



Bien jurídico protegido en el delito de asociación ilícita

Legal asset protected in the crime of illicit association

Bem jurídico protegido no crime de associação ilícita

José Ramiro Merino Peñarreta ^I

charapano70@hotmail.es

<https://orcid.org/0009-0001-2343-7286>

Correspondencia: charapano70@hotmail.es

Ciencias Sociales y Políticas

Artículo de Investigación

* **Recibido:** 30 de octubre de 2023 * **Aceptado:** 30 de noviembre de 2023 * **Publicado:** 28 de diciembre de 2023

- I. Abogado de los Juzgados y Tribunales de la Republica del Ecuador, titulado por la Universidad de Guayaquil, Maestrante en Derecho Penal; Con 9 años de experiencia Profesional en temas de Familia Mujer Niñez y Adolescencia, Penales, Civiles, Derecho Societario, Secretario Jurídico del Sindicato Único de Trabajadores de la de la Universidad Guayaquil, Ecuador.

Resumen

El presente estudio tiene por objeto realizar un análisis del delito de asociación ilícita, partiendo de antecedentes y diversas manifestaciones en las legislaciones de una cultura jurídica similar a la cultura jurídica occidental. El delito de asociación ilícita se encuentra tipificado y sancionado en el artículo 370 del COIP. Se analiza el objetivo general y los específicos; con respecto del dolo en el tipo penal y considerando que la normativa legal de nuestro país castiga a los integrantes de una asociación ilícita por el solo hecho de la asociación, pero la situación se vuelve compleja al momento de probar su existencia cuando no se ha cometido ningún delito y el daño a bienes jurídicos específicos. Adicionalmente, se verifica la tipificación, lo que implica la aplicación de un derecho penal de autor en detrimento del derecho penal de acto. Para finalizar se plantea conclusiones y recomendaciones sobre este tipo de delito.

Palabras Clave: delito; asociación ilícita; código penal.

Abstract

The purpose of this study is to carry out an analysis of the crime of illicit association, based on antecedents and various manifestations in the legislation of a legal culture similar to Western legal culture. The crime of illicit association is classified and punished in article 370 of the COIP. The general and specific objectives are analyzed; with respect to criminal intent and considering that the legal regulations of our country punish the members of an illicit association for the mere fact of the association, but the situation becomes complex when proving its existence when no crime has been committed. no crime and damage to specific legal assets. Additionally, the classification is verified, which implies the application of criminal law of author to the detriment of criminal law of act. Finally, conclusions and recommendations are presented on this type of crime.

Keywords: crime; illicit association; penal Code.

Resumo

O objetivo deste estudo é realizar uma análise do crime de associação ilícita, com base em antecedentes e manifestações diversas na legislação de uma cultura jurídica semelhante à cultura jurídica ocidental. O crime de associação ilícita está classificado e punido no artigo 370.º da COIP. São analisados os objetivos gerais e específicos; no que diz respeito à intenção criminosa e considerando que as normas legais do nosso país punem os membros de uma associação ilícita pelo

simples facto da associação, mas a situação torna-se complexa ao provar a sua existência quando nenhum crime foi cometido. bens jurídicos específicos. Adicionalmente, verifica-se a tipificação, o que implica a aplicação do direito penal do autor em detrimento do direito penal do ato. Por fim, são apresentadas conclusões e recomendações sobre este tipo de crime.

Palavras-chave: crime; associação ilícita; Código Penal.

Introducción

El presente estudio de investigación tiene por objeto realizar un análisis del delito de asociación ilícita, partiendo de sus antecedentes y sus diversas manifestaciones en las legislaciones de una cultura jurídica similar a la cultura jurídica occidental. El delito de asociación ilícita se encuentra tipificado y sancionado en el artículo 370 del Código Orgánico Integral Penal, en su tipicidad objetiva encontramos los siguientes elementos: la acción de formar parte de una asociación criminal; un número mínimo de participantes, y, un fin delictivo, en tanto que en la tipicidad subjetiva este tipo penal es imputable a título de dolo directo. La doctrina mayoritariamente se ha inclinado por considerar que el fin del Derecho penal, es la protección de bienes jurídicos y que preciso aquello contribuye a la clasificación de los delitos, en delitos de resultado y de peligro; y, dentro de estos últimos encontramos a los delitos de peligro concreto y abstracto. Esta investigación ha sido desarrollada con el objeto de determinar y analizar el bien jurídico protegido por el delito de Asociación Ilícita, tipificado en el art. 370 del Código Orgánico Integral Penal, una tipología de las considerados de peligro abstracto y que ha sido estudiado por la doctrina de una manera muy minuciosa y que, al tratarse de un delito de peligro abstracto, el bien jurídico protegido no estaría bien identificado. La doctrina a concluido que el bien jurídico protegido por el delito de Asociación Ilícita es el Orden Público, un bien jurídico de carácter colectivo. Durante este estudio, analizaremos sus elementos objetivos y subjetivos, su constitucionalización; analizaremos también si su tipificación constituye una expansión del derecho penal, analizaremos porque tipificar este delito implica la aplicación de un derecho penal de autor en detrimento del derecho penal de acto que es lo adecuado en un Estado de Derecho.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

No es posible iniciar la presente investigación sin referirse al trayecto que tiene ilícito objeto de estudio desde sus albores hasta el instante propio de su culminación y la consumación del ilícito, y, en el caso de la asociación ilícita se trata de una mancomunidad de personas organizada que

persigue, en general, cometer delitos para obtener determinados beneficios, requiriéndose necesariamente un acuerdo de voluntades para su constitución, sancionándose, como dispone el artículo 370 del Código Orgánico Integral Penal, a cada una de ellas por el solo hecho de la asociación, "...con pena privativa de libertad de tres a cinco años...".

Expresamente se encuentra contemplado en nuestro Código Orgánico Integral Penal donde podemos apreciar detalladamente que, se sanciona a los integrantes de una asociación ilícita por el solo hecho de la asociación, necesario es aclarar qué se entiende por itercrimins y de qué manera éste configura el tipo penal. La proliferación de ciertos comportamientos delictivos en nuestros días y la gravedad de las sanciones utilizadas determinan la urgencia de tratar nuevamente, y con prontitud este tema, partiendo de la premisa sobre las equivocaciones que existen en la tipificación de este delito determinado en nuestro Código Integral Penal y donde realizare un análisis además sobre cuál es el impacto en la sociedad cuando se incurre en este ilícito y de la misma manera como se interpretaría el principio de lesividad cuando opera este tipo penal dentro de la legislación de nuestro país.

La criminóloga española Dra. Paz Velasco de la Fuente, en su artículo El itercrimins o fases de realización del delito desde un punto de vista penal, define al itercrimins como:

El conjunto de actos sucesivos que sigue el delito en su realización. En muchos casos el delito no aparece de pronto, sino que sigue un proceso que los clásicos denominaban "iter crimins" o "camino del delito". Antes de producirse el resultado, partimos de la simple idea de cometer un delito, idea que surge en la mente del delincuente o agresor, y que termina con la consumación de ese ilícito penal. Todos los actos que van desde la ideación del delito, hasta su consumación es el "iter crimins". (Paz Velasco de la Fuente, 2015)

Esto me ha permitido profundizar de alguna manera en ciertos aspectos de suma importancia sobre este planteamiento en nuestra normativa, pues en su redacción el tipo penal se establece de una forma incompleta según mi consideración lo cual se podrá apreciar posteriormente en las líneas investigativas del presente trabajo. Denominado también como delitos de peligro abstracto, el cual tiene como característica principal según la doctrina analizada, la presunción del dolo, esto es el designio propio de ocasionar un daño a un bien jurídico, por lo que consideraríamos como una premisa inamovible en este tipo penal y, que, se repite de manera persistente y consecutivamente como característica del delito puesto en análisis.

La definición anterior, en concordancia con la tipificación de la asociación ilícita, lleva a determinar en cuál de las etapas del camino del delito éste se configuraría, debido a que lo que da nacimiento al delito es organizarse de manera clandestina y planificada para el cometer delitos, destacando que, respecto a la fase interna, el penalista español Dr. Luis Jiménez de Asúa, en el Tomo VII de su obra Derecho Penal, invoca la Real Orden de 23/04/1906, explicitaría de la Ley de Jurisdicciones, que dispuso "... No hay delito más que en el hecho, y en el hecho definido, claro y terminante y es preciso alejar toda idea de persecución a la tendencia, de castigo a la doctrina y delincuencia por el pensamiento..." (Jiménez de Asúa, 1985).

