



Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

**La vulneración del principio de lesividad en la
legislación penal ecuatoriana: frente al delito de
asociación ilícita**

Autora:

Pamela Salomé Machuca Serrano

Directora:

Dra. Julia Elena Vázquez Moreno

Cuenca – Ecuador

2025

DEDICATORIA

A mi padre Diego, cuya orientación, consejos y dicha oportunidad que me ofreció
hicieron posible mi formación universitaria

A mi madre Tere quien supo darme sus palabras de aliento, supo acompañarme mientras
estudiaba, darme un abrazo cuando lo necesitaba cuando sentía que no podía lograrlo

Gracias mamá, no sé cuánto tuviste que soportar

A mi abuelito Papisho, cuyos consejos y respaldos fueron fundamentales para concluir
esta fase de mi vida

A toda mi familia cuyo apoyo incondicional fue esencial para mantenerme firme y
seguir adelante

A mis amigos y amigas que conocí durante la carrera, por compartir conmigo esta etapa

A mi abuelita Shinita, mi ángel quien desde el cielo me sigue acompañando hacia mi
vida profesional

A mi gatita lulú, que, aunque ya no este, siempre me acompañó en mis noches de
estudio

Y a mí perrita muñeca mi compañera de 4 patitas por estar conmigo en los últimos
desvelos de mi carrera

Este logro, con todo mi corazón, para ustedes.

AGRADECIMIENTOS

Primero agradezco a Dios que me ha dado la fortaleza para avanzar todo este camino. Quiero expresar mi gran sincero agradecimiento a mi tutora de tesis la Dra. Julia Elena Vázquez por su guía y apoyo constante con todas sus observaciones durante el proceso de investigación. Su compromiso, disposición para compartir sus conocimientos fueron fundamentales para el desarrollo de este trabajo. Gracias por su paciencia y enseñanza lo cual ha sido indispensable para la finalización de este trabajo.

A mis compañeros y futuros colegas, porque juntos nos hemos dado la mano para para llegar hasta aquí.

Gracias a todos los que estuvieron presentes durante mi etapa universitaria.

RESUMEN

El problema jurídico examinado, radica en que el delito de asociación ilícita sanciona la mera unión de personas con fines delictivos cuya pena no exceda cinco años, sin requerir un peligro concreto al bien jurídico que sea verificable y objetivo. En contraste, el principio de lesividad que limita el ejercicio del ius puniendi, determina que el Derecho Penal actúe solo ante conductas que lesionen o pongan en riesgo tales bienes. Este estudio analiza la regulación del delito frente a dicho principio, para lo cual, se ha optado por la utilización de una metodología cualitativa basada en doctrina, normas y casos ecuatorianos, con el fin de recabar un marco teórico sólido que confronte la lesividad frente al tipo penal indicado. Los resultados obtenidos, han llegado a evidenciar que la tipificación de la asociación ilícita castiga actos preparatorios que tensionan los límites garantistas del principio de lesividad dentro del sistema penal.

Palabras clave: asociación ilícita, derecho penal del enemigo, garantismo penal, principio de lesividad, bien jurídico.

ABSTRACT

The legal problem examined lies in the fact that the crime of illicit association punishes the mere union of persons for criminal purposes, with a penalty not exceeding five years, without requiring a specific, verifiable, and objective danger to the legally protected interest. In contrast, the principle of harm, which limits the exercise of the power to punish (*ius puniendi*), dictates that criminal law only acts in response to conduct that harms or endangers such interests. This study analyzes the regulation of the crime in light of this principle. To this end, a qualitative methodology based on Ecuadorian doctrine, norms, and cases has been adopted in order to gather a solid theoretical framework that confronts the principle of harm with the aforementioned criminal offense. The results obtained have demonstrated that the criminalization of illicit association punishes preparatory acts that strain the protective limits of the principle of harm within the criminal justice system.

Keywords: illicit association, enemy criminal law, criminal guarantees, principle of harm, legally protected interest.

Approved by

A handwritten signature in blue ink that reads "Mónica Martínez Sojos" with a horizontal line underneath.

