tapia establece que; se detectaron desde el año 2016 al 2022, mil treinta y ocho empresas fantasmas que permitieron la evasión tributaria con perjuicio para la economía del Estado por el monto de tres mil trescientos cincuenta y cinco millones de dólares del 2016 al 2022. La creación de empresas fantasmas continúa en menor medida (Tapia, 2022); a pesar de estos datos relevantes en la pandemia no hubo controles adecuados y las empresas fantasmas operaron a través de tramas de corrupción que beneficia al crimen organizado y perjudican al Estado.

En el año 2007 en el Ecuador se procede a realizar el proceso de legalización de pandillas, producto de este proceso se realizó reportajes como el del periodista de la cadena BBC News Mundo Miranda (2018); este proceso fue elogiado por la incorporación de pandillas como organizaciones legalizadas en la sociedad civil; las pandillas legalizadas captaron espacios de poder a nivel político dentro de la Asamblea Nacional del Ecuador y otros estamentos públicos y se redujo la tasa de asesinatos y crímenes.

El proceso de legalización produjo cierta tranquilidad en la sociedad, posteriormente en febrero del año 2021 se producen masacres carcelarias y desde esa época se vive una etapa de terror; las bandas criminales y los grupos delictivos declaran la guerra dentro y fuera de las cárceles sin que las autoridades puedan contener los atentados; los grupos delictivos entre estos los que formaron parte del proceso de legalización toman el control de Centros de Rehabilitación Social (CRS) y hasta la presente fecha el Estado no puede recuperar ese control y son lugares donde los líderes de los grupos delictivos tienen privilegios y libertad para planificar actividades ilícitas.

Con la entrada en vigencia de la actual CRE del año 2008 se ordenó la salida de la base de Manta, que era un campo militar de los Estados Unidos de Norteamérica; en este lugar se entrenaba a las fuerzas armadas del Ecuador con el apoyo de la milicia EEUU; además, desde este lugar se realizaba un control del narcotráfico en el Ecuador y América del Sur; dentro de una investigación llevada a cabo por Rivera Rohn & Bravo Grijalva (2020) , señalan que:

(...) La vulnerabilidad se evidencia, además, en los puertos de Esmeraldas y Manta, que a falta de control de narcóticos devienen “puntos sensibles de envío de cocaína en los cuales convergen un alza de homicidios, robo agravado, secuestro y extorsión” (...) “Con esos antecedentes, cabe preguntar: ¿el Ecuador mantiene su estatus de paso libre de cultivos ilícitos? La información recogida a continuación muestra que, desde 2015, el país deja de ser un territorio libre de cultivos para convertirse en uno con presencia de sembríos ilícitos de hoja de coca. Mediante detección satelital, la investigación pudo constatar que, de 2015 a 2019, se registra un aumento en la presencia de cultivos ilícitos en las provincias de Esmeraldas, Carchi y Sucumbíos.”, (p. 17).

En el Ecuador no se resolvió el problema de pandillas, narcotráfico, corrupción y crimen organizado; las medidas de legalizar y dar personalidad jurídica a las pandillas, el cierre de la base de Manta y la deliberada falta de cooperación internacional con discursos de soberanía nacional han permitido que hoy el Ecuador enfrente graves problemas a nivel económico, social, jurídico y político. En consecuencia, es importante analizar el contexto de las organizaciones criminales que conlleva a las reformas de 29 de marzo de 2023 con vigencia desde el 12 de mayo del mismo año que, incluyen dentro del artículo 369 del COIP la figura del colaborador con conocimientos jurídicos con la finalidad de eliminar el control que sobre la justicia mantiene el crimen organizado.

#### **5.2.6. Las estructuras de la delincuencia organizada.**

Las organizaciones criminales para realizar las actividades ilícitas y procurar la impunidad de sus actos evolucionan; las investigaciones realizadas por organismos internacionales como la ONU permiten establecer las tipologías de las estructuras del crimen organizado; en este sentido, Julián López Muñoz (2019) manifiesta que: “(...) las organizaciones se configuran en cinco tipologías distintas <sup>136</sup>: a) Tipología 1 o de Jerarquía Estándar, b) Tipología 2 o de Jerarquía Regional, c) Tipología 3 o de Agrupación Jerárquica, d) Tipología 4 o de Grupo Central, e) Tipología 5 o La Red Criminal.”, (p. 90).

Cada tipo de organización criminal tiene su característica específica; las organizaciones criminales que se estructuran en base a la tipología uno o de Jerarquía Estándar; por ejemplo, tienen una estructura piramidal tradicional, un líder único, disciplina, unidad por lazos de familia, étnicos y sociales; su composición es de entre cincuenta a doscientas personas; se guían por códigos de honor; los miembros son personas del bajo mundo, ex presidiarios; también, anexan a oficiales gubernamentales y funcionarios públicos; su modus operandi se realiza por el uso de la violencia y la extorsión (Julián López Muñoz, 2019, pp. 90–92).

La organización criminal de tipo dos o de Jerarquía Regional; tiene un liderazgo único o mando central del que se ramifican organizaciones regionales con independencia de operaciones; las decisiones son regionales; se estructuran para controlar un área geográfica mayor; las actividades criminales en algunos casos son coordinadas o independientes, pero, sujetos a un mando central con poder de revocar acciones independiente; los integrantes tienen un mismo origen social, su actividad se basa en el uso de la violencia. De la Corte y Giménez Salinas, como señala Julián López Muñoz (2019) establece que este modelo de organización criminal es análogo al de franquicias, ocupa determinado territorio a cambio de remuneración (p. 92).

La tipología tres de la organización criminal o de agrupación jerárquica o jerarquía de racimo es la reunión de varios grupos criminales, sus características son: los líderes se reúnen en consejos; existe soberanía de cada grupo criminal; nacen por necesidad táctica; realizan acuerdos para facilitar el control de las zonas; existe disciplina de cada consejo o unión; pero, cada organización tiene régimen disciplinario y estructura jerárquica interna piramidal; número de miembros es grande y sin interacción entre ellos; los miembros se relacionan por lazos consanguíneos, el paisanaje, etnia o convivencia carcelaria; son grupos criminales sensibles a rivalidad y filtración policial (Julián López Muñoz, 2019, p. 93).

La estructura denominada tipo cuatro o de grupo central (página 95) es la de origen mafioso y por lo general es producto del desarrollo de las tipologías anteriores; es flexible; los individuos que la componen es de hasta veinte personas que conforman el consejo o núcleo de la organización; son el grupo que impone la disciplina; de este grupo se derivan las personas que están al mando del grupo criminal; los integrantes por lo general no tienen vínculos; su estructura es horizontal lo que permite el reemplazo de los integrantes; es el modelo que emplean las empresas o corporaciones de fachada que realizan actividad lícita e ilícita. UNICRI en palabras de Julián López Muñoz (2019) establece que se detectaron ocho grupos criminales de este tipo en Países Bajos, Alemania y Australia, (p. 96).

La organización criminal tipo cinco o red criminal es una estructura compleja; flexible; sus integrantes no se perciben como miembros del grupo criminal; no poseen nombre propio; su actividad depende de personas claves sustituible; estas personas claves se rodean de otros grupo de personas que actúan de forma paralela o simultánea sin relación entre sí; el uso de la violencia es secundario; sus operaciones son difíciles de detectar; si se desarticula la organización se recompone con facilidad; se basan en la importancia de la agrupación donde el individuo no es importante, UNICRI según señala (Julián López Muñoz, 2019, p. 98) es la estructura de organización criminal más importante y en auge.

La criminalidad organizada como se estructura en la actualidad tiene influencia del modelo de la mafia italiana que incursionó en Estados Unidos de Norteamérica con la migración que procedía de Europa; es así que, los grupos conocidos como Cosa Nostra de la mafia siciliana, la Camorra de la mafia napolitana y la Ndrangeta de la mafia calabresa son los referentes o el paradigma de otros grupos criminales. La estructura de la organización Cosa Nostra se compone de una base que se denomina décima integrada por diez hombres, las familias, el mandamiento, la comisión provincial, la cúpula regional y una cabeza de varios integrantes que sería el estrato superior de la organización criminal y es modelo más usado de organizaciones criminales (Julián López Muñoz, 2019, p. 118).

En Latinoamérica los grupos criminales de la delincuencia organizada con más organización, fuerza y de los que se tiene mayor conocimiento por las investigaciones que se realizan son los grupos criminales de Colombia y México; es así que, en el Ecuador que era considerado un país solo de paso del narcotráfico se ha convertido y verificado desde 2017 en un país de producción de la droga; además, la influencia de cárteles colombianos y mexicanos produjo la evolución del crimen organizado ecuatoriano y es pertinente señalar los dos casos en concreto de forma breve.

### **5.2.7. El caso colombiano.**

En Colombia el tráfico de drogas inicia con el tráfico de marihuana en 1960, la marihuana era denominado el oro de Santa Marta; la mafia Italiana a través de la organización criminal la Cosa Nostra al tomar contacto con traficantes colombianos forman alianzas para pasar de Panamá a Estados Unidos De América (USA) la marihuana; con esto, se inicia con el tráfico de drogas internacional en Colombia; posteriormente dicha alianza usó los mismos productores y las mismas rutas para el inicio del tráfico ilícito de la cocaína (Julián López Muñoz, 2019, p. 144).

Los cárteles colombianos dentro del ámbito latinoamericano son los que más relevancia tienen; la Drug Enforcement Administration (DEA) es la que por primera vez usó dicho término en 1982 al realizar el seguimiento e incautación de droga desde Colombia a Cleveland en USA; el término cártel hace referencia a la reunión de varios grupos criminales de tráfico de drogas colombianos y en general latinoamericanos; el término cártel significa la agrupación entre narcotraficantes y organizaciones criminales sin alianzas (Julián López Muñoz, 2019, p. 144); por ejemplo, el Cártel del Norte del Valle recibe esta denominación en base al uso de este término.