Y es preciso mencionar que se ponen de manifiesto varios aspectos de elaboración, planificación, análisis, en suma, de cuentas todo un engranaje o proyecto que son actos que anteceden al cometimiento del delito que aun esta por cometerse y por eso toman el nombre de delitos de peligro. El análisis del presente tema se concentrará a los estipulado en el artículo 370 del Código Integral Penal de nuestra legislación; si la participación o inclusión en una asociación ilícita por la mera circunstancia de formar parte activa a esta, con el pleno conocimiento y el ánimo de permanecer en esta, para mencionarlo en otros términos como los establece tácitamente en la normativa legal penal, es decir; por el hecho de la mera asociación podría configures y ser catalogada contraria a derecho y constituyente de un tipo penal. Por lo que es prudente aclarar enfáticamente que no es necesario que la asociación en termino generales haya o no alcanzado a cometer cualquier tipo pena, o conducta contraria a derecho, puesto que en este caso la normativa establecida no requiere el cumplimiento o no de otro ilícito posterior a su preparación, y observamos la autonomía que adquiere el tema analizado para su perfeccionamiento como asociación ilícita para que formada como tal tenga por objeto la comisión de delitos. Sino más bien es la conducta de pretender el cumplimiento de tal objetivo.

En consecuencia, podemos analizar que en algunas circunstancias las asociaciones ilícitas, en su fase interna no se sanciona, como ocurre generalmente con el iter criminis de las mismas, aunque éste es diverso a otros delitos, de acuerdo a lo que señala la penalista chilena Dra. Tania Gajardo, en su artículo Elementos del tipo penal de asociación ilícita del artículo 292 del Código Penal. Propuesta, análisis doctrinal y jurisprudencial, cuando menciona claramente:

El dolo exigible en la asociación ilícita es el mismo que para la comisión de cualquier delito, el que se satisface con la sola voluntad del sujeto de pertenecer a la sociedad, esto es conocimiento y

voluntad de que ingresa a una asociación cuyo fin es la comisión de delitos y en la cual él aportará algo para lograr con la finalidad común. (Tania Gajardo Orellana, 2010)

Respecto del dolo en el tipo penal y considerando que la normativa legal de nuestro país castiga a los integrantes de una asociación ilícita por el solo hecho de la asociación, contribuirá a decir que, esta disposición presenta un inconveniente porque la mayor dificultad de la asociación ilícita, consiste en probar su existencia cuando no se ha cometido ningún delito y el daño a bienes jurídicos específicos puede ser complejo, puesto que el integrante de la sociedad por así decirlo ya tiene un designio y, este es el del cometimiento de un ilícito, lesionar un bien jurídico, por lo que la normativa anteponiéndose a este hecho presente al tipo penal de asociación ilícita como una garantía jurídico penal que procura salvaguardar los bienes jurídicos que pueden verse afectados en caso que lo planificado por el grupo sea llevado a cabo o concretado.

De esta manera podemos mencionar acertadamente que el bien jurídico protegido por la normativa jurídico penal en este caso concreto, es la seguridad o tranquilidad pública de la sociedad y sus miembros, y al ser considerado como un término amplio de gran magnitud es difícil de aplicarlo a un caso concreto por cuanto la tranquilidad social es de gran magnitud, en cuanto al legislador considero que debe actuar de manera eficaz y asertiva al momento de sancionar este tipo penal tomando en consideración varios aspectos como son los verbos rectores del delito en estudio, de la misma manera los tentativos daños o lesiones que se pudiesen causar en el caso de la consumación de cualquier delito previo a la asociación ilícita concertada por el grupo. Empero varios tratadistas tienen ciertas dudas sobre la autonomía de este tipo penal indicando según su criterio se estaría frente a actos preparatorios netamente.

El delito de asociación ilegal presenta interesantes problemas dogmáticos, derivados de su particular naturaleza: estamos ante un claro delito de preparación, ante una elevación a la categoría de delito de, a lo sumo, meros actos preparatorios de futuros e incluso indefinidos delitos (García - Pablos de Molina, 1978).

La Doctrina establece varias directrices y además ciertas delimitaciones entre los delitos de daño o lesión y los delitos de peligro tomando en consideración que en estos últimos se manifiesta la preparación anticipada anterior a la consumación de cualquier delito que se planifique por parte de los autores de los ilícitos penales. Por lo que caben y podríamos mencionar ciertas reflexiones que, tienen poseen vital relevancia sobre el análisis jurídico de este ilícito. Como es de conocimiento existen en la historia de nuestra sociedad, situaciones y circunstancias en las que varios grupos de

han sido partícipes dentro del poder público o político y que han actuado de manera ilícita, encajándose ciertamente en los parámetros que identifican al delito de asociación ilícita por reunir los requisitos establecidos en la legislación penal vigente de nuestro país.

De esta manera expreso que en qué términos podríamos delimitar el desmedro o el derecho mermado que sufrió según el principio de lesividad en estas circunstancias que atañen a la sociedad civil, y cuáles son los derechos vulnerados con certeza con la participación en los delitos llamados de peligro donde se manifiesta un posible daño que pueda causarse a algún derecho. Así como el análisis del principio de lesividad y el daño que se pone de manifiesta cuando se perpetra el delito de asociación ilícita.

PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN

¿El delito de asociación ilícita es un delito de peligro abstracto?

¿De qué manera la tipificación la asociación ilícita vulnera principios constitucionales y procesales del derecho penal?

Cuando la delincuencia común tiende a sobrepasar sus propios límites, y en su ánimo de afianzar su poder político, económico y social, que indudablemente le da mayores réditos económicos y financieros; es decir la delincuencia común se organiza para delinquir, sobrepasando cada vez más el control del Estado, entonces se cometen nuevos delitos, de modo que al Derecho Penal, le es necesario tipificar nuevas conductas penalmente relevantes que lesionen o simplemente pongan riesgo bienes jurídicos protegidos, entonces es necesario realizar un análisis en torno a los delitos de organización, como es la asociación ilícita, pues su redacción normativa es general, ambigua y no precisa en concreto los bienes jurídicos que se procura proteger y el adelantamiento del poder punitivo del Estado en estos delitos, riñe con derechos y garantías propias de un Estado de derecho; y, su puesta en escena en ámbito de su judicialización, cada vez es más frecuente; y, si bien es cierto, han servido para desarticular bandas organizadas, no ha dejado también de argumentarse que se ha convertido, en un arma para contrarrestar a los adversarios políticos de turno.

La investigación reviste su importancia entonces, pues el delito de asociación ilícita, ha sido un tipo penal que se ha puesto de frecuente manifiesto, en los casos en que el aparato estatal ha pretendido dar cuentas de una lucha contra de la delincuencia común, la lucha contra la corrupción, de ahí que también se denota su interés de abordar oportunamente los contenidos de este delito.

Con el presente estudio se procura realizar un aporte social y académico para el mejor entendimiento de la problemática en torno a este complejo tipo penal. Este estudio está dirigido a beneficiar en su conocimiento a los operadores de justicia, profesionales del derecho, estudiantes de la carrera y de la sociedad en general.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

- Analizar la naturaleza jurídica y doctrinaria del delito de asociación ilícita tipificada en el Código Orgánico Integral Penal y las objeciones constitucionales que ha merecido este tipo penal.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analizar las diferentes manifestaciones que ha tenido el delito de asociación ilícita en los distintos sistemas jurídicos, de los cuales hemos recibido una marcada influencia.
- Analizar los elementos y características que estructuran el delito de asociación ilícita, de modo que permitan diferenciarlos de otros tipos penales o grados de participación, cuando se verifica la intervención de una pluralidad de sujetos activos.
- Analizar las diferentes posiciones sustentadas en teorías, que procuran ilustrar cual es el bien jurídico, que se procura tutelar con la tipificación del delito de asociación ilícita, como delito de peligro abstracto.

HIPOTESIS

EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA Y SU CALIDAD COMO DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO

La particularidad de esta clase de delitos es que se los sanciona por el sólo hecho de la asociación, es decir, son delitos de peligro abstracto, constituyendo, en consecuencia, un delito formal de consumación anticipada, que se configura con la simple adhesión de los individuos esta clase de asociaciones que tienen como finalidad la práctica de un número indeterminado de delitos, siendo en consecuencia, delitos autónomos independientes de los delitos que fueron cometidos por la organización criminal o la asociación ilícita y en los cuales, por tratarse de un delito abstracto, no

es necesario que se consumen, porque lo que la ley sanciona es el peligro que constituye el asociarse.

Frente a las dificultades probatorias que presenta el delito de asociación ilícita, parte de la doctrina sostiene que éste es un delito de peligro abstracto, al cual se hará amplia referencia en el cuerpo de este trabajo de masterado, destacando que estos ilícitos, como expresa el penalista argentino Dr. Luis C. Cabral, en su artículo El Derecho Penal y los países totalitarios, cuando expresa:

El mismo Carrara es el que aclara definitivamente la esencia y el alcance de su pensamiento cuando dice que el derecho penal tiene por misión: «Frenar las aberraciones de la autoridad social en la prohibición, en la represión y en el juicio, de modo que dicha autoridad se mantenga en las vías de la justicia y no degenera en tiranía [...] la desnaturalización del derecho penal como instrumento de justicia para transformarlo en arma política destinada principalmente a destruir de modo drástico toda clase de oposición al régimen (Luis C. Cabral, 1990,).