Lcda. Mónica Martínez Sojos, PhD (C)
Cod. 29598

ÍNDICE DE CONTENIDO

Dedicatoria.....	i
Agradecimientos.....	ii
Resumen.....	iii
Abstract.....	iv
Índice de Contenido.....	v
Introducción.....	1
CAPÍTULO 1.....	3
1. EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD EN MATERIA PENAL Y SU FUNCIÓN GARANTISTA EN EL MARCO LEGAL.....	3
1.1. Las garantías constitucionales y su importancia en el Derecho Penal.....	5
1.2. El principio de lesividad en materia penal.....	9
1.2.1 Antecedentes, Fundamentos y Discusión.....	9
1.2.2 Concepto y Finalidad.....	11
1.3 El principio de lesividad y su incorporación en el ordenamiento legal ecuatoriano por el principio de cláusula abierta.....	13
CAPÍTULO 2.....	16
2. EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA EN EL ÁMBITO DOCTRINAL, JURISPRUDENCIAL Y LEGAL.....	16
2.1. Antecedentes.....	16
2.2. Concepto y características.....	17
2.3 El delito de asociación ilícita en la Jurisprudencia.....	18
2.4. El delito de asociación ilícita en el Código Orgánico Integral Penal.....	20
CAPÍTULO 3.....	30
3. ANÁLISIS DE CASOS DE ASOCIACION ILÍCITA EN EL ECUADOR Y SUS IMPLICACIONES EN CUANTO AL PRINCIPIO DE LESIVIDAD.....	30
3.1. Exposición de Casos.....	30
3.2. Análisis crítico de casos expuestos.....	34
3.3 Criterios finales sobre el delito de asociación ilícita y el principio de lesividad en la normativa del Ecuador.....	41
Conclusiones.....	46
Referencias.....	48

INTRODUCCIÓN

En el caso ecuatoriano la norma constitucional del año 2008, establece la obligación de configurar un derecho penal garantista que promueva los derechos y garantías como piedra angular de todo el orden jurídico punitivo a partir del art 1 del cuerpo jurídico constitucional se refiere que los derechos son parte del concepto de estado, siendo estos los límites de la aplicación del poder público (CRE, 2008, Art.1) .

Por estos motivos el art 76 del mismo cuerpo jurídico, ordena un conjunto de derechos y garantías que se configuran como básicas dentro de todo proceso sobre el cual se vaya a decidir acerca de los derechos de los sujetos involucrados. Desde la doctrina, se afirma que la función principal de estas garantías se encuentra en poder de restablecer un verdadero equilibrio entre la persecución de hechos punibles, y la limitación de derechos individuales, mediante la utilización de una especie de contrapeso frente a la búsqueda de una sentencia condenatoria ante un presunto delito ejecutado (Binder, 2002).

A lo largo de la historia de la humanidad, las peores regulaciones normativas que vulneraron desde el ámbito penal las garantías y derechos de las personas, derivaron de opiniones arbitrarias, sentimentales y emocionales por parte de quienes eran actores gubernamentales en un momento determinado de la historia. Como ejemplos están el Régimen Socialista en Alemania o el Régimen Comunista de la URSS. Entonces, la trascendencia de las garantías constitucionales en el ámbito penal radica asegurar un proceso justo para el procesado, a fin de ser fiel a los valores constitucionales y entender que más vale una persona responsable penalmente en libertad, que un individuo inocente sentenciado (Amado y Diaz, 2022).

El principio de lesividad, constituye una de dichas garantías fundamentales, por lo que, llega a intensificarse dentro del Estado constitucional de derechos y justicia que se promueve en el ámbito nacional ecuatoriano, donde la restricción de libertades por parte del Derecho Penal, solo llega a encontrar una justificación cuando está comprometida la protección efectiva de valores que, trascendiendo lo estrictamente individual, terminan por impactar en la dimensión colectiva de la esfera ciudadana.

De ahí que la lesividad no opere como mero criterio técnico, sino conforme determina el profesor Zaffaroni, la misma se caracteriza por constituirse como un límite material en cuanto a la manera en cómo se ejerce el poder punitivo estatal, garantizando que el derecho penal conserve su condición de última ratio. Ante todo, lo manifestado, el

autor comenta que de la lesividad como límite se llega a desprender la exclusión de intervenciones que carezcan de afectación tangible, a fin de que el ejercicio de la postead legislativa este supeditada siempre a los valores inherentes a los compromisos internacionales que el Estado ha adquirido en virtud de los derechos humanos (Zaffaroni, 2002).

Ahora bien, en el Estado ecuatoriano, se ha determinado dentro del Código Orgánico Integral Penal (COIP), el delito de asociación ilícita, el cual se encuentra regulado en el artículo 370 de dicho cuerpo jurídico, siendo la redacción de este tipo penal la siguiente:

Cuando dos o más personas se asocien con el fin de cometer delitos, sancionados con pena privativa de libertad de menos de cinco años, cada una de ellas será sancionada, por el solo hecho de la asociación, con pena privativa de libertad de tres a cinco años (COIP, 2014, Art. 370).