En Colombia los cárteles de Cali y Medellín entre 1980 y 1990 son los principales productores y traficantes de cocaína; además, dichos cárteles llegan a obtener dinero y poder con lo que se permiten ingresar en el ámbito social, político y económico de Colombia y toman el control del crimen organizado en dicho país; pero, el aumento de la demanda de cocaína desde USA y Europa generan conflictos entre los cárteles por tener el control y poder económico total del narcotráfico (Julián López Muñoz, 2019, p. 145).

En la actualidad las estructuras de los cárteles colombianos están desintegradas por las disputas y guerras internas que se generaron para obtener el control; lo ocurrido con estas organizaciones criminales o cárteles se plasmaron en libros y series de televisión como el cártel de los sapos en donde se cuenta la historia del Cártel del Norte del Valle, que refleja desde el punto de vista de uno de sus exintegrantes el origen, la forma de operar, las influencias a nivel social, económico, público y político que tuvieron las organizaciones criminales en Colombia.

#### **5.2.8. El caso mexicano.**

En México el tráfico de drogas se inicia a mediados del siglo pasado, las principales drogas son la marihuana y la heroína; el destino de este producto es USA en especial Chicago, Filadelfia, Boston, Detroit y Nueva York (Julián López Muñoz, 2019, p. 151); los cárteles mexicanos toman fuerza a partir de mediados de la década de los ochenta del siglo pasado y dejan de ser solo organizaciones que prestan transporte de droga a los cárteles colombianos.

La guerra entre el gobierno de Colombia contra los cárteles del narcotráfico y la lucha entre los propios cárteles colombianos produce la pérdida de poder y división de los cárteles en Colombia y pasan de ser organizaciones de producción y tráfico de drogas a ser organizaciones solo de producción de droga que la venden a cárteles mexicanos; los cárteles mexicanos aprovecharon el debilitamiento de los cárteles colombianos y comenzaron a realizar alianzas con países productores de cocaína como Perú y Bolivia (Julián López Muñoz, 2019, p. 152).

Los cárteles más importantes de México son el de Sinaloa dirigido por el Chapo Guzmán; el de Tijuana dirigido por la familia Arellano; el del Golfo al cual pertenece el grupo de los Zetas que era su brazo armado; el de Juárez liderado por Armando Carrillo conocido como el señor de los cielos; el de los Zetas que se separó del cártel del Golfo; el del Pacífico Sur encabezado por Arturo Beltrán que fue parte del cártel de Sinaloa; y, el cártel de la familia Michoacana que se dedicaba a la fabricación y tráfico de metanfetaminas (Julián López Muñoz, 2019, p. 153).

Los cárteles mexicanos al tener poder económico comienzan a tener protagonismo; esto les permite ingresar en las esferas social, económica, política y gubernamental de México y otros países de la región de Centroamérica y Sudamérica, además, del control de exportación de droga a USA; en los años 2014 a 2016 detienen al líder del cártel de Sinaloa y lo extraditan a USA en 2017, en consecuencia se produce una guerra entre cárteles mexicanos para captar el poder que deja el líder del cártel Sinaloa; resultado de esta guerra aparecen nuevos cárteles entre los cuales se encuentra el cártel de Jalisco Nueva Generación.

Los cárteles mexicanos en la actualidad siguen vigentes, lograron ingresar en el Ecuador al formar alianzas con grupos criminales ecuatorianos; dos son los cárteles mexicanos que tienen presencia en Ecuador, estos son el cártel de Sinaloa y el cártel Jalisco Nueva Generación (CJNG); los grupos delictivos ecuatorianos que se vinculan a estos cárteles mexicanos son los Choneros con el cártel de Sinaloa y los Lagartos con el CJNG. Desde el años 2016 y 2017 con la captura y extradición del Chapo Guzmán a USA, se produce el enfrentamiento por el control del narcotráfico que afecta no solo a México sino también a Ecuador (Torres, 2021).

Los casos de los cárteles tanto el caso colombiano como el mexicano tienen importante relación con Ecuador; si bien, no tenemos registro de cárteles en el país lo que tenemos son bandas o grupos delictivos que han ganado terreno y control; ejemplo de esto son los casos de los Choneros, Lobos, Lagartos, Tiguerones, Latin Kings, entre otros. En la actualidad estos grupos criminales de la mano de alianzas con cárteles mexicanos han adquirido poder para infiltrarse en las esferas económicas, sociales, políticas, gubernamentales; esto generó la reforma penal vigente desde el doce de mayo de 2023 cuya finalidad es atacar la colaboración que dichos grupos reciben de profesionales como los abogados.

### **5.3. LOS CRITERIOS DE LA IMPUTACIÓN PARA DETERMINAR LA COLABORACIÓN DEL ABOGADO EN LA DELINCUENCIA ORGANIZADA**

En Derecho Penal la relación que existe entre la acción y el resultado es importante al determinar la responsabilidad penal de una persona; este parámetro varía en virtud de las diferentes teorías que se han propuesto para explicar el delito. La relación entre acción y resultado en la teoría causalista se establece por medio del nexo causal; la teoría neocausalista requeriría un análisis valorativo lo que generó el análisis de adecuación; la teoría finalista del delito basa esta relación con un elemento subjetivo que es el dolo (López Díaz, 1996, pp. 18–21).

Actualmente en el análisis del delito prevalecen las teorías funcionalistas; en la teoría funcionalista previo al análisis del tipo subjetivo se debe verificar una serie de filtros adicionales llamado criterios de imputación, estos criterios dan nacimiento a la teoría de la imputación objetiva que da respuestas más adecuadas a la relación que existe entre la acción y el resultado para imputar la acción típica a determinada persona (López Díaz, 1996, p. 23).

En el Ecuador no se establece dentro de la normativa actual una base legal que señale los parámetros de imputación objetiva para establecer la relación entre el acto y el resultado; pero, dentro de los fines que persigue el vigente Código Penal está el de adecuar el Derecho penal ecuatoriano a las actuales teorías de la dogmática penal; por lo tanto, es deber de los jueces a través de la jurisprudencia establecer parámetros de imputación al resolver el caso concreto.

Con la reforma del COIP vigente desde el doce de mayo de dos mil veinte y tres se establece en el artículo 369 inciso segundo y en el inciso final del COIP la figura del colaborador en la delincuencia organizada; en consecuencia, es importante establecer los parámetros con los que vamos a relacionar un acto al resultado de colaboración y calificarlo de colaboración del abogado con la delincuencia organizada.

En el presente apartado se analizará la relación que debe existir entre un acto y el resultado de colaboración con la delincuencia organizada, primero desde la causalidad; posteriormente desde los criterios de imputación objetiva desde la teoría funcional del delito; y, establecer los parámetros adecuados para imputar actos de colaboración de los abogados en la delincuencia organizada

### **5.3.1. La relación de causalidad.**

La relación de causalidad establece desde el punto de vista naturalístico la relación entre una acción y un resultado; en este sentido, se entiende que causa del resultado es cualquier condición que provoque el resultado; la causalidad desde el punto de vista de las ciencias naturales y la filosofía en la actualidad debido a teorías como la relatividad, la física cuántica es debatible (Roxin, Claus, 1997, p. 346); pero, en el campo jurídico la teoría causal es relevante como primer peldaño de análisis en la atribución de determinado acto típico a un resultado.

La teoría de la causalidad se basa en la equivalencia de las condiciones en donde toda condición que se aporta es causa del resultado; la condicio sine qua non es la fórmula (Mir Puig, 2016, p. 248) mediante la que se representa la equivalencia de las condiciones; en conclusión, la equivalencia de las condiciones establece que toda condición que se aporta es causa del resultado; y, cuando una condición es separada del evento y no se produce el resultado, se entiende que esa condición no es causa del resultado.

Por ejemplo; desde la teoría de la causalidad el hecho de que una persona invite a otra a una fiesta y la persona invitada a la fiesta en el camino sufre un accidente o asalto; el resultado del accidente (lesiones o muerte) o el resultado del asalto (pérdida del patrimonio) dan como responsable de manera causal tanto al que invita a la fiesta como la persona que de forma directa realiza el accidente o asalto; en este sentido, si quitamos la acción de invitar a la fiesta no se produciría ninguno de los resultados.

En cuanto a la responsabilidad penal del abogado por colaboración en la delincuencia organizada, con el criterio de la teoría de la causalidad el abogado que ejerce la defensa, liberación o absolución de un integrante del grupo delictivo está aportando o colaborando para que el grupo delictivo pueda realizar actos delictivos; incluso, el solo hecho de guiar a través de una llamada telefónica y dar un criterio respecto a la defensa de uno de los integrantes sería causa para que la delincuencia organizada siga cumpliendo sus fines delictivos; además, un estudiante de derecho que emite su criterio ante la consulta del grupo delictivo podría ser causa en la colaboración de los fines delictivos del grupo criminal.

### **5.3.2. La teoría finalista.**

Si bien la teoría de la causalidad da una explicación a la relación entre la acción y el resultado, dicha teoría no es suficiente para establecer una imputación penal porque su ámbito de acción se expande a muchas condiciones que pueden ser causa de un resultado; para limitar la expansión desmedida se pretende limitar las causas que producen un resultado y se entiende que existen causas más eficientes o últimas; pero, otro grupo de doctrinarios prefiere limitar la imputación causal a través del dolo por ejemplo en el finalismo; otros desde el funcionalismo establecen filtros en la parte objetiva del tipo penal para establecer si el acto es típico; otro sector del funcionalismo señala que para poder realizar una imputación penal se necesita la constatación adicional del tipo subjetivo y la culpabilidad.

Las soluciones que se proponen para la imputación se generan por las dificultades que cada teoría tiene para resolver los casos concretos; por ejemplo, la teoría finalista al establecer las estructuras lógico-objetivas del delito como la acción final señala que: “La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecer "finalista" y no solamente "causal". (...)” (Welzel, 1956, p. 60); en este sentido, lo que hace la teoría finalista es limitar como acción típica imputable para el derecho penal solo a las acciones finalistas; con lo que el límite una vez establecida la causalidad se encuentra en el tipo subjetivo, esto es, en el dolo de la acción final.