Los delitos de peligro abstracto no exigen una producción efectiva del daño, sino la práctica de una conducta típica que produzca un peligro concreto o lesión a un bien jurídico protegido, pero en el caso de los peligros abstractos, las diversas legislaciones penales que tipifican al delito de asociación ilícita lo conciben como un delito peligro abstracto sancionando a sus integrantes por el solo hecho de la asociación, aunque no se materialicen los delitos indeterminados que se proyectó cometer, debiendo esta asociación tener un carácter relativamente permanente y una estructura u organización. La honda superposición entre poder y derecho a que da lugar el condicionamiento establecido y constitucionalmente determinado en la norma suprema, del ejercicio de los poderes públicos a la obtención de explícitos objetivos, origina un notable adquisición del derecho penal garantista, ya no limitado substancialmente al narrar el procedimiento establecido que va a legalizar el ejercicio de la fuerza punitiva, sino también interesado en que se busquen determinados conclusiones, que sin dudarlo trascienden fácilmente al sostenimiento del orden y de la paz pública Como requisito se manifiesta la característica de que esta sociedad contraria a la ley deba estar conformada con tres o más miembros y que, persigan un fin que es del de cometer actos contrarios a lo que establece las normas legales y como se relata en nuestra reglamentación interna en el art. 370 del COIP ecuatoriano donde podemos observar ciertos requisitos esenciales y establece que cuando dos o más personas se reúnan con fines ilícitos. En este punto podemos afirmar que basta con la mera reunión que posea fines contrarios a derecho se configura un delito que dentro de

nuestra legislación tiene la particularidad de ser entre dos o más personas que integren mencionada asociación.

En concreta referencia a los delitos de peligro abstracto debemos decir que los mismos suponen la descripción típica de conductas en sí peligrosas, de manera que dada en la realidad fáctica dichas conductas su autor no puede aducir en su favor, la inexistencia de un verdadero peligro para los bienes jurídicos objeto de tutela; en ellos, los delitos de peligro abstracto, se da una presunción legal (*iuris et de iure*) de la existencia de un peligro derivado del proceder de la norma penal, con total independencia de que en realidad dicho peligro exista [...] Por otra parte, se aduce igualmente que tales tipos penales constituyen una verdadera amenaza al principio de seguridad jurídica (Pavón Vasconcelos, 2010).

Los delitos de peligro, de acuerdo a lo que expresa el Dr. Pavón Vasconcelos, representan una verdadera amenaza al principio de seguridad jurídica, principio que se consagra en el Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador, porque en el caso de los delitos de peligro abstracto se sanciona un ilícito que no causa daños si no se cometen los ilícitos que, supuestamente, tenía proyectados cometer la asociación, lo que implica, igualmente, que ante la falta de daños por ni siquiera hay amenazas al bien jurídico protegido, resulta fundada la opinión del jurista mexicano porque, respecto de los delitos de peligro abstracto, puede sostenerse que no se está frente a normas jurídicas que careciendo de elementos esenciales, son aplicada por las autoridades competentes, de acuerdo al texto de la norma constitucional.

En forma más severa, el penalista chileno, catedrático de la Universidad de Antofagasta, Trento, Italia, Dr. Carlos Cabezas, en su artículo El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto, la experiencia italiana y la chilena. Un breve estudio, fundadamente critica a los delitos de peligro abstracto cuando indica:

Los delitos de peligro abstracto se prestan como un excelente conejillo de Indias para medir la fuerza o el impacto de cualquier teoría que tome en consideración el bien jurídico y, por ende, la lesividad u ofensividad como principio del derecho penal (por supuesto, sin prejuzgar ni el contenido asignado al principio ni sus resultados). Ello se debe a que no hay otra parte de la teoría del delito más atormentada que ésta, pues los delitos de peligro abstracto, al menos tradicionalmente entendidos, caen bajo la sospecha de un escaso índice de lesividad, de ser

presunciones de responsabilidad o, peor aún, delitos de mera desobediencia. (Dr. Carlos Cabezas, 2013).}

No es imperativo la existencia de eventos directos, para ser más específicos es inverosímil la ejecución del evento delictivo por cuanto como se expresa en líneas anteriores el hecho comprobable de la existencia de la asociación con el ánimo mismo de pertenecer a esta para consumir algún ilícito posterior es suficiente para poder catalogar a mencionado delito como tal, y posteriormente y podría decirse que de manera independiente se llevaría a cabo el hecho que fue planificado. Los bienes jurídicos que también se encuentran preservados por las distintas ramas de los derechos: vida, libertad, y salud, entre muchos otros, son bienes jurídicos tomando en cuenta la base constitucional y el derecho internacional. El Derecho Penal general y la aplicación de la legislación penal se restringe a catalogar varias conductas que los lesionan las esquemáticas jurídicas. De esta manera la ley penal y el sistema social protege, aunque la ley penal no se encontrara presente. Los bienes jurídicos seguirían siendo tales.

La penalista española la Dra. Blanca Mendoza Buergo (Mendoza, 2001), en su obra Límites dogmáticos y Político Criminales de los delitos de peligro abstracto, critica expresamente a la asociación ilícita, cuando resalta que se sustentan en un propósito de cometer delitos que pueden o no llegar materializarse, puesto que establece un eminente peligro que podría concretarse o no, empero en virtud de esta peligrosidad abstracta se priva de libertad a los autores por el simple hecho de constituirse para tales fines, aunque no haya daño o amenaza de daño alguno, cuando expresa:

Los delitos de peligro abstracto castigan la puesta en práctica de una conducta reputada generalmente peligrosa, sin necesidad de que haga efectivo un peligro para el bien jurídico protegido. En ellos se determina la peligrosidad de la conducta típica a través de una generalización legal basada en la consideración de que determinados comportamientos son típicamente o generalmente para el objeto típico y, en definitiva, para el bien jurídico. Así, al considerar que la peligrosidad de la acción típica no es elemento del tipo sino simplemente razón o motivo de la existencia del precepto, se concluye que no solo no es necesario probar si se ha producido o no en el caso concreto una puesta en peligro, sino ni siquiera confirmar tal peligrosidad general de la

conducta en el caso individual, ya que el peligro viene deducido a través de parámetros de peligrosidad preestablecidos de modo general por el legislador (Mendoza, 2001).

Por supuesto la intolerancia a los actos previos con fines delictivos son una directriz en el marco de la legislación nacional y extranjera se pone de manifiesto una interrogante y esta es en qué momento podría determinarse si existe una asociación que tiende a formular intenciones que serían lesivas para la sociedad y sus integrantes, como tal se pone de manifiesto como expresa el autor de forma clara la limitación al derecho constitucional de reunión. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han tolerado tradicionalmente con escasos cuestionamientos la existencia de los llamados delitos de preparación, mediante los cuales, invocando especiales razones de política criminal, son reprimidos actos preparatorios con carácter supuestamente excepcional, sobre la base de la necesidad de una intervención especialmente temprana, que, de no ocurrir en ese momento, quitaría a la pena toda su eficacia.

Los adelantos establecidos en la caracterización y vencimiento de las inconvenientes de comunicación que dificultan de un proceso de consenso elemental, han determinado de forma aleatoria los cimientos para un compromiso de conciliación social a diversos ámbitos hasta hace poco tiempo basados en buena parte a la discusión pública social y que sin establecer un elemento primario del orden público, se enfrasan en aspectos esenciales de la convivencia social

Violan también los delitos de peligro abstracto, el principio de la presunción de la inocencia, ya que nadie será considerado culpable hasta el tránsito en juzgado de la sentencia condenatoria, no pudiéndose presumir la culpabilidad de alguien sin la necesaria comprobación a través del debido proceso, que el ciudadano acusado pueda hacer la contra prueba de la imputación, así como, violando el principio de igualdad, por el simple hecho de que el ciudadano tiene menos acceso a la búsqueda de medios absolutorios para la conducta abstractamente considerada criminal (Kindhäuser, 1996).

El derecho penal del enemigo y, en consecuencia, la amplia utilización de los delitos de peligro abstracto es contradictorios al garantismo penal, ya que no es ajustado a derecho dividir a los seres humanos en personas y enemigos, situación que en forma rotunda es negada por el jurista italiano Dr. Luigi Ferrajoli, quien en su artículo El Derecho Penal del Enemigo y la disolución del Derecho Penal, expresa:

Es preciso preguntarse: ¿de qué estamos discutiendo cuando hablamos de «derecho penal del enemigo»? ¿del paradigma del enemigo en el derecho penal? Creo que hay que reconocer con absoluta firmeza que hablamos de un oxímoron, de una contradicción en los términos, que representa, de hecho, la negación del derecho penal, la disolución de su papel y de su íntima esencia, dado que la figura del enemigo pertenece a la lógica de la guerra, que es la negación del derecho (Dr. Luigi Ferrajoli, 2007).