Consecuentemente, la problemática de este trabajo consiste en el hecho de que el delito de asociación ilícita sanciona la mera reunión de individuos, sin exigir que tal asociación llegue a expresarse en un peligro de lesión concreta al bien jurídico. Esta regulación parece alejarse de los postulados garantistas que determinan la norma constitucional ecuatoriana y el principio de lesividad. Por estas razones, el objetivo general consiste en analizar la regulación del delito de asociación ilícita frente al principio de lesividad.

Para tales efectos, se ha determinado una metodología de investigación cualitativa, que pretende obtener la información necesaria a través de una revisión literaria de doctrina, normas y casos judiciales. De esta manera, el trabajo ha planteado tres objetivos específicos que corresponden a cada capítulo, los cuales consisten en: estudiar el principio de lesividad en materia penal y su función garantista en el marco legal; identificar el delito de asociación ilícita en el ámbito doctrinal, jurisprudencial y legal; y, por último, un tercer objetivo que pretende examinar casos de asociación ilícita en el Ecuador y sus implicaciones en cuanto al principio de lesividad

CAPÍTULO 1

1. EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD EN MATERIA PENAL Y SU FUNCIÓN GARANTISTA EN EL MARCO LEGAL

En el derecho penal contemporáneo, cabe empezar indicando que el principio de lesividad se erige como una pieza vertebral para poder llegar a trazar con nitidez cada uno de los linderos y las funciones del ius puniendi al momento en el cual este pretende ejercerse dentro del Estado. Desde su gestación histórica hasta sus formas de operatividad en los ordenamientos vigentes, dicha rama normativa ha sido analizada con el objeto de efectuar un debido examen doctrinal, político y filosófico, hasta convertirse en presupuesto ineludible de la legitimidad de cualquier injerencia penal. La doctrina penal aclara que el fundamento de este precepto radica en exigir que la respuesta punitiva por parte del Estado solo pueda llegar a activarse en aquellos casos en los cuales se logre verificar peligros de lesión concretos hacia bienes jurídicos, o al menos, riesgos verificables de una manera objetivo, razón por la cual la lesividad no es un mero formalismo, sino se trata de un principio que tiene como finalidad impedir que la potestad sancionadora se convierta en una herramienta de naturaleza arbitraria que busque ser proyectada hacia simples desobediencias normativas, estados internos o juicios morales desvinculados de la función de tutela de derechos fundamentales que rodea siempre al derecho penal (Muñoz Conde, 1984).

La centralidad de este postulado descrito en el párrafo anterior, llega a intensificarse dentro del Estado constitucional de derechos y justicia que se promueve en el ámbito nacional ecuatoriano, donde la restricción de libertades solo llega a encontrar una justificación cuando está comprometida la protección efectiva de valores que, trascendiendo lo estrictamente individual, terminan por impactar en la dimensión colectiva de la esfera ciudadana. De ahí que la lesividad se ha caracterizado por ser un principio orientador, el cual no debe operar como mero criterio técnico para medir la aplicación de las normas penales, sino el mismo se constituye como un límite material del poder punitivo, pues de esta manera se garantiza que no va existir una aplicación de leyes penales sobre actos que no amenazan bienes jurídicos, garantizando que el derecho penal estará amparado siempre por lo que determinan las normas fundamentales de derechos humanos (Zaffaroni, 2002).

En este punto, el análisis de como termina operando el principio de lesividad tiene gran trascendencia, pues el mismo deja al descubierto que existe una fricción notoria entre dos corrientes que han terminado marcando la manera en cómo se ha ido produciendo la evolución del pensamiento penal. Por una parte, se encuentran aquellas posiciones que fomentan un derecho penal con tintes garantistas bajo el cual, la lesividad se convierte en un principio importante por el mero hecho de ser un presupuesto de legitimación de la pena, porque orienta la norma hacia la defensa de bienes jurídicos y no hacia la autoconservación del sistema; por la otra, el funcionalismo, con Jakobs (1997) a la cabeza, quien mediante la concepción del positivismo puro de la norma penal, ha llegado a concebir dentro de sus obras como eje del derecho penal la preservación del orden jurídico, incluso a costa de relativizar, la trascendencia que tiene el concepto de bien jurídico como fundamento de la penalidad. Esta disputa no es menor: mientras la mirada garantista levanta a la lesividad como valladar frente al exceso estatal, la óptica funcionalista la reduce en aras de una mayor eficacia del control social.