Por ejemplo, para que a una persona con conocimientos jurídicos se le pueda imputar por colaboración con la delincuencia organizada no es suficiente su aporte causal con dicha organización; adicionalmente, la teoría finalista requiere que dicho aporte sea doloso. Si se observa el COIP en el último inciso del artículo 369 señala que el colaborador debe actuar con “(...) el propósito de servir o contribuir a los fines ilícitos de la organización.” En consecuencia, no basta para imputar colaboración con la delincuencia organizada el mero aporte causal, se debe establecer la existencia del propósito de colaboración a la delincuencia organizada.

Si bien, la teoría final de la acción consigue un límite importante en la imputación penal, se observa que dicho razonamiento debe mejorar con los criterios de imputación objetiva aplicados en la colaboración típica de la delincuencia organizada por una persona con conocimientos jurídicos; en consecuencia, deben establecerse barreras no solo desde la tipicidad subjetiva; al contrario, ya en el tipo objetivo deben establecerse las barreras con criterios de la teoría de la imputación objetiva; de esta manera lo que se pretende es filtrar conductas que a pesar de contar con un propósito o finalidad no son penalmente relevantes para imputar un acto típico.

Por ejemplo, desde el punto de vista finalista un abogado que sabe que su cliente es integrante de un grupo delictivo organizado; los integrantes de dicho grupo delictivo son sus clientes habituales; siempre les brinda sus servicios profesionales y consigue absoluciones o beneficios penitenciarios de dichos clientes; además, los clientes al salir continúan realizando actividades de delincuencia organizada y lo siguen contratando como abogado; se puede llegar al absurdo de establecer que está colaborando con el propósito delictivo de la organización ya que, conoce y quiere que los integrantes del grupo delictivo sigan realizando sus actividades y lo sigan contratando.

En Ecuador el COIP no se interpreta desde la teoría naturalista o causal del delito; al contrario, se entiende que la interpretación del delito se basa desde el punto de vista de la teoría finalista; pero, en ejemplos como el señalado incluso el finalismo puede resultar insuficiente al momento de imputar la acción típica a un resultado de colaboración con la delincuencia organizada; por esto, es importante realizar un análisis de los criterios de la teoría de la imputación objetiva.

### **5.3.3. Teoría de la adecuación**

Previo al desarrollo de la teoría de la imputación objetiva un límite a las consecuencias de la aplicación de la teoría de la causalidad lo constituye la teoría de la adecuación; en este sentido, Roxin, Claus (1997) señala que: “(...) en sentido jurídicopenal sólo es causal una conducta que posee una tendencia general a provocar el resultado típico, mientras que las condiciones que sólo por casualidad han desencadenado el resultado son jurídicamente irrelevantes.” (p. 359); es decir, no todas las condiciones que son causa del resultado son relevantes para la imputación penal, solo las condiciones adecuadas son las que tienen relevancia.

En este sentido, por ejemplo, el acto de invitar a una persona a una fiesta desde el ámbito de imputación penal no es relevante respecto de los eventos que en el camino a la fiesta el invitado pueda sufrir como lesiones o muerte producto de un accidente, o el perjuicio en su patrimonio producto de un asalto; si bien, desde un punto de vista naturalista, el acto de invitar a la fiesta es una condición que es causa del resultado, desde el punto de vista de la teoría de la adecuación el acto de invitar a una fiesta a una persona no es acción típica de lesionar o perjudicar el patrimonio de otro.

El juicio de adecuación de una condición para que se considere como causa probable de un resultado típico; en palabras de Mir Puig (2016) se realiza de la siguiente forma:

(...) sólo deberán tomarse en consideración aquellas condiciones que, para el espectador objetivo y prudente retrotraído al momento de la acción (ex ante), con todos los conocimientos de la situación de que disponía el autor al actuar, además de aquéllos que hubiera tenido el observador, (pronóstico posterior objetivo) apareciesen como adecuadas para producir el resultado (...), (p. 257).

En este sentido, el análisis de prognosis o pronóstico objetivo posterior; es un juicio que se realiza situando al juez en el momento ex ante de la conducta como un observador objetivo, al que se le adiciona los conocimientos especiales del individuo concreto en la situación concreta, para establecer ex post si existe la probabilidad de que dicho acto sea condición adecuada de la causa del resultado típico.

Con la teoría de la adecuación se busca limitar la causalidad, en un primer momento se establecía que esta teoría es parte de la teoría causal al señalar la causa penalmente relevante; después, se llega a la conclusión de que es una teoría de la imputación objetiva que no niega la causalidad ni la fórmula de la condicio sine qua non, lo que realiza la teoría de la adecuación es la valoración de la causa para establecer si es relevante para la imputación penal del acto típico.

La teoría de la adecuación a pesar de su relevante aporte para la imputación penal de la acción al resultado, al extraer de las causas aquellas que no tienen relevancia, como teoría de la imputación penal es todavía insuficiente; para completar el análisis de imputación de la acción al resultado típico penal se originan criterios adicionales que se reúnen en la teoría de la imputación objetiva.

### **5.3.4. La teoría de la imputación objetiva.**

La teoría de la imputación objetiva se origina en 1930 producto de la crítica a la causalidad que realiza Richard Honig en su artículo Causalidad e imputación objetiva, en este análisis se critica a la teoría de la causalidad y la adecuación. Posteriormente, Larenz realiza aportes adicionales a la teoría de la imputación y se desarrolla la teoría de la imputación objetiva. La teoría de la imputación tiene su base argumentativa al principio en la dominación de la causalidad; posteriormente, la separación del hecho propio de sucesos accidentales; y, por último, la determinación de la acción peligrosa jurídicamente desaprobada (López Díaz, 1996, p. 55).

En la actualidad la teoría de la imputación objetiva tiene la finalidad de explicar el fundamento de los delitos de acción, omisión, los tipos dolosos e imprudentes, la tentativa, la autoría y participación; para cumplir con esta finalidad su base argumentativa se entiende como:

(...) Un sistema coherente de interpretación que se infiere de la función que desempeña el derecho penal en la sociedad, su finalidad es analizar el sentido social de un comportamiento; precisar si se encuentra o no socialmente prohibido, y si tal prohibición es relevante para el tipo penal (...) (López Díaz, 1996, p. 56).

La teoría de la imputación objetiva que tiene una aceptación mayoritaria en la doctrina penal actual sostiene que: “Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto.” (Roxin, Claus, 1997, p. 363). En este sentido; los aspectos de la teoría de la imputación objetiva actual para establecer que al acto se le puede imputar un resultado típico son; la creación de un peligro desaprobado o no permitido; y, que ese peligro se verifique en el resultado.

La teoría de la imputación objetiva se encuentra en construcción y por lo tanto no es extraño que los criterios que sirven de fundamento a la teoría y la propia teoría reciban críticas; en este sentido, se establece por ejemplo que, los criterios de peligro o peligrosidad ponen en riesgo la determinación de los tipos penales, la superficialidad de los criterios de imputación, la excesiva relevancia del desvalor de resultado (López Díaz, 1996, p. 97).

Además; varios autores como señala Puppe (2021), acusa a la teoría de la imputación objetiva de ser una suerte de tópicos que solo pretender establecer la relación entre el resultado típico y el autor, una construcción de cláusulas generales para resumir consideraciones particulares, un saco donde se ponen los casos no resueltos de tipicidad y justificación, grupos de casos que usan la causalidad y solo restringen la imputación por meras plausibilidades, falta de consolidación y sistematización de los criterios de imputación (p. 4).

A pesar de las críticas; la teoría de la imputación objetiva gana no solo espacio dentro de la dogmática del Derecho penal, sino que, se ha convertido en un instrumento de aplicación para la resolución de casos por los tribunales de justicia de Alemania, España y algunos países de Latinoamérica. Los fundamentos y posturas para el análisis de la imputación objetiva son diversos; pero, son dos los sistemas teóricos relevantes de la teoría de la imputación objetiva; por un lado, el sistema de Claus Roxin y, por otro lado, el sistema de los criterios de Günther Jakobs.

#### **5.3.4.1. Sistema de imputación objetiva en Roxin**

Para que exista imputación penal de un acto frente a un resultado, debe existir la creación de un riesgo no permitido que se verifique en el resultado de lesión del bien jurídico; Roxin considera que no existe creación del riesgo desaprobado cuando el acto disminuye el riesgo, cuando falta la creación del peligro jurídicamente relevante, casos de riesgo permitido, casos no cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado.

Por disminución del riesgo se entiende las conductas que mejoran la situación del bien jurídico; por lo tanto, dichas conductas no pueden ser consideradas prohibidas y no se puede imputar la conducta a un tipo penal (López Díaz, 1996, p. 67). Por ejemplo, la acción del médico que amputa un órgano gangrenado del paciente que llega por una urgencia para evitar una septicemia y salvar la vida del paciente.

La falta de creación de un peligro jurídicamente relevante se presenta cuando la realización de la conducta no conlleva peligro para el bien jurídico; es decir, no reduce el peligro, pero, tampoco lo incrementa desde una perspectiva ex ante (López Díaz, 1996, p. 70). Ejemplo de esto es el caso del sobrino que quiere heredar y aconseja al tío rico para que viaje y durante el viaje muera producto de un accidente y reclamar la herencia.

Los casos de riesgo permitido son en los que el autor crea un riesgo jurídicamente relevante; pero, este riesgo es permitido (Roxin, Claus, 1997, p. 371); en consecuencia, este acto no se puede imputar el resultado por carecer de relevancia típica debido a que la sociedad acepta los riesgos de actividades a cambio del beneficio de desarrollo de la sociedad como el tráfico viario. Por ejemplo, en los casos de la práctica de deportes aceptados por la sociedad como el box en los que producto de este se producen lesiones.

El fin de protección de la norma de cuidado tiene por finalidad excluir la imputación de los actos que producen daños; pero que, no están cubiertos por la norma de cuidado para el caso concreto (López Díaz, 1996, p. 77). Un ejemplo de esto se produce en cuanto a los límites de velocidad en zonas escolares, dicha norma reglamentaria protege a los niños, pero no a los transeúntes imprudentes que cruzan de forma temeraria una calle; tampoco, dicha norma pretende proteger a los conductores que ingresan a una vía principal desde una vía secundaria de forma temeraria y chocan con otro vehículo.