El tema de los delitos de peligro abstracto se ha dado hoy en día con una fuerza mayor a partir de la idea de la sociedad de riesgos y con ella el derecho penal de riesgo, que ha llevado un salto cualitativo del problema y es más a estructurar una dogmática basada en esos principios. Si debe tenerse en cuenta que se trata de una forma de ver la dogmática penal, que no es obligatoriamente de seguir, a que pueden darse otras vías a estos problemas que no son específicamente penales. La idea que el legislador la considera a la acción peligrosa y de ese modo se presume el peligro en donde se establece una presunción de peligro. También en sentido se la considera delitos de peligro abstracto puesto que el riesgo ocasionado se conjetura de un hecho que podría lacerar un bien jurídico en sí a la sociedad que es tutelada por el derecho penal. Quien critica al derecho penal del enemigo y, a su vez, indica la similitud de este derecho con la inhumanidad de anular personas para transformarlas en enemigos.

La primera observación que se puede hacer a Jakobs es que su Derecho Penal del Enemigo recuerda mucho al Derecho penal de autor que propugnaron los penalistas nazis, según el cual lo relevante no era el hecho delictivo cometido, sino la perversión, inclinación o tendencia al delito o peligrosidad criminal que pudiera tener su autor (Conde, 2005)

En el caso ecuatoriano se condena el delito de asociación ilícita por el simple hecho de la asociación, sancionándose a sus integrantes con pena privativa de libertad de tres a cinco años, de acuerdo a lo que dispone el artículo. 370 del Código Orgánico Integral Penal, pero estas asociaciones que cometen un delito de peligro abstracto no se regulan de un modo amplio ni integral, ya que se las sanciona por asociarse para cometer delitos sancionados con pena privativa de libertad de menos de cinco años, lo que lleva a preguntarse, qué ocurre si estas asociaciones no cometen ningún delito y también cómo puede acreditarse si los delitos que supuestamente iba a

cometer la asociación y que no cometió se sancionaban con una pena privativa de libertad menor de cinco años.

DOCTRINAS DEL INJUSTO EN EL DELITO DE ASOCIACION ILICITA

En primer lugar el elemento esencial del injusto está en el ejercicio “abusivo” del derecho fundamental de asociación que supondría la constitución de la organización delictiva: de acuerdo con esta posición, el bien jurídico es el (recto) ejercicio del derecho de asociación.

Un segundo sector doctrinal afirma que los delitos de asociación ilícita son ante todo supuestos de anticipación de la punibilidad incluso antes de cualquier acto preparatorio concreto, puede conducir a que se subraye en exceso la fuente del peligro, es decir, el sujeto, en la definición del injusto, cayendo en consecuencia en una expansión incontrolable de lo aprehendido por la tipificación.

Finalmente, en la bibliografía española como alemana, ve en los delitos de organización ante todo un ataque a determinados bienes jurídicos colectivos: orden público; seguridad interior; paz jurídica, etc. (Manuel Cancio Meliá, 2008).

Respecto de las tres doctrinas que se refieren al injusto en los delitos de asociación ilícita, en nuestro ordenamiento jurídico prevalece la doctrina de los delitos de peligro abstracto y la paz social, como bien jurídico protegido, con todas las críticas doctrinarias que se efectúa a estos delitos, como se toma en consideración que estaríamos tratando con una anticipada punición del delito, esto quiere decir que el aparato judicial y estatal procura garantizar la tranquilidad social tomando en consideración que pueden tratarse de organizaciones que planifiquen actos ilícitos que a posterior sean considerados como dañinos para cualquier bien jurídico en especial atención para el orden público que abarca con grandeza y énfasis el objetivo de las naciones y es precautelar la seguridad pública y paz jurídica como perfectamente se menciona; para lo cual se ha estimado necesario, en el transcurso de este análisis, al tratar el delito de asociación ilícita y los delitos de peligro conforme las tendencias teóricas expuestas por el jurista, como lo son las relacionadas con el abuso del derecho de asociación y las de anticipación delictual conjuntamente con la que se destina en nuestro ordenamiento jurídico penal que se sustenta en los delitos de peligro abstracto y la paz pública como bien jurídico protegido.

El delito de asociación ilícita posee grandes dificultades de orden material y procesal, como es la prueba de su consumación y del dolo específico, la ampliación del concepto de paz pública que es el sustento de los delitos de peligro abstracto, sin que importe si los delitos que proyecta cometer la asociación ilícita se materialicen, lo que implica presumir, prácticamente, de derecho, la responsabilidad penal, y, al mismo tiempo.

Estas anticipaciones penales y de peligro abstracto, con tipicidades independientes, como ocurre con la asociación ilícita, que son de constitucionalidad dudosa, basadas en el peligro de todos los derechos y libertades que la organización democrática estatal trata de garantizar a toda la sociedad (Zaffaroni, 2002).

ALCANCE DEL TÉRMINO ASOCIACIÓN Y DIFERENCIAS DE LA ASOCIACIÓN ILÍCITA, CON EL DELITO DE CONSPIRACIÓN Y EL DE BANDA O PANDILLA

Respecto del mencionado término asociación y objeto de nuestro estudio y análisis jurídico, ponemos a consideración los manifestado por el penalista argentino Dr. Alberto Gozzi, en su artículo La empresa que delinque vs. la empresa para delinquir, expresa:

Es indudable que el elemento que más caracteriza a la asociación ilícita es su naturaleza colectiva [...] el hecho de que tres o más individuos, en acuerdo de voluntades, planifiquen y ejecuten uno o varios hechos ilícitos no puede, ni remotamente, catalogarse como una asociación ilícita. Es que la "affectio societatis" criminal es el elemento distintivo del tipo penal. El dolo consiste en la intención de pertenecer a esa sociedad en el conocimiento de la ilicitud de sus planes. La coautoría, en cambio, supone mancomunidad de esfuerzos y la división de la faena criminal, en uno o varios hechos, en pos de la consumación del delito. (Alberto Gozzi, 2014)

La infracción que examinamos en el presente artículo posee su propio tipo penal y sobre todo un verbo rector que permite identificar este ilícito de los demás establecidos en el código que legisla estos actos y, además, la representación exacta, detallada de la acción u omisión que son tomados en consideración por la comunidad en general en especial por el legislador como transgresiones a la norma y sancionados con una pena es canalizada mediante la actividad probatoria del Estado a través del sistema o aparataje fiscal en consecución al proceso indagatorio direccionado coyunturalmente al debido proceso. En el presente caso la mera participación para la comisión del ilícito configura el delito de asociación ilícita entre dos o más individuos lógicamente y de forma

manifiesta con el ánimo de pertenecer y ser parte de esta mencionada asociación objeto de nuestro estudio, para delinquir tomando en consideración lo expresado con anterioridad, esto es la asociación para delinquir. Lo expuesto por el penalista en mención contrastado con el texto de la legislación de nuestra sociedad, omite ciertos elementos esenciales de una asociación de personas y, en este caso ilícita, llevaría en un primer instante a sostener que la disposición penal ni remotamente, como señala el autor argentino puede catalogarse como una asociación ilícita, puesto que el Código Orgánico Integral Penal, al tipificar al delito de asociación ilícita se lo realiza sin tomar en consideración estos aspectos importantísimos que servirían de imperante relevancia para que sean plasmados en nuestra legislación penal que permitan coordinar de mejor manera la sanción de este tipo penal, sus consecuencias pero sobre todo a mi criterio la prevención de este tipo de delitos que son comunes en nuestro ámbito social.

La expresión normativa cuando dos o más personas se asocien con el objeto de cometer delitos en nada se diferencia a lo que indica el citado tratadista, al instante de mencionar "...el hecho de que tres o más individuos, en acuerdo de voluntades, planifiquen y ejecuten uno o varios hechos ilícitos no puede, ni remotamente, catalogarse como una asociación ilícita..." (Gozzi, 2014), porque en el Artículo 370 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano considero que no contiene de forma manifiesta los elementos esenciales o una completa contextualización del verbo rector del tipo penal en estudio y de la existencia de la asociación ilícita, de su estructura organizacional y mucho menos sobre la permanencia relativa de sus integrantes de mencionada asociación.

En nuestra legislación al igual que en la doctrina analizada apreciamos con mucho énfasis la autonomía que este injusto penal tiene; y su contraposición con los otros tipos penales en la misma legislación, y elemento clave es la preparación para el cometimiento del injusto penal, esto es decir todos los actos preparatorios o conducentes que llevan a la consumación, a la perpetración del injusto penal, mencionándolo en términos generales el ilícito penal o quebrantamiento de la norma se fundamente en el hecho mismo de querer y consentir asociarse en un número establecido de participantes del grupo o asociación con el ánimo de continuar, participar, confabular o planificar delitos posteriores a mencionada planificación que de igual manera son sancionados por la ley penal de nuestro estado y que, por su parte, el jurista argentino Dr. Guillermo Cabanellas, en su obra Diccionario Jurídico Elemental, al definir el término asociación, indica que es:

Acción y efecto de aunar actividades o esfuerzo: colaboración, unión, junta, reunión, compañía, sociedad. Relación que une a los hombres en grupos y entidades organizadas: donde el simple contacto, conocimiento o coincidencia, se agrega a un propósito más o menos duradero, de proceder unidos para uno o más objetos (Cabanellas de las Casas, 2012 pág.41.).