Su relevancia no se agota en el plano filosófico-dogmático, sino que se proyecta en la práctica normativa nacional ecuatoriana, puesto que conforme los mandamientos que establece la Constitución del año 2008, si bien no menciona expresamente el principio, no es menos cierto que tal precepto tiene plena vigencia en el país ya que deriva de la cláusula abierta prevista en el artículo 11, numeral 7, que habilita el reconocimiento de principios implícitos vinculados a la dignidad humana. Bajo esta argumentación, la lesividad como principio no necesita ser reconocida textualmente para obtener vigencia, pues tal precepto adquiere rango constitucional indirecto, reforzado por instrumentos internacionales que obligan a moldear un sistema penal respetuoso de sus límites.

En el plano legal, el COIP como norma que regula el ámbito penal a nivel nacional, ha reconocido el principio de lesividad en su artículo 29 al momento de analizar la antijuridicidad, pues tal norma recoge esta directriz al exigir que la conducta relevante en materia penal dentro del Estado, necesariamente tiene que producir una lesión o, al menos, genere un peligro demostrable para bienes jurídicos tutelados por dicho cuerpo legal (COIP, 2014, Art. 29).

Por tales motivos, de todo lo analizado se desprende que en el Ecuador la lesividad es un principio latente en la manera en cómo se ejerce el derecho penal a nivel nacional, pues tal precepto evita que se apliquen las normas de esta rama jurídica cuando no se

logre verificar peligros de lesión concretos hacia bienes jurídicos, o al menos, riesgos verificables de una manera objetivo. Así, la lesividad se configura como precepto orientador capaz de garantizar que el derecho penal solo se aplicará si es que se cumplen dichos criterios de peligrosidad expuestos, constituyendo un límite garante al *ius puniendi*.

1.1. Las garantías constitucionales y su importancia en el Derecho Penal

En todo proceso penal, las garantías constitucionales vienen a configurarse como el conjunto de preceptos que al estar reconocidas por la norma constitucional del Estado, y de manera amplia en la normativa internacional, En donde su finalidad es ofrecer a la persona procesada un entorno de seguridad jurídica dentro del cual existirá un equilibrio en la causa penal, a fin de qué manera objetiva se llegue a la verdad material de los hechos, mientras se protege los derechos fundamentales del sujeto procesado (Caro, 2006).

En este conjunto garantista de principios se pretende configurar un diseño constitucional del proceso penal que está destinado a fijar las reglas mínimas de la actuación del estado al momento de emitir un juzgamiento sobre un individuo que presuntamente ha incumplido la ley penal (Roxin, 2003). Por tales argumentos, las garantías procesales dentro de toda causa penal constituyen límites frente al poder punitivo estatal, evitando que los entes del Estado ejerzan un juzgamiento que se aleje de los límites de un debido proceso, a fin de proteger los derechos del procesado (Gómez, 1996).

Desde la doctrina, se afirma que la función principal de estas garantías se encuentra en poder de restablecer un verdadero equilibrio entre la persecución de hechos punibles, y la limitación de derechos individuales, mediante la utilización de una especie de contrapeso frente a la búsqueda de una sentencia condenatoria ante un presunto delito ejecutado (Binder, 2002).

Este balance que se pretende encontrar, ha resultado ser criticado por los sectores doctrinales más conservadores del ámbito penal, cuando el legislador o la jurisprudencia introducen mecanismos procesales especiales para delitos de notoria gravedad, como el terrorismo o el crimen organizado, ya que los niveles de eficacia de dichas medidas no siempre corresponden a una legitimación plena de la sociedad (Jakobs, 1985). Por estas razones las garantías constitucionales en la causa penal tienden a delimitar el alcance de

cualquier ejercicio extremo del derecho penal, con el fin de la política criminal penal estatal socave las bases de un Estado democrático de Derecho. (Caro, 2006).

En un estado democrático de derecho, estas garantías resultan esenciales ya que buscan proteger a los ciudadanos del ejercicio arbitrario del Derecho Penal. (Amado y Diaz, 2022). Este fundamento de insertar a las garantías como freno ante el abuso de autoridad, nació en la Revolución Francesa, con la cual se pretendió evitar a toda costa de que el ejercicio del poder quede a la discreción de un solo individuo, para proceder a someter los comportamientos de los ciudadanos al imperio de la ley. Es decir, la normativa es la herramienta con la cual se buscará dirimir los conflictos sociales otorgándole la vigencia correspondiente al denominado Estado de Derecho (Amado y Diaz, 2002).

En este orden de ideas el Estado de Derecho se caracteriza por la norma constitucional que sería la base sobre la cual se ejercerá el poder político, incluyendo toda planificación de política criminal en el ámbito material y formal. En la esfera formal el estado debe dotar de seguridad jurídica a las normas penales, ya que esta rama normativa llega a restringir de manera grave la libertad de los sujetos. Por estas razones, los magistrados se encuentran sometidos al imperio de la ley. (Jescheck,1993).