Si bien existen otros criterios que excluyen la imputación de la conducta al resultado, tratar todos es una tarea que rebasa el objetivo del presente estudio; pero, con los criterios ya descritos se pueden entender que la conducta para que se considere típica debe generar un riesgo no permitido; si esto no se verifica, la conducta a efectos penales no es relevante y por lo tanto no es imputable penalmente por no ser una conducta adecuada al tipo objetivo.

En este contexto las conductas de asesoramiento o defensa por una persona que posee conocimientos jurídicos en un primer momento, desde la teoría del causalismo, se pueden ajustar a la colaboración de la delincuencia organizada; pero, desde los criterios de riesgo desaprobado antes de analizar la tipicidad subjetiva de la misma, se puede limitar aún más y establecer si desde la esfera de tipicidad objetiva dicha conducta realmente es típica a efectos de imputación penal.

En consecuencia, en los casos de asesoramiento o defensa a integrantes de grupos delictivos organizados no es un acto que sobrepase el riesgo permitido; las sociedades en general, permiten que las personas procesadas por delitos accedan a una defensa; en el caso del Ecuador incluso la defensa que ejerce un abogado es una garantía básica parte de un debido proceso; por lo tanto, argumentar que el abogado al ejercer la defensa de un integrante de una agrupación criminal genera un riesgo no permitido y colabora con la delincuencia organizada, no es un argumento válido en base a criterios de imputación objetiva y no es una conducta penalmente relevante.

Por lo tanto, el abogado defensor o la persona que asesora con sus conocimientos jurídicos a un grupo de delincuencia organizada con dicha conducta se encuentra dentro del margen del riesgo permitido; en este sentido, no debe ser imputado como colaborador. Si bien, el COIP establece que la colaboración para ser imputable a la persona requiere la finalidad delictiva de dicha colaboración; es mejor analizar la conducta con el criterio de riesgo permitido.

Si se valora la conducta de colaboración por el criterio de finalidad, solo el autor de manera subjetiva puede saber en su cabeza si la finalidad es delinquir o asesorar; pero, si el análisis se basa en el criterio de riesgo el análisis de la conducta es objetivo y lo comprobamos con hechos externos que permiten analizar la conducta; por ejemplo, elementos externos como ser abogado penalista; ser pasante de un consorcio penal; ser estudiante de derecho; recibir una paga por la defensa o asesoramiento, entre otros.

#### **5.3.4.2. Sistema de imputación objetiva de Jakobs**

La teoría de la imputación objetiva es una teoría en desarrollo; diferentes fundamentos se establecen respecto a las características y elementos que conforman dicha teoría; uno de los autores relevantes en el tema es Günter Jakobs que, fundamenta la teoría del delito en base a la finalidad de prevención general positiva de la pena que otorga un punto de vista particular de los fundamentos de cada uno de los elementos de la teoría del delito y de la imputación objetiva.

Producto de esto, Günter Jakobs proporciona un fundamento particular a la teoría de la imputación objetiva; señala que el ser humano es un individuo que porta un rol en cuanto miembro de la sociedad; los roles de los individuos marcan las competencias de estos como autor, víctima o tercero que se deben verificar para establecer a quién se le imputa un acto con resultado dañoso; estos aspectos sirven para la imputación de actos típicos imprudentes y dolosos (Günter, 1997, pp. 24–25).

Además; señala que para realizar una imputación de un acto como relevante para el derecho penal desde el fundamento del rol social del individuo y las expectativas que sobre dicho rol tiene el derecho y la sociedad; se debe tener en cuenta el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima.

Para efectos del presente análisis respecto a la imputación penal de las conductas de colaboración con la delincuencia organizada por parte de personas que tienen conocimientos jurídicos analizaremos las instituciones de riesgo permitido, principio de confianza; y, prohibición de regreso; con la finalidad establecer parámetros que califiquen un acto de colaboración como colaboración típica del artículo 369 del COIP.

##### **5.3.4.2.1. La creación del riesgo jurídicamente desaprobado.**

El establecimiento de la relación causal entre el acto y el resultado es el punto de partida al establecer la imputación objetiva; pero, para la imputación penal es necesario un parámetro normativo; si bien, la adecuación consigue depurar las causas que pueden ocasionar un resultado; dichos parámetros no son todavía suficientes.

Para determinar lo que es susceptible de imputación penal se debe establecer los riesgos y diferenciar los permitidos y los no permitidos; solo de esta forma, podemos señalar las conductas que son susceptibles de imputación. En las sociedades el desenvolvimiento de los individuos se basa en riesgos que son tolerados por el beneficio que nos proporcionan; en consecuencia, no todo riesgo es prohibido y susceptible de imputación penal (Jakobs, 1997, p. 243).

Uno de los parámetros para determinar si la conducta se enmarca en el riesgo permitido o no es la norma penal; las normas guían las conductas de los asociados y establecen expectativas en base al rol o comportamiento que se espera de cada individuo (Jakobs, 1997, p. 243); si la conducta no defrauda la expectativa en virtud del rol que espera de un individuo por mucho que la conducta genere un riesgo este no es prohibido y digno de imputación penal.

Por ejemplo; lo que se espera de un conductor de taxi es que tenga su licencia de conducir de la categoría correspondiente, vigente; además, que sepa conducir y que conozca la ciudad; si el conductor de taxi cumple con los parámetros normativos la conducta de conducir un vehículo siempre entraña riesgos; pero, el riesgo se permite ya que la sociedad o los individuos que la componen necesitan la actividad de transporte. Ahora, si el taxista al realizar su actividad es abordado por personas que transportan droga y los moviliza de un sector de la ciudad a otro y con esto los traficantes pueden expendir la droga o eludir la acción de la justicia; la conducta del taxista genera un riesgo; pero, ese riesgo al no sobrepasar el rol del taxista no es un riesgo no permitido.

Desde la perspectiva de la creación de riesgos en cuanto al lavado de activos y los horarios de los abogados, Berruezo (2015), señala que:

"Desde el análisis de la creación del riesgo, tenemos que el asesoramiento del abogado en la medida que se haga en cumplimiento de normativas sobre el actuar del letrado, esta actuación cae bajo el riesgo permitido, aún cuando pueda dar, aprovechada por terceros, a un delito de blanqueo de capitales; y, toda actuación letrada que no respete tales postulados, se halla fuera del riesgo permitido, lo cual, no conlleva ya de forma directa responsabilidad: se habrá cumplido la primer premisa de la fórmula de la imputación objetiva, esto es la creación del riesgo, pero habrá que comprobar si tal riesgo se ha concretado en el resultado" (p. 128).

En el mismo sentido, si un abogado o una persona que tiene conocimientos jurídicos y producto de ellos es contratado como abogado para que ejerza la defensa; y, dicho profesional ejerce la defensa conforme a las normas, dicha conducta a pesar de que beneficia al grupo delictivo no es una conducta que genere un riesgo desaprobado. Incluso, si la persona con conocimientos jurídicos rebasa el riesgo permitido, se tiene parámetros adicionales como el principio de confianza o la prohibición de regreso para establecer si el riesgo no es permitido.

#### **5.3.4.2.2. El principio de confianza.**

Para delimitar el riesgo permitido del que no lo está, otro parámetro es el principio de confianza que de conformidad con lo que señala Jakobs (1997) "significa que, a pesar de la experiencia de que otras personas cometen errores, se autoriza a confiar —en una medida aún por determinar— en su comportamiento correcto (entendiéndolo no como suceso psíquico, sino como estar permitido confiar)" (p.253). Por lo tanto, los ciudadanos al actuar dentro del rol respectivo podemos confiar en que los demás ciudadanos también actúen dentro del rol.

En el mismo sentido respecto al principio de confianza Sánchez-Vera Gómez-Trelles (2008) , señala que:

"Según este instituto, como fue apuntado, todo ciudadano, por el hecho de vivir en un Estado de Derecho, puede confiar normativamente en que la actuación de los demás conciudadanos, que también son, pues, parte del mismo Estado de Derecho, va a desarrollarse sin incidir en un ámbito de tipicidad penal" (p. 17).

Pero, el principio de confianza no es absoluto; en casos como los de no posibilidad del competente para conocer la regla o cumplir la misma, cuando un individuo debe compensar el comportamiento defectuoso de otro u otros, cuando se distribuye deberes por igual a varios intervinientes o cuando un interviniente ya ha defraudado el rol (Jakobs, 1997, pp. 255–257). Es decir; los individuos dentro de nuestro rol podemos confiar en los demás; pero, en contextos evidentes en que otro individuo no cumple o no puede cumplir su rol ya no podemos confiar; si a pesar de observar dichos contextos realizamos un riesgo ya no estamos dentro del riesgo permitido.

En España los abogados tienen el deber de comunicar a la entidad de control de blanqueo de capitales conductas sospechosas de blanqueo de las que tenga conocimiento; pero, se entiende que la conducta no sobrepasa el riesgo permitido cuando otra entidad ya debía realizar el control y se confía en este, como en el siguiente caso:

“Si el abogado, por ejemplo, constituye diversas sociedades con capital extranjero, para la ejecución de una operación inmobiliaria, podrá ampararse en que tal dinero ya ha pasado el “filtro” bancario en cuanto a la prevención de blanqueo –el mismo podría extenderse incluso, dependiendo de la cantidad, a la Dirección General de Transacciones Exteriores–, es decir, podrá ampararse en el principio de confianza (...)” (Sánchez-Vera Gómez-Trelles, 2008, p. 20).

En el caso de un abogado o persona que tiene conocimientos jurídicos que recibe una llamada y se le consulta por parte de una persona que dice ser estudiante y le pregunta si en un asesinato ocultar o enterrar el arma con que se comete el asesinato ayuda en la defensa del procesado; producto de esto, el abogado le indica que sí; además, indica que si puede acogerse al silencio es mejor. Pero; posteriormente, resulta que la llamada la hace un integrante del grupo delictivo organizado que intervino en el delito y la fiscalía en base a los seguimientos y escuchas obtiene esta llamada, el abogado que da la información que beneficia a la liberación de los integrantes del grupo delictivo no incurre en riesgo desaprobado debido a que por el principio de confianza su conducta es solo de asesoramiento y no de colaboración con el grupo delictivo a pesar de que beneficie a la libertad de los integrantes.