Una relación que une a personas que planifican actividades con el único fin de obtener, en forma duradera, uno o más objetos, este criterio se lo realiza de forma bastante superficial, de modo muy general, que van desde la unión de actividades, en las que bien podría haber un contubernio para cometer un delito un tipo penal sancionado por la legislación ecuatoriana, una compañía o sociedad, en la cual lícitamente se ponen de acuerdo dos o más personas y tomando esto como punto inicial añadimos que siempre existirá un propósito en el acto, acción misma de reunirse o asociarse sea de manera lícita o contraria a derecho según nuestro objeto actual de estudio y en este sentido podemos mencionar que existen asociaciones comerciales constituidas legalmente en nuestro país y de varias categorías que coligen o canalizan esfuerzos intelectuales, económicos, técnicos y tecnológicos para realizar varias actividades comerciales, de producción, de servicios, etc.

El verbo rector del delito de asociación ilícita, consiste en asociarse, es decir, el núcleo fundamental del ilícito penal es asociarse según lo cataloga el legislador en este injusto penal, este quiere decir unirse, juntarse, agruparse, integrarse o netamente agruparse con una finalidad específica, sobre todo una finalidad determinada que es la de delinquir. Una de las características principales del delito de asociación ilícita según el Código Orgánico Integral Penal, que lo se distingue de las normas legislativas de las hermanas repúblicas de Argentina, Chile, España y México, y radica expresamente que este ilícito en nuestra legislación será sanciona con una pena privativa de libertad de menos de cinco años como textualmente se determina. Respecto de los delitos indeterminados a cometer por la asociación ilícita, los cuales deben ser sancionados con una pena privativa de libertad inferior a cinco años.

Podemos mencionar el artículo 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos en el sentido mismo de la libertad de asociación, con fines ideológicos, incluso si estos son opuestos a los establecidos por el gobierno, religiosos, políticos deportivos inclusive y este derecho ya reconocido por un reglamento internacional podemos apreciar que debe estar acorde a las normas y en respeto a los bienes jurídicos, en especial atención orden público, de la misma manera el artículo 15 de la misma convención se determina el derecho a la reunión pacífica y sin armas. Estos

derechos establecidos son importantísimos para el desarrollo de la sociedad y su comunidad empero como se expresa no pueden ir en contraposición de los derechos plasmados para la sociedad y los individuos inmersos en ella.

De esta manera apreciamos en la Constitución de la República del Ecuador en su articulado 84, como la sociedad determina a través de sus legisladores el apego estricto a los tratados internacionales y como se estipula en la normativa internacional y propia del país, los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano y de la comunidad de manera general y que guarda estricta relación con lo normado en el pacto de San José relativo al derecho a la vida, la integridad y libertad personal, derecho a la propiedad, entre otros muchos más derechos. De manera incipiente, la sociedad adquiere conciencia del trémulo criminal que va tomando forma con el paso del tiempo, a pesar que no de forma vivaz, pero va configurando un peligro para la comunidad, que, independientemente de su forma de mando representa una forma de lesión al estado. Por su parte, el penalista brasileño Dr. Nelson Hungría, en el volumen IX de su obra Comentarios al Código Penal, al referirse a este delito y a la expresión asociación, expresa:

El núcleo del tipo penal es asociarse (unirse, juntarse, agruparse). La conducta típica consiste en asociarse tres o más personas, para el fin específico de cometer crímenes [...] asociarse quiere decir reunirse, aliarse congregarse de manera estable o permanentemente (lo que no significa perpetuo) con el fin de cometer una determinada serie de delitos. El requisito de la estabilidad o permanencia de esta alianza es esencial (Dr. Nelson Hungría, 1959)

En Ecuador, desde el principio de legalidad sustantiva estatuido en el artículo 76.3 CRE que se resumen en el brocardo: *nulla poena sine lege praescripta*, desde la exigencia del Código Penal que estuvo vigentes hasta la promulgación del nuevo cuerpo normativo penal la conducta no ha sido despenalizada, se considera que este delito (asociación ilícita) se encuentra dentro de la clasificación de los delitos contra la seguridad pública; empero, al mismo tiempo, afecta también al derecho constitucional de asociación; por su ejercicio abusivo, no cabe duda que el delito de asociación ilícita es un delito pluriofensivo que afecta tanto el orden social del Estado como el regular ejercicio de la libertad de asociación.

La asociación ilícita estas también requieren además de la finalidad de cometer algún delito, una cierta organización y que el acuerdo entre sus miembros sea duradero. En algunos delitos que se realizan en largos periodos de tiempo en distintas fases y con la intervención de varias personas, como ocurre en algunos delitos económicos y de corrupción, la organización es prácticamente

consustancial a la realización de los mismos, por lo que una vez alcanzada la fase ejecutiva la consumación de los delitos en cuestión, la organización criminal debería quedar absorbida por los delitos concretamente cometidos o todo lo demás, cuando así este especialmente previsto, como una cualificación de los mismos.

En atención a que el delito de asociación ilícita se encuentra regulado dentro de los delitos contra la seguridad colectiva, la misma constituye el bien o interés jurídico tutelado. Este a su vez, consiste en un conjunto de mecanismos legales, jurídicos, sociales, económicos, políticos y religiosos, a través de los cuales el Estado diseña estrategias de carácter gubernamental que permitan una convivencia pacífica y tranquila a nivel nacional, con respecto a su población. Todo lo anterior, también, implica que se salvaguarda la soberanía y seguridad del Estado y su relación con la comunidad internacional de la cual forma parte, tomando en cuenta el aspecto geopolítico de dichas relaciones.

En el Artículo 370 del Código Orgánico Integral Penal se pudo determinar que el tipo penal de la asociación ilícita, se presenta de una manera incompleta. También se encontró que en el derogado Código Penal del Ecuador en el mismo Art. 370 si contemplaban sanciones de delitos que merezcan pena de reclusión mayor; Menor; y con prisión correccional de seis meses a tres años, si la asociación ha sido formada para cometer delitos de otra índole. Además, se establecieron las diferencias entre la figura de asociación ilícita y la delincuencia organizada lo que se puede discernir, aunque ambas se organizan con personas para cometer actos delictivos, la asociación ilícita es un delito particular, independiente y abstracto que se sanciona por el hecho solo de asociarse. Con el fin de que, si varias personas se agrupan para cometer delitos que tengan una pena privativa de libertad superior a cinco años, cometan el delito de asociación ilícita y estos no queden en la impunidad, ya que el texto del artículo es claro. Por lo que se propone la Reforma al tipo penal de la asociación ilícita para que la sanción por asociarse con el fin de cometer aquellos delitos que no superan la pena privativa de libertad de los 5 años.

La estructura central del núcleo mismo del delito de asociación ilícita según los tratadistas nacionales e internacionales se configura por el ánimo de participación de sus integrantes en esta agrupación y sobre todo por el número de participantes de la misma a lo que podemos añadir lógicamente la conciencia y voluntad de los sujetos que forman esta asociación con el específico fin de cometer delitos indeterminados y pues con esto menoscabar el bien jurídico protegido en este caso que es la tranquilidad pública, es decir, que existe un elemento doloso o designio de

causar menoscabo a un bien jurídico y subjetivo del injusto penal en el tema de estudio que nos compete. Respetuosamente, se ha estimado, primeramente, precisar el término asociación, a fin de investigar integralmente este delito, siendo varios los autores y jurisconsultos que hacen referencia a este término, como es el caso del penalista chileno Dr. Francisco Grisolia Corbatón, quien en su artículo: El delito de asociación ilícita, define, primeramente, lo que significa el término asociación, para, posteriormente, indicar las diferencias entre asociación ilícita, conspiración y pandilla, destacando que en todos estos ilícitos existe un acuerdo de voluntades para cometer uno o más delitos, diferenciándose notoriamente, cuando expresa:

Si bien es necesario establecer lo que se entiende por asociación, en ningún sitio ofrece el Código [...] una definición de asociación, Por ello debe recurrirse al significado gramatical del término y así entender por ella toda unión de varias personas organizadas para la consecución de determinados fines [...] La lengua nos aporta un dato de extrema importancia como es la unidad propósitos, pero el elemento gramatical, es de por sí insuficiente para completar el concepto jurídico penal de asociación. (Dr. Francisco Grisolia Corbatón, 2004).