Mientras que, en el ámbito material, el Estado de Derecho promueve la existencia de normativas que se adecuen al concepto de justicia dentro de la esfera social. Es decir, el estado mediante sus disposiciones punitivas debe pretender en todo momento proteger la dignidad de los individuos conjuntamente con todos los valores que promueve la norma constitucional, siendo trascendental que la actuación legislativa tenga una plena vinculación con una política criminal justa (Jescheck,1993).

Esto quiere que, al momento de establecer delitos y sus respectivas penas, los legisladores no deben dejarse llevar por prejuicios o criterios emocionales, sino deben tomar en consideración las verdaderas necesidades sociales en base a consideraciones objetivas que tengan plena vinculación con los principios constitucionales del estado. Pues un Estado de Derecho se convierte en la máxima garantía para todos los sujetos que conviven día a día en el ámbito social (Jescheck, 1993).

Esta afirmación, deriva de la idea de que, a lo largo de la historia de la humanidad, las peores regulaciones normativas que vulneraron desde el ámbito penal las garantías y derechos de las personas, derivaron de opiniones arbitrarias, sentimentales y emocionales por parte de quienes eran actores gubernamentales en un momento determinado de la

historia. Como ejemplos están el Régimen Socialista en Alemania o el Régimen Comunista de la URSS. Entonces, la trascendencia de las garantías constitucionales en el ámbito penal radica asegurar un proceso justo para el procesado, a fin de ser fiel a los valores constitucionales y entender que más vale una persona responsable penalmente en libertad, que un individuo inocente sentenciado (Amado y Diaz, 2022).

El derecho penal es el terreno privilegiado en que se articula el complejo edificio jurídico de las libertades: las limitaciones de las meras libertades con normas primarias incriminadoras y la de las fundamentales libertades frente a con normas secundarias sancionadoras, mediante leyes producidas por la autónoma política a través de la mediación representativa, en los límites de los derechos de libertad y para la tutela de estos mismos derechos y de los demás bienes y derechos fundamental. (Ferrajoli, 2018, p.32)

Al ser entonces un complejo entramado de normas, necesita de garantías mínimas que aseguren la aplicación objetiva e imparcial de tales postulados normativos. Por esta razón las garantías reconocidas por la Constitución y las normas internacionales, se encuentran plenamente salvaguardados en la aplicación del Ius Puniendi.

En el caso ecuatoriano la norma constitucional del año 2008, establece la obligación de configurar un derecho penal garantista que promueva los derechos y garantías como piedra angular de todo el orden jurídico punitivo a partir del art 1 del cuerpo jurídico constitucional se refiere que los derechos son parte del concepto de estado, siendo estos los límites de la aplicación del poder público (CRE, 2008, Art.1.).

Por estos motivos el art 76 del mismo cuerpo jurídico, ordena un conjunto de derechos y garantías que se configuran como básicas dentro de todo proceso sobre el cual se vaya a decidir acerca de los derechos de los sujetos involucrados. A continuación, se expone un breve marco descriptivo sobre la regulación mencionada.

El derecho al debido proceso impone a toda autoridad administrativa o judicial la obligación de velar por el cumplimiento de las normas vigentes; asimismo, proteger los derechos de las partes involucradas, garantizando la integridad de las actuaciones y la legalidad del procedimiento (CRE, 2008, Art. 76, núm. 1).

La presunción de inocencia establece que ninguna persona podrá ser considerada culpable sin que exista resolución firme o sentencia ejecutoriada que declare su

responsabilidad; en todo momento deberá ser tratada como inocente (CRE, 2008, Art. 76, num. 2).

Sólo podrá imponerse sanción por un hecho tipificado en la ley al momento de su comisión; conforme a las penas allí previstas, nadie será juzgado por conductas no descritas como infracción ni sometido a castigos no contemplados constitucional o legalmente; únicamente ante juez o autoridad competente siguiendo el procedimiento debido (CRE, 2008, Art. 76, núm. 3).

Las pruebas obtenidas o practicadas en abierta violación a la Constitución o a las leyes se declaran nulas, careciendo por completo de eficacia probatoria; de este modo se protege la legitimidad de la investigación y del proceso (CRE, 2008, Art. 76, num. 4).