#### **5.3.4.2.3. La prohibición de regreso y los actos neutrales.**

La prohibición de regreso en sus inicios se concibe como un dique que impide que el curso causal se desborde y busque la causa de un resultado hasta el origen de la humanidad; es decir, era parte de la causalidad en el sentido de interrumpir la causalidad cuando existía una causa que evidentemente es causa del resultado por sobre otros aportes causales lejanos o no adecuados para la imputación penal; en este sentido, para Sánchez-Vera Gómez-Trelles (2008), la prohibición de regreso en su origen establecía que: “la línea de imputación queda interrumpida sin retroceder a “riesgos” (...) anteriores (...) cuando existe ya un riesgo completo (...) dirigido libre y consciente a la producción del resultado (...)” (p. 25).

En la actualidad, la prohibición de regreso es un criterio de imputación que limita la participación de una persona que interviene en el hecho delictivo de otro; es decir, aporta un hecho propio de su rol con conocimiento del hecho delictivo de otro; para Jakobs (1997) la prohibición de regreso se caracteriza por:

“Este ámbito se caracteriza por el hecho de que el «interviniente» realiza una aportación que en sí es inocua y cotidiana y que sólo mediante la puesta en práctica de planes de otras personas se convierte en un curso causal dañoso” (p. 842).

En consecuencia, en la actualidad para no confundir la teoría de la prohibición de regreso como se entendía en su origen o versión clásica; se estudia la prohibición de regreso como elemento de la imputación que limita la participación delictiva y dentro de esta las conductas neutrales (Sánchez-Vera Gómez-Trelles, 2008, pp. 25–26). Es decir; se busca solucionar el aporte o participación que desde la tipicidad subjetiva es dolosa; pero, no cumple el parámetro de tipicidad objetiva al ser una conducta neutral.

El criterio de prohibición de regreso o conducta neutral pretende dar respuesta a casos como el del panadero que vende el pan a pesar de que sabe que el cliente usará el pan para envenenar a su mujer o el caso del taxista que transporta personas con gran cantidad de dinero que llevan en fundas transparentes y los pasajeros comentan que es producto del tráfico de drogas para ser lavado.

Una parte de la doctrina sostiene que los supuestos planteados se resolverían desde perspectivas subjetivas; esto es, se limita si la conducta es neutral si concurre dolo o no (Robles Planas, 2015, p. 2); nuestra legislación sigue este camino, si observamos la complicidad en el artículo 43 inciso segundo del COIP se limita a complicidad dolosa excluyendo los aportes culposos; también, el criterio subjetivo rige en la colaboración con la delincuencia organizada, el artículo 369 inciso final del COIP establece que debe existir propósito a fines ilícitos.

El problema que conlleva la doctrina con perspectiva subjetiva que establece aportación en base a elementos subjetivo o doloso del aporte o colaboración en la participación criminal radica en la supervaloración de lo que el individuo quiere en base a un conocimiento casual que desde su rol como individuo tiene en la sociedad; por ejemplo, en el caso del taxista, en base a esta teoría sería responsable en calidad de colaborador de la delincuencia organizada al ver y saber que el dinero que transportaba era del narcotráfico destinado a ser lavado para que el grupo criminal obtenga beneficios; en igual sentido, el abogado que asesora a personas de un grupo delictivo para que les asesore como deben actuar para no ser procesados o ser absueltos de un delito.

La solución adecuada a estos casos es llevar el análisis del aporte al ámbito del rol propio del individuo en el contexto concreto; para de esta forma, establecer si la colaboración es neutral o inofensiva a efectos de imputación objetiva penal, sin llegar a la esfera del tipo subjetivo de si conocía o debía conocer y actuar de forma distinta a pesar de que la acción del individuo está dentro del contexto lícito de su rol.

Autores como Sánchez-Vera Gómez-Trelles (2008), sostiene respecto a la doctrina de los actos neutrales que:

“La tesis que se mantiene es: un comportamiento cotidiano no es punible como participación aunque suponga una contribución fáctica (que no normativa) a la realización de un determinado delito, cuando pueda mantenerse que dicho comportamiento queda plenamente cubierto por el rol social lícito en el que se interactúa, es decir, que supone un simple acto neutral ínsito en dicho rol. El analista penal no entrará ni tan siquiera a valorar si quien así se comporta tuvo “conocimiento” de estar interviniendo instrumentalizado en un ilícito ajeno, o si dicho “conocimiento” no se tuvo pero debería haberse adquirido –con una mínima diligencia–, etc., porque en estos casos, una vez más, sucede que no existe tipicidad objetiva por faltar el riesgo jurídicamente desaprobado, de modo tal que ni tan siquiera es necesario analizar una pretendida tipicidad subjetiva del comportamiento” (p. 26).

En sentido similar, respecto a las conductas neutrales y su tratamiento Robles Planas (2015), señala lo siguiente:

“La delimitación entre una conducta “socialmente adecuada” y una delictiva es, en realidad, una cuestión que afecta a la delimitación de esferas de acción o de responsabilidad en cuanto esferas de libertad. En última instancia, lo que debe ponerse de manifiesto es qué contextos son aquellos que delimitan las esferas de actuación de los ciudadanos en forma de especiales deberes de abstención (negativos). Los contextos propios de los casos de conductas neutrales (profesionales, estándares, comerciales, etc.) no modifican negativamente la posición del potencial favorecedor frente a los terceros, sino que, en todo caso, se mueven en el marco de una relación positiva, eventualmente intensificada, entre aquel y la víctima. Esto último no da lugar a la sanción de la conducta en forma de participación (si el favorecimiento llega a producirse), sino, en su caso, como omisión pura (art. 195 CP: omisión del deber de socorro; y art. 450 CP: omisión del deber de impedir la comisión de determinados delitos)” (p. 4).

Los autores señalados coinciden en que, el conocimiento no debe influir a la hora de establecer si un aporte es delictivo, siempre y cuando, el aporte se base en una conducta propia de la esfera de acción de la persona y no defrauda las expectativas sociales que le imponen su rol social. En consecuencia; un abogado o una persona que posee conocimientos jurídicos y actúa dentro de su rol de defensa o asesoramiento jurídico a pesar de conocer que la colabora y beneficia con ellos a la organización delictiva no está aportando una colaboración típica.

Pero, una persona que posee conocimientos jurídicos sea abogado o no que, realiza actos que escapan de su rol, defrauda la expectativa que la sociedad espera del ejercicio de su rol y por lo tanto genera un riesgo no permitido que ya no es conducta neutral o actuar dentro del principio de confianza; por ejemplo, la persona que para ganar un caso realiza tráfico de influencias a favor de su defendido; el abogado que es testaferro y colabora para lavar dinero de sus clientes; la persona que por un reparto de tareas sirve de transportista a los delincuentes después del robo o para que trafiquen drogas o transporten dinero ilícito.

En el COIP la figura del colaborador establecida en el artículo 369 del COIP no criminaliza a los abogados o profesionales de distintas áreas; siempre que, se apliquen criterios de imputación objetiva a la hora de valorar los actos de colaboración; caso contrario, si solo se aplican criterios causalistas o subjetivos, la consecuencia es la ampliación de la esfera de acción del tipo penal y como resultado se la criminalización de conductas lícitas de profesionales y personas inocentes.

Tampoco, era necesario que el legislador señale de forma ejemplificativa que, por colaboradores se entiende a las personas que con conocimientos jurídicos, contables o científicos colaboran con la delincuencia organizada; la palabra colaboración indica que es la persona que aporta, ayuda o coopera en la organización criminal; pero, la existencia de los ejemplos concretos no es señal de criminalizar la actividad de los abogados, profesionales o cualquier otra persona; siempre que se enmarquen dentro de su rol y el administrador de justicia aplique criterios de imputación objetiva.

Un ejemplo de esto lo extrae Sánchez-Vera Gómez-Trelles (2008), de la jurisprudencia española:

“En nuestros precedentes recientes la Sala ha abordado aspectos de esta cuestión al referirse al significado causal de acciones cotidianas respecto del hecho principal (STS 185/2005), a la del gerente de una sucursal bancaria y a la intermediación profesional de un abogado en operaciones bancarias (STS 797/2006) y a la participación de operarios que realizaron trabajos de su oficio que sirvieron para acondicionar un vehículo empleado en el transporte e droga (STS 928/2006). En estos supuestos es necesario comprobar que la acción de colaboración tenga un sentido objetivamente delictivo y que ello sea conocido por el que realiza una acción que, en principio, es socialmente adecuada” (p. 28).

Para concluir; el COIP en el artículo 369 al tipificar la colaboración con la delincuencia organizada, establece una participación que no encuadra con las disposiciones de autoría y participación de la parte general del código; estos actos que, según el artículo 42 numeral 3 pueden ser calificados de coautoría; o también, desde lo que establece el artículo 43 del COIP actos de complicidad; no son congruentes con el tipo penal del artículo 369; en consecuencia, si la pena de la complicidad es más benigna se genera un problema en la que se debería aplicar el principio de favorabilidad; pero, ese tema rebasa el objeto del presente análisis.

## **6. METODOLOGÍA.**

La presente investigación surge en la reforma de 29 de marzo de 2023 al COIP, el legislador en esta reforma define la colaboración de la delincuencia organizada en el Art. 369 inciso último del COIP, en el sentido en que se encuentra redactada la definición de colaboración se puede entender que se criminaliza el ejercicio profesional de los abogados. El objetivo del presente trabajo es establecer los criterios desde el punto de vista de la imputación objetiva para delimitar la colaboración en la delincuencia organizada. Para efectos de la presente investigación descriptiva, se utilizará el enfoque cualitativo, que se basa en la descripción e interpretación de la información.

La metodología de la investigación será el método exegético con la finalidad de analizar el sentido más adecuado para entender la figura del colaborador en la delincuencia organizada y lograr establecer los parámetros adecuados respecto a la responsabilidad penal del abogado colaborador de la delincuencia organizada. También se utilizará el método analítico-sintético que en para Villabella Armengol (2015) consiste en: “Posibilita abordar lo desconocido a partir de lo conocido, concluir desde principios generales, consistentes y de gran fuerza lógica;” (p. 937).