MARCO TEORICO

La asociación ilícita tiene sus antecedentes en el Derecho Romano, donde existía lo que se le conocía como el “Conventiculum”, que significaba comunidad encaminada a atacar al Estado, a las personas o propiedades privadas, siempre que se hubieran asociado con malos fines y con armas. En la doctrina alemana la existencia de la asociación exigía varias condiciones, en tanto que la tendencia francesa consideraba a la simple asociación, sin importar su tiempo de duración, y en la doctrina española antigua, el antecedente histórico se remonta al tratamiento de delito de “cuadrilla de malhechores” y de los que roban los caudales públicos y común de los pueblos.

El delito de asociación ilícita tiene sus orígenes en el Derecho Romano, con el delito de rapiña, ya que este era el apoderamiento con violencia de cosas muebles ajenas, en las cuales el agente contaba con la ayuda de bandas armadas o desarmadas. Además, estas bandas como tal, estaban conformadas por varias personas que acordaban incurrir en la comisión de actos ilícitos, mismos que además de afectar el patrimonio particular, también afectaba la paz y seguridad pública y, por ende, al Imperio Romano. (VERONICA, 2019)

El delito en los tiempos antiguos tenía una denominación que se aplicaba en los mismos efectos tanto para el derecho público y el derecho privado, es decir no había una clara distinción entre

ambas instituciones. Esta denominación fue la de noxa o noxia; La primera era la forma antigua, pero el uso fue haciendo que predominara la segunda. Como el valor de ambas expresiones era el mismo, ambas abarcaban los delitos de las dos esferas referidas, en cuanto el daño cometido hacia el Estado como a los particulares. (GOMEZ, 1973).

Raúl Carnevali Rodríguez manifiesta que “desde sus orígenes el delito de asociación ilícita sirvió como un arma de lucha en contra de las conductas disidentes, pero, sobre todo, en contra de las denominadas bandas de malhechores, las que, por su especial organización y estabilidad, portaban un grado importante de peligrosidad. (Rodríguez R. C., 2010)

Etcheberry señala que “No se precisa el número de personas necesarias para constituir asociación; en rigor bastaría con dos.” El mismo autor recoge este criterio en una antigua sentencia que señala que "...para que exista el delito de asociación ilícita es necesario que se forme una sociedad cuyos miembros constituyan un cuerpo organizado con sus jefes y reglas propias con el objeto de atentar contra el orden social, las buenas costumbres, las personas o la propiedad". (Rodríguez R. C., 2009)

La historia nos recuerda que en entre las sociedades delictuosas más celebre en Europa encontramos a la “camorra” napolitana y la “mafia siciliana”, organizaciones delictivas que hicieron notable su presencia en el periodo napoleónico. No fue sino hasta el año 1910, que la “camorra” urbana fue destruida, mientras que la “mafia” perduro con sus limitaciones, no obstante, también en occidente se registran otras agrupaciones más bien con tintes políticos terroristas. En Estados Unidos de Norteamérica a inicios de 1865, se registró la presencia del ku-klux-klan, con tintes racistas, dirigiendo su accionar en contra de la gente de color, y, ya más adelante para los años de 1920, dirigir su accionar en contra de quienes tuvieran diferente raza, profesaran diferente credo o religión y hasta en contra de los inmigrantes sin importar su origen o procedencia. También hay referencias del tipo de asociaciones ilícitas en las llamadas “mafias de oro”, “mafias de los taxis”, “piratas de asfalto”, etc. (Mediavilla, 2022)

DOCTRINA DEL ABUSO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ASOCIACIÓN

Esta doctrina propugna que con la tipificación del delito de asociación ilícita se vulnera el derecho de asociación, reconocido en el numeral 13 del artículo 66 de la Constitución de la República. “El Artículo. 66.- Derechos de libertad. - Se reconoce y garantiza a las personas: 13. El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria.” (CRE, 2008).

Otro de los puntos en los cuales se concentra el análisis de esta doctrina es, considerando, por un lado, que el delito de asociación ilícita, vulnera el constitucional derecho de asociación, dejaría en la ambigüedad el bien jurídico que se procura proteger; en tanto que si se considera que el bien jurídico que se tutela es el derecho de asociación, este se vería sobrepasado por los delitos que la asociación llegare a cometer, pues la forma como se encuentra la redacción de la norma que los tipifica, la ilicitud de la conducta no se radica en la asociación como tal, sino en la finalidad de la misma y que es el cometimiento de delitos.

Esta doctrina considera que el bien jurídico protegido nace del reconocimiento del derecho constitucional de asociación, por lo que se considera que la asociación ilícita representa un abuso a este derecho fundamental, por tanto, debido a la importancia que reviste la propia institucionalidad de estos derechos, es necesario que sean tutelados de los peligros a los que se ven expuestos. No obstante, esto es solo la referencia formal de prohibición de la asociación ilícita, pues aún esto no logra determinar cuál es el injusto de la infracción, que merezca la reacción de la criminalización. Entonces por lo que se expone, los postulados de esta doctrina no llegan a cumplir las expectativas y no encuentra mayor sustento, para afirmar que el bien jurídico que se protege, es el derecho de asociación.

En un estado de derecho podemos argumentar que los derechos fundamentales como el derecho a la libertad se pueden ver limitados, como se expresa en el artículo 66 de la Constitución de la Republica de nuestro país en especial atención el numeral 29.

En este concepto la normativa penal se considera como una manera de prohibición de la libertad de los individuos tomando en consideración la relevancia de las conductas que son catalogadas como prohibidas y la dureza de las sanciones en cada injusto penal dentro del sistema social donde se interpuso con antelación la legislación penal, y se da por sentado la obligación de respetar los derechos como se establece en el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como garantías propias inherentes del ser humano y de sus demás integrantes como es en este caso el derecho asociarse libremente. Regresando al tema principal ya es conocido que como requerimiento se determina la particularidad de que, esta sociedad contraria derecho deba estar conformada por un número de miembros y que, persigan un fin común, incluso con independencia de funciones esto es con el claro designio de delegaciones exactas que cada integrante puede tener que realizar para concretar un fin común que es la consumación del delito y que es del de cometer actos contrarios a derecho, a lo que establece las normas legales y como se relata en nuestra

legislación interna, donde podemos observar ciertos requisitos fundamentales y establece que cuando dos o más personas se reúnan con fines ilícitos.

En este punto podemos afirmar que basta con la mera reunión que posea fines contrarios a derecho se configura un delito que dentro de nuestra legislación tiene la particularidad de ser entre dos o más personas que integren mencionada asociación. El sistema penal actual ha podido apreciar la evolución de los conflictos penales anteriores y sus actuales soluciones, puesto que lo que en la antigüedad era considerado como delito en la actualidad ya no lo es y viceversa así podríamos poner en consideración las reuniones de eclesiásticos que se realizaban con fines de realizar anuncios religiosos, eran considerados como peligrosos en términos radicales para los intereses sociales y católicos al poner de manifiesto un riesgo o posible daño al estado.

Se trata de una asociación delictuosa específica, esto es referente a los delitos que ponen en riesgo la seguridad de la nación, el legislador señaló que quienes resuelvan de concierto, esto es de común acuerdo cometer uno o varios delitos que se refieren a este último de los llamados ilícitos contra la seguridad de la Nación, se les considerará como responsables del ilícito denominado de conspiración, los ilícitos en los que debe haber comunión para que se presente la conspiración: Traición a la patria, espionaje, sedición, motín, rebelión, terrorismo y sabotaje (López, 2010).

El jurista mexicano claramente indica que la conspiración es una asociación ilícita constituida, específicamente, para cometer delitos contra la seguridad nacional. Por otra parte, a fin de diferenciar a la asociación ilícita de la banda, pandilla o montonera o cuadrilla como las denomina el tratadista es necesario destacar que la banda, pandilla, montonera o cuadrilla si bien es un ilícito que no se tipifica en el Código Orgánico Integral Penal, es visiblemente distinto a la asociación ilícita, de acuerdo a la legislación comparada. Esto se traduce en la necesidad de una vía de legitimación que se haga cargo de las exigencias de fundamentación de la ley penal, complementando la concepción formal con una concepción material de delito.

BIEN JURIDICO LESIONADO POR EL DELITO DE ASOCIACION ILICITA

El bien jurídico protegido que lesiona el delito de la asociación ilícita es el orden o tranquilidad pública; aunque también se protegen otros bienes jurídicos distintos, pero igualmente importantes, como la propia vida, la libertad, el patrimonio, entre otros.

En el caso de la legislación ecuatoriana, la asociación ilícita constituye un delito que afecta el bien jurídico protegido de la seguridad pública del Estado, siendo además un tipo de ilícito penal que atenta contra la estructura del Estado constitucional, pues la seguridad pública es un elemento indispensable del Estado, que tiene objetivo garantizar a las personas una vida de paz libre de amenazas y de cualquier tipo de violencia.