Ante la concurrencia de dos normas de igual materia que establecen sanciones distintas para un mismo hecho, se aplica la más benigna incluso cuando haya sido promulgada con posterioridad; ante dudas sobre el alcance punitivo de una disposición, se opta por la interpretación más favorable al afectado (CRE, 2008, Art. 76, num. 5). La ley debe garantizar una proporción adecuada entre gravedad de la infracción y sanción, asegurando que el castigo resulte coherente con la naturaleza del ilícito y la responsabilidad atribuida (CRE, 2008, Art. 76, núm. 6).

El derecho de defensa comprende múltiples prerrogativas inalienables: en primer lugar, nadie podrá quedar privado de asistencia legal en ninguna fase ni grado del proceso; asimismo, contará con tiempo suficiente más recursos idóneos para preparar su estrategia; gozará de condiciones de igualdad, siendo oído oportunamente; podrá intervenir en audiencias públicas con acceso pleno a expedientes; dispondrá de abogado particular o defensor público en cualquier diligencia, así como traductor o intérprete gratuito si desconoce el idioma; tendrá la facultad de elegir o ser asistido por el profesional de su preferencia sin restricciones de comunicación; estará habilitado para presentar o contradecir pruebas tanto de forma verbal como escrita; se encontrará protegido contra la doble persecución por el mismo hecho, inclusive aquellas derivadas de resoluciones indígenas; gozará de la potestad para instar la comparecencia de testigos o peritos, respondiendo interrogatorios cuando sea requerido; será juzgado por tribunales independientes e imparciales, sin comisiones especiales; recibirá resoluciones motivadas que expliquen las normas y principios aplicados, cuya omisión generará nulidad más

sanciones para los responsables; finalmente, dispondrá del derecho para recurrir cualquier decisión que afecte sus garantías (CRE, 2008, Art. 76, num. 7).

Consecuentemente, las garantías dentro del proceso penal son indispensables ya que las mismas pretenden equilibrar la balanza desproporcional que existe entre el estado y la persona procesada. Esto se debe a que el procesado es la parte más débil en la causa judicial punitiva, siendo necesario la presencia de estas garantías para que el Derecho Penal no se ejerza de forma arbitraria, sino que garantice una administración de justicia objetiva e imparcial con respecto a las normas penales.

1.2 El principio de lesividad en materia penal

1.2.1 Antecedentes, Fundamentos y Discusión

El principio de lesividad también denominado principio de daño se caracteriza por encontrar sus raíces en la filosofía de Aristóteles y Epicuro, teniendo un recorrido histórico ininterrumpido que va desde autores como Hobbes, Pufendorf y Locke hasta Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano y Romagnosi los cuales han coincidido en el que daño generado a terceras personas es el criterio principal para fijar el objeto de prohibición penal y la medida de imposición de penas (Muñoz Conde, 1984).

Consecuentemente el principio de lesividad exige que se demuestre que la conducta ejecutada por la persona sea necesariamente dañina con respecto a los bienes jurídicos que protege la norma penal. De esta manera, la legitimación de la aplicación de las normas penales solo encuentra sustento si es que se afectan estos valores fundamentales que protege esta rama del derecho, pues como refiere (Zaffaroni, 2002) se necesita de una afectación mínima de los bienes jurídicos, para que emerja la intervención del Derecho Penal, caso contrario no es posible aplicar la punición, lo cual genera la exclusión de toda actuación que genere una afectación insignificante.

La lesividad es importante como principio, ya que la misma es una herramienta protectora que impide cualquier fundamentación utilitarista del Derecho Penal. Por ende la lesividad garantiza que las libertades individuales sean compatibles entre si, en base al imperativo Kantiano. Esto significa que los derechos individuales de las personas solo pueden llegar a limitarse si es que se pretenden proteger los derechos de las personas (Muñoz Conde, 1984).

Desde la perspectiva histórica el principio estudiado es trascendental para poder construir el Estado de Derecho contemporáneo, ya que el mismo posibilita la existencia de un Derecho Penal mínimo que está dotado de una fundamentación laica en lugar de bases teológicas o normas éticas. Gracias al principio de lesividad el Derecho Penal se orienta a la defensa de los más vulnerables a través de la tutela de derechos considerados imprescindibles.

El principio de lesividad y su relación con la protección de los bienes jurídicos no constituyen un mero invento contemporáneo, pues el mismo es el fruto de una lenta evolución jurídica en el que ha venido interviniendo múltiples cuerpos normativos en el caso americano. Esto se debe a que las instituciones penales han sido moldeadas por profundas transformaciones sociales, que constituyen el resumen de un largo proceso histórico y de reflexión (Soler, 1983).