Además, la presente investigación tiene una finalidad dogmática de revisión de los criterios de imputación objetiva dentro de nuestra aplicación del derecho penal en cuanto a la figura del colaborador; en consecuencia, se usará el método inductivo, según Cabello Terán, (2007), en cuanto a la aplicación del mismo señala que: “Estos razonamientos metódicos tienen aplicación relativa en el campo del derecho. El inductivo es aplicable a las investigaciones jurídicas, formalistas o dogmáticas (objeto-sujeto)” (p. 20).

En la investigación del presente artículo se realizará una investigación bibliográfica de la doctrina de manuales de Derecho penal; artículos científicos de revistas de derecho penal y repositorios respecto al tema de la delincuencia organizada y la colaboración como parte de la participación penal de los abogados conforme a la figura del colaborador del Art. 369 del COIP.

Se utilizará la técnica de la entrevista en base a conversaciones con jueces de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia; catedráticos de derecho penal y abogados en libre ejercicio expertos en el tema penal de la ciudad de Quito, con el fin de obtener información teórica respecto a los límites de colaboración de los abogados en la delincuencia organizada.

### **6.1. PREGUNTAS DIRIGAS A LOS ENTREVISTADOS EXPERTOS EN DERECHO PENAL:**

- 1. ¿A qué se dedica y por qué periodo de tiempo?**
- 2. ¿Cuánto tiempo se dedica al área penal?**
- 3. ¿Conoce usted que con la reforma al art. 369 del COIP de 12 de mayo de 2023 se establece la tipificación del colaborador con conocimiento jurídicos a la delincuencia organizada?**
- 4. ¿Considera que la reforma se criminaliza el ejercicio profesional del abogado y por qué?**

5. ¿Usted nos puede indicar en qué consisten los criterios de imputación objetiva como el riesgo permitido, principio de confianza y prohibición de regreso?
6. ¿De qué manera ha aplicado los criterios de imputación objetiva en su ejercicio profesional?
7. ¿Si se aplican los principios de imputación objetiva usted considera que se evitaría la criminalización del ejercicio profesional de los abogados a consecuencia de la reforma al Art. 369 del COIP?

## 7. PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Para una mejor comprensión de la reforma del artículo 369 del COIP, se realizó entrevistas a profesionales del derecho, entre estos, abogados en libre ejercicio, jueces de Corte Provincial y Nacional; y, fiscales, los criterios que dichos profesionales han vertido sobre el tema corresponden en un cien por ciento a personas vinculadas al Derecho penal y con trayectoria de diez años como mínimo en el área específica de conocimiento sobre el que se realiza la entrevista:

WILSON ALMEIDA SAMBONINO
1.- <b>¿A qué se dedica y por qué periodo de tiempo?</b> R. Empleado públicos por 15 años
2.- <b>¿Cuánto tiempo se dedica al área penal?</b> R. 15 AÑOS
3.- <b>¿Conoce usted que con la reforma al art. 369 del COIP de 12 de mayo de 2023 se establece la tipificación del colaborador con conocimiento jurídicos a la delincuencia organizada?</b> R. Si
4.- <b>¿Considera que la reforma se criminaliza el ejercicio profesional del abogado y por qué?</b> R. Resulta muy peligroso y fácil para un abogado verse vinculado en un proceso penal por cumplir con su ejercicio profesional ya que es difícil justificar, que haya ofrecido preste o facilite conocimientos jurídicos, queda a libertad de fiscal considerar que un abogado tiene participación indirecta por un delito de delincuencia organizada porque sus clientes sí se encuentran involucrados.
5.- <b>¿Usted nos puede indicar en qué consisten los criterios de imputación objetiva como el riesgo permitido, principio de confianza y prohibición de regreso?</b> R. Es una representación del derecho penal que sirve para establecer si el hecho es punible o no, y si ese hecho produce una acción no permitido entrando al riesgo permitido que a veces no resulta por el deber objetivo de cuidado; el principio de confianza, si bien es cierto delimita la responsabilidad penal de los delitos, la prohibición de regreso procede cuando no se puede responsabilizar un delito a una persona por una infracción que favoreció en este caso el abogado mediante un convenio de servicios profesionales.
6.- <b>¿De qué manera ha aplicado los criterios de imputación objetiva en su ejercicio profesional?</b> R. Si y no, porque lamentablemente estamos frete a una prensa mediática, que afecta en el cumplimiento de las obligaciones de los funcionarios; además existe intromisión de los superiores que buscan presionar por lo delicado del proceso; por este motivo en ciertos casos se aplica los principios de imputación objetiva y en otros casos no; no debería ocurrir esto, pero, lamentablemente es la realidad.

**7.- ¿Si se aplican los principios de imputación objetiva usted considera que se evitaría la criminalización del ejercicio profesional de los abogados a consecuencia de la reforma al Art. 369 del COIP?** R. Considero que es difícil, porque considero que lo más práctico es reformar el Art. 369 del Código Orgánico Integral Penal; se debería introducir criterios más específicos para valorar la conducta de los colaboradores a fin de que no exista discrecionalidad y consecuentemente injusticias.

**KATHY ADELA COQUE VELOZ**

**1.- ¿A qué se dedica y por qué periodo de tiempo?** R. abogada por 8 años, pero, once años en total ya que trabajé como servidora pública en materia penal antes de ser abogada.

**2.- ¿Cuánto tiempo se dedica al área penal?** R. 11 AÑOS

**3.- ¿Conoce usted que con la reforma al art. 369 del COIP de 12 de mayo de 2023 se establece la tipificación del colaborador con conocimiento jurídicos a la delincuencia organizada?** R. Si

**4.- ¿Considera que la reforma se criminaliza el ejercicio profesional del abogado y por qué?**

R. Si porque esta reforma permite que se procese a los abogados en calidad de colaboradores y hasta formular cargos en delincuencia organizada, el solo hecho de considerar cualquier circunstancia como colaboración es peligroso y hasta que se investigue y luego se abra la instrucción fiscal y se realicen más investigaciones los abogados pueden soportar la carga de una investigación y un proceso, cosa que si no se realiza con absoluta objetividad puede ser ilegal, pero, hasta aclarar la situación un abogado puede estar investigado, formulado cargos e incluso con prisión preventiva. Por esto considero que con la reforma se criminaliza a los abogados sobre todo a los que se dedican a materia penal.

**5.- ¿Usted nos puede indicar en qué consisten los criterios de imputación objetiva como el riesgo permitido, principio de confianza y prohibición de regreso?** R.- Son teorías que permiten calificar las conductas y establecer la imputación penal de dichas conductas; entiendo que todos estos criterios ayudan a establecer los riesgos que deben ser considerados delitos; de los tres que se me pregunta con mayor exactitud el principio de confianza es aquel en el que una persona confía en que otra persona respete la ley, caso contrario, se entiende que el irrespeto a la ley genera que dicha conducta es imputable objetivamente como delito; la prohibición de regreso impide que un hecho alejado en el tiempo o lugar le sea imputado a otro; es decir, son criterios para limitar hechos no relevantes para el ámbito penal.

**6.- ¿De qué manera ha aplicado los criterios de imputación objetiva en su ejercicio profesional?** R. Si, pero, en muchos de los casos dichos criterios se toman solo como teorías que en la práctica no las consideran muchos de los funcionarios; no todos los funcionarios dejan de lado estos criterios, pero, son pocos los que aplican y realmente lo hacen en casos donde se debe aplicar

**7.- ¿Si se aplican los principios de imputación objetiva usted considera que se evitaría la criminalización del ejercicio profesional de los abogados a consecuencia de la reforma al Art. 369 del COIP?** R. considero que aplicar estos criterios sería lo adecuado a fin de evitar la criminalización del ámbito del colaborador establecida en el Art. 369 del COIP; por ejemplo, con el principio de prohibición de regreso se evitaría imputar aportes anteriores al hecho y que no tienen relevancia respecto a la colaboración de la que habla el Art. 369 del COIP

PAÚL OCAÑA MERINO

**1.- ¿A qué se dedica y por qué periodo de tiempo?** R. Abogado por 20 años; actualmente soy presidente del Colegio de Abogados de Pichincha y docente en la Universidad Metropolitana sede Quito

**2.- ¿Cuánto tiempo se dedica al área penal?** R. 20 AÑOS

**3.- ¿Conoce usted que con la reforma al art. 369 del COIP de 12 de mayo de 2023 se establece la tipificación del colaborador con conocimiento jurídicos a la delincuencia organizada?** R. Si

**4.- ¿Considera que la reforma se criminaliza el ejercicio profesional del abogado y por qué?** R. Si, considero que se limita el ejercicio de la abogacía, por un lado en cuanto al rol social del abogado al limitarse la libertad de ejercer la defensa; por otro lado, se puede presionar a los abogados con procesos de investigación o procesos judiciales a fin de que revelen los secretos de sus clientes. Por este motivo como presidente del Colegio de Abogados he interpuesto una acción de inconstitucionalidad de la reforma y analizo en dicha acción constitucional estos inconvenientes. Considero que no solo se limita el ejercicio profesional antes de una investigación o un proceso penal; la limitación del ejercicio profesional se produce con el solo hecho de la vigencia de la reforma, un abogado desde la reforma puede ver limitado su actuación y campo de acción cuando un cliente le consulte por miedo a que lo procesen; por estos motivos considero que se criminaliza el ejercicio profesional del abogado con la reforma del artículo 369 del COIP

**5.- ¿Usted nos puede indicar en qué consisten los criterios de imputación objetiva como el riesgo permitido, principio de confianza y prohibición de regreso?** R.- conozco dichas teorías y entiendo que son diques que impiden que cualquier cosa sea considerada típica; es decir, es un sistema de filtros especializados para verificar la conducta típica. El riesgo permitido es el que la sociedad tolera por el beneficio que produce en base a normas o reglas propias del tráfico o sector específico; por principio de confianza se debe entender que las personas que intervienen en el tráfico social o en determinadas actividades deben confiar en el desempeño adecuado de los otros participantes de la actividad, esto se produce en el caso de los médicos en las operaciones que confían en la labor de los tecnólogos al establecer los resultados de análisis que posibilitan o no una intervención quirúrgica, es decir, los médicos confían que los exámenes se realicen bien; por prohibición de regreso entiendo que limita la participación criminal en el delito, es un criterio de imputación que permite distinguir aportes de participación (complicidad) de los de coautoría o aportes impunes.