El delito de asociación ilícita, se encuentra comprendido dentro de los delitos que se trasgreden la libertad de asociación, y que ha concitado una particular preocupación en la comunidad internacional, así por ejemplo en legislaciones como la francesa e italiana los delitos cometidos por la asociación ilícita, ocupa una parte muy importante en la legislación; así por ejemplo en la ley penal francesa, el catálogo de delitos la conforma la “asociación de delincuentes” y se considera aquella agrupación formada para la preparación de uno o más delitos sancionados con una pena privativa de libertad de mínimo cinco años. Entonces encontramos coincidencias en este punto en la estructura objetiva del delito.

La cuestión particular de los tipos penales que se verifican en los delitos de organización como son el caso de la asociación ilícita o la delincuencia organizada, se considera esta en el abuso de la libertad de asociación, rebasando los límites garantizados constitucionalmente, es decir cuando esta libertad se la utiliza con fines criminales.

DOCTRINA DE LA AUTOTUTELA DEL PODER DEL ESTADO FRENTE A LAS AMENAZAS ORGANIZADAS

Esta doctrina considera que el bien jurídico que se tutela con la tipificación de la asociación ilícita es poder del Estado, que se ve amenazado por la concurrencia de otra organización cuyos fines son delictuosos cometer delitos, la misma que la doctrina considera está dotada de una perfecta “organización” entonces se produce una suerte de paralelismo entre el Estado y las bandas criminales, entonces al surgir una fricción, por las obvias opuestas posiciones, requiere el Estado buscar su autotutela originaria.

La complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad en una sociedad de riesgo es que: El descontrol da como resultado, que, a pesar de existir un daño lesivo, y de existir un presunto causante del mismo, no sea posible imputar con certeza la responsabilidad. Esto producto de la multiplicidad de relaciones causales que dificultan determinar con claridad un responsable concreto. (Fernández, 2020).

EL DERECHO A LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN

Es imprescindible empezar señalando, que el derecho a la libertad de asociación como derecho humano, se encuentra reconocido, en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en los siguientes términos: “Artículo 20: 1) Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociaciones pacíficas, 2) Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación”. Instrumento internacional que tiene por merito el reconocer que todos los seres humanos deben alcanzar sus derechos y libertades en condiciones de igualdad, y de aquellos la libertad de asociación, que, debido a su importancia relevante, ha merecido ser reconocido y respetados por los países de la comunidad internacional y que obviamente debe estar reflejado en las normas del derecho interno de los mismos, como en efecto así lo ha realizado nuestra legislación.

Entonces bien podemos decir que la libertad de asociación, engloba el reconocimiento para que un ser humano pueda asociarse, tanto en una esfera de trato simple con otras personas, como en una esfera más amplia, y así pueda formar parte de grupos y organizaciones, inclusive gozar del reconocimiento estatal, de la cual puede reclamar un registro y en definitiva de cualquier forma de asociación en condiciones de igualdad, con fines comunes y proyecciones en todos los niveles.

El derecho de asociación en forma libre y voluntaria, se encuentra recogido en la Constitución de la República (2008) en el numeral 13 del artículo 66, que reconoce y garantiza el derecho a las personas a “asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria” y por aquello también ya en otra forma de desarrollo y ejercicio de este derecho, pueden buscar legitimidad ante una autoridad competente y revestirse inclusive de un reconocimiento y registro por ello encontramos presentes asociaciones de tipo comerciales, laborales, gremiales, fundaciones, hasta los propios partidos políticos, entre otras, en los términos que señala los numeral 7 y 8, del artículo 326, ibidem. Por su parte la Corte Constitucional de Ecuador (2021), en su Sentencia No. 48-16- IN/21, Caso No. 48-16/IN, refiriéndose al derecho de asociación a tono con lo que se viene analizando ha señalado lo siguiente: Por su parte, el contenido del derecho a la libertad de asociación no se agota en la protección de la yuxtaposición, reunión o confluencia (física o virtual) de personas, es decir, no se limita a garantizar la posibilidad material de que varias personas puedan ocupar un mismo espacio físico o virtual sin la injerencia injustificada del Estado; sino, que especialmente protege, las dimensiones comunicacionales, estructurales y auto determinativas de las diferentes formas de reunión u organización de las personas, o en otras palabras, tutela el derecho a las personas de

decidir los fines, las formas y las reglas bajo las cuales se organizarán, lo que incluye el derecho a organizar directivas, estatutos reglamentos, atribución de competencias y responsabilidades de sus miembros y autoridades, entre otros.

Entonces según lo dicho en líneas anteriores, el delito de asociación ilícita se contrapondría al constitucional derecho de asociación, en tanto significa supuestos de abuso a este derecho fundamental, entonces la tipificación de la pertenencia de asociación ilícita supone la protección de bienes jurídicos en un momento previo a que dicha lesión se produzca, entonces estamos frente a la llamada teoría de la anticipación, que se proyecta sobre los frutos de cuya comisión se teme; teoría que es criticada por reducirse exclusivamente al adelantamiento y no se alcanza a identificar el bien jurídico específico. Aun cuando esta teoría analizada desde otra perspectiva es el de procurar la seguridad pública, aun cuando existe el riesgo de dejar la puerta abierta a una criminalización ilimitada.

METODOLOGÍA

Esta investigación es eminentemente jurídica y la metodología utilizada es la documental a través de textos legales en vista de que se utilizan como fuentes las normas, doctrina y jurisprudencia.

MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

Método inductivo.- Es un proceso que va de particular a lo general, o de los hechos a las leyes. La serie de procedimientos que parte de uno o de algunos casos particulares para de ellos obtener una conclusión general, de que se hace uso en la investigación científica para obtener más conocimientos.

Método deductivo.- Es aquel que parte de un principio general ya conocido para inferir de ellos consecuencias particulares empleados por el hombre en la investigación y demostración de la verdad.

Método analítico. - El análisis de un método de investigación de los objetos que nos permite separar algunas de las partes del todo para someterlas a estudio independiente.

CONCLUSIONES

En el derecho romano, el hecho de pertenecer a asociaciones no autorizadas era castigado como crímenes extraordinarios y si atentaba contra la cosa pública se consideraban como delito de lesa majestad.

Se debe considerar que el delito de asociación ilícita en la legislación penal ecuatoriana se encuentra dentro de la clasificación de los delitos contra la seguridad pública, y al mismo tiempo, afecta también al derecho constitucional de asociación; por su ejercicio abusivo, no cabe duda que el delito de asociación ilícita es un delito pluriofensivo que afecta tanto el orden social del Estado como el regular ejercicio de la libertad de asociación.

1. La asociación ilícita es una estructura que ha rebasado los límites del poder del propio Estado, escapando de su control, cuya finalidad es la obtención de un beneficio de cualquier tipo, siendo su elemento principal la compleja estructura que debe reunir dicha organización, que es de tipo empresarial, con distintas funciones que están encaminadas a la realización de actividades delictivas. Debe estar compuesto por un determinado número de integrantes, pero además debe existir permanencia en el tiempo, es decir, que no se haya conformado fortuitamente para cometer un solo delito, sino que sea una empresa ilegal que tenga funciones concretas que pueden ser asumidas por una u otra persona y que comentan delitos graves, entendiéndose por éstos aquellos que tengan una pena mayor de cinco años de privación de la libertad.
2. Precisamente esta cuestión ha sido motivo de análisis del artículo, pues se ha concentrado en la necesidad de tipificarla penalmente como una manifestación del adelantamiento del poder punitivo del Estado, en procura de la protección de bienes jurídicos de un potencial riesgo, es decir sin la necesidad de que se verifiquen resultados.
3. Entonces como se avanza en el análisis. “Vemos como la asociación ilícita se fundamenta en una anticipación de la punibilidad, partiendo de una mera afectación a una norma penal, una voluntad no debida, puesto que, como vimos, no hay actos dirigidos a afectar bienes de terceros”
4. Además, se puede señalar que dentro de lo que se podría considerar como estructura del delito de asociación ilícita, bien podemos subrayar que el precitado tipo penal, consiste en tomar parte de la asociación ilícita o dirigirla, la misma que tiene por objeto un programa criminal y que es la comisión indeterminada de delitos, hay una autonomía con los delitos

que se ejecuten o se consumen, basta que se verifique su contribución a la empresa delictiva y el rol que en ella haya desempeñado en la misma. (MOLINA, 1978)