Sin embargo, esta visión por la cual la protección de bienes jurídicos constituye el centro de protección de la ley penal, no es del todo aceptada en la actualidad. Los sectores doctrinales más funcionalistas, presentan una idea radical en la cual lo que prima dentro del sistema jurídico penal no es la salvaguarda de los bienes jurídicos sino el verdadero fin del Derecho Penal, consiste en promover la vigencia del orden legal (Jakobs, 1997).

Estas posturas opuestas a la vinculación de lesividad y protección de bienes jurídicos, se derivan de la concepción filosófica de los sistemas sociales propuesta por Jakobs (1997) en base a los idearios teóricos de Luhman. Esta postura se opone a que la protección de bienes jurídicos sea una condición necesaria de la intervención penal, pues para este sector doctrinal lo que busca el Derecho Penal es la autoconservación del sistema normativo, siendo este el fin de las normas penales.

Pawlik (2016) desarrolla en la actualidad la postura funcionalista de Jakobs y también pone en tela de duda que el bien jurídico sea objeto de protección de la ley penal. Para el autor esta visión que ha sido tomada como unánime en la doctrina penal es errada, puesto que el concepto de bien jurídico adolece de indeterminaciones que no permiten otorgar un potencial absoluto a este concepto sino uno crítico.

El déficit esencial de la teoría del bien jurídico reside en su unidimensionalidad: en la medida en que la teoría del bien jurídico no describe, o no necesariamente, la dañosidad social y el merecimiento de pena como una perturbación de las

relaciones entre personas en Derecho [Rechtspersonen], sino “como una lesión de objetos externos, a los que una sociedad les adjudica valor”, dicha teoría ensombrece el horizonte social del Derecho, su vinculación con las interacciones sociales; aquélla desconoce que “sin una mirada a la relación jurídica en la que el bien ‘vive’, [...] no es [posible] obtener ni una escala para su valor, ni un criterio para su menoscabo” (Pawlik, 2016, p.9).

Ferrajoli (2012) cuestiona de manera trascendental las posturas funcionalistas que desvinculan a la lesividad de la protección de bienes jurídicos. El autor indica que existe una confusión cuando se manifiesta de que el derecho penal debe ser libre de valores, en virtud de una de las finalidades de esta rama del derecho es fundamentar sus normas en valores sociales.

El autor también manifiesta que la noción funcionalista de Jakobs lesiona la función garantista del Derecho Penal, pues en lugar de condicionar la intervención penal a noción de bienes jurídicos la visión de Jakobs convierte la ofensa generada por la conducta en un criterio para expandir sin límite alguno la aplicación de la potestad punitiva del estado se critica que esta posición elimina la condición necesaria del garantismo penal, como límite de aplicación de las normas penales y permite que el Derecho Penal se aplique de forma amplia en la realidad social (Ferrajoli, 2012).

Además, Ferrajoli critica que esta noción funcionalista deriva la discriminación de los sujetos sociales, al llegar a considerar a ciertos individuos como individuos de la sociedad, quitándoles la noción de personalidad, a fin de fomentar su exclusión de manera permanente en virtud de su peligrosidad. Para el autor, este postulado teórico trastoca el principio de dignidad humana y se aleja de los postulados garantistas que limitan el ejercicio de la norma penal (Ferrajoli, 2012)

Entonces, la lesividad tiene trascendental importancia ya que la misma es un instrumento con el cual se limita el poder estatal penal, por lo que se evita que esto derive en un irrazonable ejercicio del *Ius puniendi*, por lo que se fomenta la existencia de un derecho penal garante que está dirigido a la salvaguarda de bienes jurídicos (Cobo del Rosal y Vives Anton, 1996).

1.2.2 Concepto y Finalidad

La idea fundamental detrás del principio de lesividad se encuentra en la necesidad de lesión o puesta peligro de modo verificable de un bien jurídico para que la conducta

pueda llegar a calificarse como un delito en el ámbito material. Bajo esta perspectiva, no basta con que la actuación de la persona contradiga el precepto legal penal, sino a su vez es necesario que la ofensa o el riesgo al bien jurídico sea materialmente constatable, de manera que el tipo penal incorpore efectivamente el bien jurídico y la puesta en peligro de este mediante la amenaza inminente de su integridad (Moccia, 1997).

Desde la perspectiva constitucional el principio de lesividad impone una doble limitación, pues por una parte exige que el legislador únicamente cree figuras delictivas basadas en bienes jurídicos, a fin de que estas tengan por objeto daños verdaderos, lo que evita que se creen criminalizaciones expansivas que estén centradas en apariencias peligrosas o meros estados ánimos. Y por otra parte este principio prohíbe la responsabilidad penal cuando no exista un riesgo efectivo de lesión a los bienes normativos, de modo que reforzar la libertad individual se convierte en una obligación para el legislador, que tiene que proteger los derechos fundamentales al momento de tipificar hechos delictivos (Sánchez, 2013).