**6.- ¿De qué manera ha aplicado los criterios de imputación objetiva en su ejercicio profesional?** R. Si; en muchos de los casos que he defendido he aplicado la doctrina de la imputación objetiva; por ejemplo, en delitos de peculado el principio de confianza ya que los miembros de comisiones de apoyo o personas con nivel jerárquico inferior en procesos de contratación pública no son los que deciden la contratación como tal, ellos solo dan un criterio que debe ser valorada por la autoridad contratante y en este caso la máxima autoridad no puede dejar de revisar el criterio a fin de verificar que se cumplan los pliegos de licitaciones y en este caso el superior no puede decir que contrató porque una subcomisión de apoyo le dijo que estaba bien que contrate cuando no se cumplen con los pliegos. En consecuencia, si he aplicado los criterios de imputación objetiva dentro de mi ejercicio profesional

**7.- ¿Si se aplican los principios de imputación objetiva usted considera que se evitaría la criminalización del ejercicio profesional de los abogados a consecuencia de la reforma al Art. 369 del COIP?** R. Soy del criterio que debe declararse inconstitucional la reforma del Art. 369 del COIP, este es el criterio que hemos establecido en la acción de inconstitucionalidad. Si bien, puede darse el caso de que se limite la aplicación de la figura de colaboración, dejar en manos de cada juez el análisis de cada caso en base a criterios de imputación, es dejar a la subjetiva apreciación del juez o fiscal el manejo del caso. Por este motivo considero que lo más adecuado sería derogar dicho inciso.

**GINA MORA**

**1.- ¿A qué se dedica y por qué periodo de tiempo?** R. Soy abogada, he sido fiscal y actualmente estoy como jueza de lo penal en la Corte Provincial de Manabí

**2.- ¿Cuánto tiempo se dedica al área penal?** R. aproximadamente 20 años

**3.- ¿Conoce usted que con la reforma al art. 369 del COIP de 12 de mayo de 2023 se establece la tipificación del colaborador con conocimiento jurídicos a la delincuencia organizada?** R. Si

**4.- ¿Considera que la reforma se criminaliza el ejercicio profesional del abogado y por qué?** R. Considero que es una reforma necesaria para combatir la delincuencia organizada; no afecta la actividad de los profesionales honestos que no se apartan del papel de abogado; lo que parece que afecta es a un grupo de abogados que solo tienen ambición por sobre el respeto al derecho y ética de los profesionales, que aclaro, no son todos los abogados es un reducido número de profesionales que incluso tienen cobertura en medios de comunicación. Por lo tanto, considero que el abogado que hace su papel de abogado no es afectado por esta reforma; solo se aplicaría en casos en los que el abogado sea parte de una trama de lavado de activos, por ejemplo, para que se considere colaborador; al contrario, es una reforma necesaria en los tiempos actuales.

**5.- ¿Usted nos puede indicar en qué consisten los criterios de imputación objetiva como el riesgo permitido, principio de confianza y prohibición de regreso?** R.- Sí, son criterios con los que se establece que un hecho le pertenece a un sujeto para que se considere tipificada una conducta. Todos estos criterios hacen que se delimite de forma más concreta una conducta como típica objetivamente adecuada a un resultado. Cada uno de los criterios que menciona en la pregunta ayudan a la hora de calificar la conducta como penal o no; entiendo que todo en base a la imputación objetiva es por los riesgos y cada uno de los criterios lo que hace es limitar la conducta como conducta adecuada al tipo objetivo y al funcionalismo como criterio de coautoría.

**6.- ¿De qué manera ha aplicado los criterios de imputación objetiva en su ejercicio profesional?** R. Si, en este momento no recuerdo casos específicos, además, prefiero no mencionar casos específicos; pero, sí he aplicado dichos criterios en tráfico de drogas de personas que se ven involucradas solo por hacer una carrera o por llevar encomiendas.

**7.- ¿Si se aplican los principios de imputación objetiva usted considera que se evitaría la criminalización del ejercicio profesional de los abogados a consecuencia de la reforma al Art. 369 del COIP?** R. Creo que no por la falta de conocimiento de muchos de nosotros como abogados u operadores de justicia, por eso, creo que no ayudarían dichos criterios, no porque no sean adecuados para resolver los casos, sino, por no estar arraigados en nuestro sistema jurídico

**FELIPE ESTEBAN CÓRDOVA OCHOA**

**1.- ¿A qué se dedica y por qué periodo de tiempo?** R. abogado por 18 años, Juez de la Corte Nacional de Justicia.

**2.- ¿Cuánto tiempo se dedica al área penal? R. 18 AÑOS**

**3.- ¿Conoce usted que con la reforma al art. 369 del COIP de 12 de mayo de 2023 se establece la tipificación del colaborador con conocimiento jurídicos a la delincuencia organizada? R. Sí**

**4.- ¿Considera que la reforma se criminaliza el ejercicio profesional del abogado y por qué? R. En cierta forma si damos una lectura precipitada y de igual forma si interpretamos la reforma de manera apresurada, podríamos pensar prima facie que se criminalizó el ejercicio de la abogacía y con dedicatoria a los abogados y contadores. Pero, si se hace un análisis ya especializado del tipo penal del artículo 369 del COIP, especialmente el inciso final, podemos ver que no es una criminalización del ejercicio de la abogacía, la reforma se debe entender desde el criterio de finalidad; lo que se busca es que las personas no tengan la finalidad de colaborar al crimen organizado. En consecuencia no se criminaliza el ejercicio profesional**

**5.- ¿Usted nos puede indicar en qué consisten los criterios de imputación objetiva como el riesgo permitido, principio de confianza y prohibición de regreso? R.- Sí son teorías que en la actualidad están a la vanguardia del análisis de la conducta típica, son dos los autores relevantes en esta materia, Roxin que entiende que debe existir un riesgo jurídicamente relevante que se verifique en el resultado y la postura de Jakobs que se basa en los criterios que se preguntan, esto es, el riesgo permitido, principio de confianza y prohibición de regreso. Estos últimos criterios según la teoría de Jakobs se pueden aplicar en los delitos de omisión, en la autoría y participación y en la calificación de la conducta típica. En general riesgo permitido es el que cumple con estándares sociales; principio de confianza se basa en roles de los ciudadanos según el contexto en el que se desempeñan, en este sentido, si yo cumpla mi rol espero que los demás partícipes de los roles cumplan su parte que les corresponde y prohibición de regreso o bien es un límite a la causalidad o es un criterio para delimitar participación delictiva.**

**6.- ¿De qué manera ha aplicado los criterios de imputación objetiva en su ejercicio profesional? R. Si, en los casos que por el desempeño del cargo de juez me ha tocado aplicar, claro que siempre en base a elementos probatorios que lo permitan.**

**7.- ¿Si se aplican los principios de imputación objetiva usted considera que se evitaría la criminalización del ejercicio profesional de los abogados a consecuencia de la reforma al Art. 369 del COIP? R. Pueden ayudar, pero, en el mismo tipo penal existe el límite o criterio a considerar para la colaboración que es el de la finalidad, o sea, una colaboración que se realice para la finalidad de actividades delictivas de la delincuencia organizada; sin embargo, los criterios de imputación objetiva ayudarían también, pero, el principal criterio es el de la finalidad que se deduce de los hechos probados que deben ser valorados. Otro de los problemas para la aplicación de dichos criterios es el poco análisis de dichos criterios, la formación de algunos profesionales con las falencias del sistema educativo provoca que en muchos de los casos no se argumente con bases sólidas por parte de los defensores estas figuras y por lo tanto limita la labor como juzgadores imparciales para analizar estos problemas jurídicos. Además, dichos criterios no están regulados como sí lo está el criterio de finalidad de colaboración.**

## **7.1. ANÁLISIS DE LOS DATOS CONSULTADOS A LOS EXPERTOS.**

Podemos observar que en las entrevistas existen diversas posturas, algunos de los entrevistados entienden que existe un límite al ejercicio profesional o una criminalización; en este sentido dos de los cinco encuestados coinciden con este criterio; es decir, el cuarenta por ciento del grupo encuestado opina que no se criminalizó el ejercicio profesional de los abogados; en consecuencia el sesenta por ciento restantes consideran que se criminaliza la abogacía con la reforma del artículo 369 del COIP.

Otro parámetro para medir es el del conocimiento de los criterios de imputación objetiva; respecto de esto, el cien por ciento de los entrevistados tiene conocimiento, sabe el significado de los criterios de imputación objetiva y los aplica en cada uno de sus ámbitos de ejercicio profesional.

Respecto al parámetro de la limitación de las conductas de colaboración a la delincuencia organizada, existen diferencias de apreciación; al respecto, dos de los cinco entrevistados opinan que se debe reformar o derogar, esto es el cuarenta por ciento de los entrevistados opinan que se derogue; el resto, sesenta por ciento opinan que con los criterios de imputación objetiva se puede sostener la vigencia y aplicación correcta de la figura del colaborador en la delincuencia organizada.

Se puede observar que es importante señalar que la muestra para el presente análisis es baja; pero, esto se debe, en parte, a la poca colaboración de la población que está en el área de conocimiento que puede aportar con criterios en el área; los problemas se presentan por el escaso tiempo para la entrevista, la afectación que se puede originar al emitir el criterio en razón del cargo que ocupan, la no aplicación hasta el momento de la reforma.

Un dato relevante del grupo de entrevistados es que el cien por ciento tienen una experiencia que supera los diez años de ejercicio profesional en el área del derecho penal; en este sentido, el cien por ciento de ellos, conoce la materia penal y tienen criterios sólidos respecto de la teoría de la imputación objetiva y los criterios que fundamentan la teoría.