5. Otra circunstancia que debe tenerse muy en cuenta es que no debe confundirse la reiteración de las mismas personas en delitos en los cuales aparezcan como partícipes, por delitos fuera de los fines de la asociación ilícita, pues precisamente de sus características hace que se penalice el “solo hecho de la asociación”, con el fin de cometer delitos.
6. Tomando en cuenta la redacción que hace nuestra legislación sobre la asociación ilícita, se deduce que la misma se verifica por la reunión de dos o más personas, con el fin común de cometer delitos. Y añade Grisolia “El delito se consuma por el solo hecho de organizarse de donde fluye que se trata de un delito de mera actividad, de peligro abstracto, pluriofensivo” (GRISOLIA, 2004)
7. Es por esto, que conforme la norma que tipifica el delito de asociación ilícita, este tipo penal, se verifica por el solo hecho de la asociación, por aquello, una parte de la doctrina, lo ha denominado también como un delito de mera actividad.
8. El delito de asociación ilícita en el Ecuador históricamente conviene señalar que, el Ecuador expidió su primer Código Penal en el año 1837, en el cual si bien es cierto ya se consideraba a las “cuadrillas de malhechores”, bien puede decirse que se consideraban esta conducta penalmente relevante y que guardan relación con los elementos de la tipificación del actual delito de asociación ilícita.
9. La primera tipificación de este tipo penal en nuestro ordenamiento jurídico, la encontramos en el segundo Código Penal, en el Título VI “De los Crímenes y delitos contra la Seguridad Pública”, Capítulo I “De las asociaciones formadas con el objeto de atentar contra las personas y las propiedades”, en la época en la que en nuestro país regía un sistema político militar, clerical y conservador, liderado por el presidente, Gabriel García Moreno.
10. En el Código Penal de 1971, el delito de asociación ilícita se encontraba tipificado, en el título V, del capítulo I, como un delito en contra de la Seguridad Pública, y, se penalizaba, ya la simple asociación desde su partida (Código Penal, 1971), se tipificaba en el artículo 369 y en el artículo 370, se establecía un agravamiento diferenciado de la pena, que valga decir hoy no tenemos en este tipo penal; entonces el legislador de aquella época, incluyó la expresión, la organización de la partida, entonces este tipo penal se consumaba con el solo hecho de formar parte de la asociación, con la finalidad de cometer delitos contra las

personas y propiedad, independiente de que se consume o no el delito, no hay un número específico de miembros, pero obviamente se entendía a más de una persona, entonces era un delito pluriofensivo, además debía existir un consenso de pertenencia entre los miembros, y particularmente un fin delictivo común (Código Penal, 1971).

11. El Código Orgánico Integral Penal (2014), expedido en el Registro Oficial Suplemento 180, de 10 de febrero del 2014, y puesto en vigencia desde el 14 de agosto del 2014, en el artículo 370, se tipifica y sanciona a la asociación ilícita; estableciendo que se verifica el tipo penal de asociación ilícita, cuando dos o más personas se asocien con el fin de cometer delitos sancionados cuya pena es la privación de libertad de menos de cinco años, además se prescribe que cada una de ellas serán sancionadas por el solo hecho de asociación, para cuyo efecto se ha establecido la correspondiente pena. De lo antes analizado y la norma trascrita, podemos evidenciar que el artículo 370 del Código Orgánico Integral Penal, trae un cambio en la descripción normativa del tipo penal de asociación ilícita; y, que tiene que ver básicamente con la entrada en vigencia en el 2008, de la actual Constitución de la República; y, del reconocimiento y adopción de un nuevo modelo de Estado constitucional de derechos y justicia, en donde se cuestiona si se puede sancionar una conducta penalmente relevante, antes de que se inicie el inter criminis, en todo caso se dice que el COIP trató de adaptarse a la carta magna. Entonces se abre un abanico de posibilidades, a todo tipo penal, cuya sanción este prevista con una pena privativa de libertad inferior a cinco años, no se limita solamente a los delitos en contra de la propiedad y personas, se fija el número de participantes y cada una de ellas serán sancionadas por el solo hecho de la asociación, dotándole de autonomía y diferenciándole de los delitos que se cometan en la ejecución de programa criminal.

RECOMENDACIONES

A la Fiscalía General del Estado, que siendo la autoridad que lleva cabo la dirección de las actividades de investigación del delito, solicite a la Asamblea Nacional se reformen el artículo 370 en relación al verbo rector “asocien” y desmembré como se debe conceptualizar dicha palabra para que se pueda sancionar eficientemente a quienes cometan este tipo de delitos en el Ecuador.

A la Unidad de Lucha Contra el Crimen Organizado ULCO, a fin de que continúe con sus actividades de investigación del delito de crimen organizado, mejorando sus técnicas de investigación y su capacidad operativa de manera paulatina, con la finalidad se optimice la lucha contra este fenómeno.

En este sentido, respecto de la eficacia los tipos penales de asociación ilícita y delincuencia organizada dispuestos en el COIP, puede señalarse que actualmente los mismos no han logrado alcanzar el fin propuesto, que es el de sancionar en forma efectiva a los presuntos infractores y esto se desprende del hecho de que existen graves imprecisiones en los tipos penales sobre todo en los elementos constitutivos del delito.

Así puede afirmarse que actualmente para la tipificación del delito no se toma en cuenta la estructura de la organización para diferenciar a la asociación ilícita de la delincuencia organizada, pues la segunda que debe ser compleja y en forma piramidal o celular, determinándose la división de funciones o tareas específicas de cada uno de los miembros de esta estructura que siempre está dirigida por una persona.

Estos hechos reflejan que, dentro de la legislación ecuatoriana, los tipos penales de asociación ilícita no están correctamente estructurados y diferenciados, por lo que se requeriría que se reforme estos tipos penales y también se capacite a los profesionales del derecho respecto de las diferencias que existen entre los mismos.

Por lo tanto y en merito de lo anteriormente mencionado se indica como recomendación, que este art 370 al ser un delito abstracto sea expulsado del ordenamiento jurídico o a su vez en caso de no ser expulsado, para que adquiriera la calidad de delito complejo sea reformado.

Referencias

- Alberto Gozzi. (2014). La empresa que delinque vs. la empresa para delinquir, expresa. 1.
- Cabanellas de las Casas. (2012 pág.41,). Diccionario Juridico Elemental.
- Calispa Machado, J. L. (2019). El delito de asociación ilícita frente al bien jurídico protegido según lo determinado en el Código Orgánico Integral Penal.
- Conde, M. (2005). De la Tolerancia cero al Derecho Penal del Enemigo.
- CRE. (2008). CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. MANTA.
- Dr. Carlos Cabezas. (2013). El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto, la experiencia italiana y la chilena. 85.

- Dr. Francisco Grisolia Corbatón. (2004). El delito de asociación ilícita. 75.
- Dr. Luigi Ferrajoli. (2007). El Derecho Penal del Enemigo y la disolución del Derecho Penal.
- Dr. Nelson Hungría. (1959). volumen IX de su obra Comentarios al Código Penal. 177.
- Fernández, V. H. (2020). Dicotomía entre el derecho penal del enemigo y los derechos humanos en la sociedad del riesgo. 10.
- García - Pablos de Molina. (1978). Tratado de Criminología. pág. 169).
- GOMEZ, A. S. (1973). CRIMINOLOGIA DE LAS ASOCIACIONES ILICITAS. ESPAÑA LA RIOJA: Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 26, Fasc/Mes 1, 1973, pags. 73-90.
- GRISOLIA, F. (2004). EL DELITO DE ASOCIACION ILICITA. REVISTA CHILENA DEL DERECHO, pág. 75.
- Jiménez de Asúa. (1985). Derecho Penal,. 233,.
- Kindhäuser. (1996). Un concepto de riesgo permitido alejado de la Imputacion Objetiva. pág 79-81.
- López, B. E. (2010). Seguridad y Derechos Humanos. 321.
- Luis C. Cabral. (1990,). El Derecho Penal y los países totalitarios,. 282.
- Manuel Cancio Meliá. (2008). El injusto de los delitos de organización. Pág. 245.
- Mediavilla, M. (24 de 12 de 2022). AMNISTIA INTERNACIONAL. Obtenido de <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/ku-klux-klan-simbolo-infame-del-odio-racista/>
- Mendoza, B. B. (2001). Límites dogmáticos y Político Criminales de los delitos de peligro abstracto,.
- MOLINA, A. G. (1978). ASOCIACIONES ILICITAS EN EL CODIGO PENAL. ANTONI BOSCH EDITOR, S.A.
- Pavón Vasconcelos. (2010). INVESTIGACION CRIMINAL Y TECNICAS DE CRIMINALISTICA, MEXICO.
- Paz Velasco de la Fuente. (2015). El «iter criminis» o fases de realización del delito desde un punto de vista penal.
- Rodríguez, R. C. (2009). Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita,. BARCELONA: [http://www.politicacriminal.cl/n_06/d_1_6.pdf].

Rodríguez, R. C. (2010). LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA. ARTICULOS DE DOCTRINA DE DERECHO PENAL, 275.

Tania Gajardo Orellana. (2010). Elementos del tipo penal de asociación ilícita del artículo 292 del Código Penal.

VERONICA, A. D. (2019). ESTUDIO JURIDICO DOGMATICO DEL DELITO DE ASOCIACION ILICITA. Revista Científica Mundo de la Investigación y el Conocimiento. Vol. 3 núm.1, enero, ISSN: 2588-073X, 2019, pp. 1507-1523. QUITO: Editorial Saberes del Conocimiento.

Zaffaroni, A. &. (2002). Derecho Penal. Parte General,.

© 2024 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).