## **8. CONCLUSIONES**

En la investigación se analizó la responsabilidad del abogado en el tipo penal de colaboración en la delincuencia organizada que se tipifica en el inciso segundo y último artículo 369 del COIP y se establece que los abogados por su profesión pueden incurrir en actos que se adecúan a la conducta de colaboración con la delincuencia organizada y dichos actos generan responsabilidad en los ámbitos civil, administrativo y penal.

Del análisis de la responsabilidad en el ámbito civil del abogado producto de un negligente ejercicio de la profesión la consecuencia es la reparación de daños y perjuicios que se establece en el Código Civil; pero, dentro del presente análisis no se encontró referente o caso alguno en el que por la colaboración en el tipo penal de delincuencia organizada se haya aplicado dicha responsabilidad; además, el análisis de la responsabilidad civil en los contextos de delincuencia organizada ameritan una línea de investigación propia que desvorda el objetivo y alcance de la presente investigación.

También, se analizó que, la responsabilidad del abogado en calidad de colaborador en la delincuencia organizada conforme al artículo 369 del COIP conlleva responsabilidad administrativa del abogado en el Ecuador, este tipo de responsabilidad se sanciona de conformidad con las reglas que contempla el COFJ en el artículo 335 al 338; este cuerpo normativo establece los casos en los que la conducta del abogado es susceptible de ser sancionada y que, las sanciones en el ámbito administrativo son de multa y suspensión del ejercicio de la profesión por seis meses y en casos de sanción penal en el ámbito administrativo será suspendido del ejercicio profesional por el mismo periodo de tiempo de la condena por lo dispuesto en el numeral primero del artículo 337 del COFJ.

En la investigación; además, se estableció que el abogado con su conducta puede cometer delitos como el de colaborar con la delincuencia organizada que acarrea la sanción de privación de libertad; de conformidad con el inciso segundo y último del artículo 369 del COIP la sanción privativa de libertad al abogado que colabora con la delincuencia organizada es de cinco a siete años, si los delitos en los que brinda colaboración son como el tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, terrorismo, actividad ilícita de recursos mineros, sicariato, 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; de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 369 del COIP la sanción es de siete a diez años de pena privativa de libertad.

Se estableció que el bien jurídico que se protege al tipificar la conducta de delincuencia organizada y la participación es debatible; son dos las teorías relevantes; por un lado, la teoría del adelantamiento que trata al bien jurídico en este tipo de delitos como un delito de recogida que se consume en base a la realización de otros delitos; es decir, no se trata de una conducta independiente de organización jerárquica que sea permanente o temporal; en consecuencia, este punto de vista del bien jurídico no se adecúa a la realidad legislativa del Ecuador ni a la doctrina mayoritaria, se impide la aplicación del concurso de delitos y en caso de sancionarse la conducta de delincuencia organizada ya no podría sancionarse la conducta concreta de asesinato o lavado de activos y viceversa, lo cual generaría impunidad y un mensaje normativo desalentador.

Por otro lado; se estableció que, la teoría del bien jurídico del injusto propio adecúa los conceptos de orden público, seguridad ciudadana o paz pública; cada uno de dichos conceptos son los que más reciben aceptación tanto en las legislaciones como en la jurisprudencia; además, permiten establecer el tipo penal de delincuencia organizada como un tipo penal autónomo y evitar a través de la aplicación de la regla de concursos que se evite la impunidad de los delitos concretos que sirven para establecer la conducta de la organización criminal.

En el estudio se analizó que el tipo penal de delincuencia organizada establece dos niveles; por un lado el nivel primario que se basa en los elementos que describen la conducta de los autores; y, por otro lado, el nivel secundario que describe la conducta de los partícipes; en consecuencia, las expresiones de mandar, dirigir, planificar son las que establecen la calidad de autores del delito de delincuencia organizada; y, las expresiones como colaborar, cooperar son expresiones que denotan la participación o complicidad que se encuentra ya establecida en el tipo penal de delincuencia organizada del artículo 369 del COIP.

Se puede establecer que los criterios para delimitar la conducta de cooperación con la delincuencia organizada son criterios de imputación objetiva como los de riesgo, principio de confianza, prohibición de regreso o conductas neutrales; debido a que, estos criterios tienden a determinar de forma objetiva si el aporte o colaboración es penalmente relevante; existen otros criterios, por ejemplo los criterios causalistas y subjetivistas; pero no son adecuados para descartar colaboraciones atípicas y se corre el riesgo de criminalizar conductas inofensivas.

Se comprobó que los criterios de imputación objetiva son criterios doctrinarios producto de los casos concretos que resuelven los tribunales; en consecuencia, no necesitan estar escritos en un artículo del código o ley alguna; limitar su aplicación a una expresa disposición legal es ir en contra de los principios que se plasmaron en la exposición de motivos que dio vida al COIP como el de actualización doctrinaria de la legislación penal que, recomienda a los jueces no estar sometidos a una concepción legalista del Derecho penal.

También se establece que existen otras líneas de investigación; por ejemplo, la determinación de si el acto de colaboración del artículo 369 del COIP en realidad es un acto de complicidad; en caso de ser así; se debería analizar si por principio de favorabilidad la norma a aplicar es la complicidad que tiene pena más baja en comparación con la colaboración del artículo 369.

## 9. BIBLIOGRAFÍA.

- Alli Turrillas, I. (2016). *Prevención de la delincuencia grave y organizada en la Unión Europea. De la cooperación a la integración*. Dykinson.
- Andino López, J. A. (2014). *El secreto profesional del abogado en el proceso civil*. Bosch Editor.  
<https://www.researchgate.net/publication/337270231>
- Constitución de la República del Ecuador., Pub. L. No. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008 (2008).  
[https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador\\_act\\_ene-2021.pdf](https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador_act_ene-2021.pdf)
- Código Orgánico de la Función Judicial., Pub. L. No. Registro Oficial Suplemento 544 de 09-mar.2009 (2009).  
[https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/normativa/codigo\\_organico\\_fj.pdf](https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/normativa/codigo_organico_fj.pdf)
- Berruezo, R. (2015). El delito de lavado y los honorarios profesionales. *Misión Jurídica*, 125–141.
- Cabello Terán, J. É. (2007). *Manual de metodología para la investigación sociojurídica*. Universidad Central de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- SENTENCIA N. 001-18-PJO-CC, (2018).
- Sentencia 2195-19-EP/21, Juez ponente: Alí Lozada Prado, (2021).  
<https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencia-2195-19-ep-21/>
- Sentencia No. 1372-17-EP/22. Juez ponente: Enrique Herrería Bonnet, (2022).  
<http://bivice.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/BJMCCE/202207/2022-jul.pdf>
- Fernández Bermejo, D. (2017). El abogado ante el blanqueo de capitales y el secreto profesional. *Revista Aranzadi Doctrinal*.
- Fiscalía General del Estado. (2019). *Fiscalía informa*. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/<https://www.fiscalia.gob.ec/FiscaliaInforma/fiscalia-informa-boletin345.pdf>
- Goldfarb, M. (2021). Responsabilidad profesional del abogado en la República Argentina. *Revista Jurídica de La Universidad Americana*, 9, 113–120.  
<http://dx.doi.org/10.30545/juridica.2021.jul-dic.5>
- Günter, J. (1997). *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. Ad-Hoc.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. (2a edición). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A.
- Jara Bocanegra Márquez. (2020). *Los delitos de organización y grupo criminal. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Editores. Siglo del Hombre.
- López Díaz, C. (1996). *Introducción a la imputación objetiva*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho.
- López Muñoz, J. (2015). *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*. Dykinson.
- López Muñoz, Julián. (2019). *Criminalidad organizada y terrorismo. Formas criminales paradigmáticas*. Dykinson S.L.
- Mir Puig, S. (2016). *DERECHO PENAL PARTE GENERAL*. (10a edición). Editorial Reppertor.
- Miranda, B. (2018). *La inédita “legalización” de las pandillas que logró reducir los asesinatos en Ecuador (y lo que pueden aprender de esto en Centroamérica y México)*.  
<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-46121247>

- Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional., Pub. L. No. Registro Oficial Suplemento 153 de 25-nov.2005 (2000). <https://www.uafe.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2020/04/A2-CONVENCION-CONTRA-LA-DELINCUENCIA-ORGANIZADA-TRANSNACIONAL.pdf>
- Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción., Pub. L. No. Registro Oficial Suplemento 166 de 15-dic.2005 (2003). <https://www.uafe.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2020/04/A2-CONVENCION-DE-LAS-NACIONES-UNIDAS-CONTRA-LA-CORRUPCION.pdf>
- Ossorio, Á. (2005). *El alma de la toga* (Primera). Editorial Porrúa.
- Puppe, I. (2021). El sistema de imputación objetiva. *Indret: Revista Para El Análisis Del Derecho*.
- Rivera Rohn, R., & Bravo Grijalva, C. (2020). Crimen organizado y cadenas de valor: el ascenso estratégico del Ecuador en la economía del narcotráfico. *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad, No. 28*, 8–29.
- Robles Planas, R. (2015). *Conductas neutrales*.
- Roxin, Claus. (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito* (Segunda). Civitas, S.A.
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2008). Blanqueo de capitales y abogacía. Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva. *Indret: Revista Para El Análisis Del Derecho*, 1–43.
- Sánchez García de Paz, M. I. (2001). Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado. In L. A. Arroyo Zapatero & I. B. Gómez de la Torre (Eds.), *Homenaje al Dr. Mariano Barbero Santos* (pp. 645–682). Universidad Castilla de la Mancha.
- Tapia, E. (2022). *El SRI solo ha identificado a 51 empresas fantasma entre 2020 y 2022*. <https://www.primicias.ec/noticias/economia/sri-catastro-empresas-fantasma-ecuador/>
- Torres, A. (2021). *Dos grandes carteles mexicanos de la droga se meten de lleno en Ecuador*. Primicias El Periodismo Comprometido. <https://www.primicias.ec/noticias/sociedad/grandes-carteles-droga-entran-ecuador-violencia-carceles/>
- Villabella Armengol, C. M. (2015). Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones. *Instituto de Investigaciones Jurídicas de La UNAM*, 921–953.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal parte general*. Depalma.