La doctrina, aclara que el principio de lesividad en cuanto a su concepto, constituye una oposición al Derecho Penal de autor, el cual focaliza su atención en la peligrosidad o en aquellas características individuales de los sujetos sociales. En realidad, el principio de lesividad se vincula con el Derecho Penal de acto, el cual es propio de los sistemas democráticos, en donde la mera probabilidad de realización futura de un delito, no habilita para que se dé una aplicación de las normas penales. Entonces, el principio de lesividad procede únicamente cuando existe una lesión o peligro verificable al bien jurídico (Milicic, 2016).

La distinción antes indicada viene a reforzar la concepción liberal- garantista de que el Derecho Penal constituye una rama jurídica excepcional de última ratio, por lo que no puede ser considerada un instrumento para anticipar la represión de quienes podían constituir un peligro social (Milicic, 2016).

Ferrajoli aborda el principio de lesividad como un criterio garantista que orienta en todo momento la justificación de aplicación del Derecho Penal. En el análisis que realiza el autor se cuestiona el ejercicio material de las normas penales, a fin de justificar que solo las verdaderas ofensas o los peligros reales amparados por la norma pueden terminar justificando la imposición de sanciones de naturaleza punitiva. Para el autor, esta perspectiva garantiza que el Derecho Penal no se convierta en un mero instrumento de

conservación de orden autoritario, sino que constituya un verdadero medio racional que proteja valores jurídicos concretos (Ferrajoli, 2012).

A su vez la finalidad de este principio radica en evitar que el Derecho Penal sea utilizado para sancionar conductas inofensivas o para crear nuevos delitos que constituyan meras sospechas o sean infracciones eticistas, cuyo único fundamento sea la desobediencia de la ley, o la atribución de peligrosidad abstracta sin una comprobación real. Al exigir una conexión de la realidad con el bien jurídico, el principio de lesividad impide que exista una expansión desmedida del Derecho Penal, por lo que se termina garantizando la intervención mínima de este poder sancionador (Ferrajoli, 2001).

Polaino Navarrete (2000) asevera también que el principio de lesividad genera que el bien jurídico se ubique como objeto de protección de la norma penal, por lo que su análisis tiene trascendencia tanto en el examen de tipicidad, como en el de antijuridicidad, pues para ambos supuestos es indispensable que exista una ofensa real a dicho elemento de protección para que proceda a futuro la responsabilidad penal.

De todo lo analizado puede afirmarse que, el principio de lesividad se erige como pilar esencial para contener la magnitud del poder punitivo, toda vez que define con nitidez el ámbito de intervención estatal al exigir la constatación objetiva de un daño o peligro real contra un bien jurídico susceptible de protección.

1.3 El principio de lesividad y su incorporación en el ordenamiento legal ecuatoriano por el principio de cláusula abierta

Para comenzar, se aclara que el principio de lesividad no tiene un reconocimiento constitucional taxativo en la norma fundamental ecuatoriana. Sin embargo, tal principio sí forma parte del orden jurídico a través del precepto de cláusula abierta que promueve la Constitución ecuatoriana, y también a través de las disposiciones del Código Orgánico Integral Penal (COIP).

El artículo 11 numeral 7 de la Constitución ecuatoriana reconoce el precepto de cláusula abierta al determinar que:

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás

derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

De la cita anterior se desprende que la normativa ecuatoriana reconoce el principio de cláusula abierta, por lo cual queda claro que para la legislación de este país los derechos y principios que estructuran el orden legal, no son taxativos, sino abiertos en virtud de que no necesitan estar textualmente positivizados para formar parte del marco jurídico del Ecuador.

La Corte Constitucional ha establecido en su sentencia Nro. 11-18-CN/19, lo siguiente: (párrafo 138) se recoge:

Del texto constitucional se desprende que i) los derechos se encuentran en el texto de la Constitución: ii) los derechos se encuentran, además. En los instrumentos internacionales de los derechos humanos: y. iii) los derechos se encuentran fuera del texto constitucional y de los instrumentos internacionales. A estos últimos se los conoce como derechos innominados (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, parr. 138).

Por lo tanto, no se necesita que el principio de lesividad este reconocido de forma textual en la norma constitucional, para que sea parte del marco jurídico ecuatoriano, pues basta que dicho precepto se encuentre establecido en instrumentos internacionales de derechos humanos. Es así como este precepto encuentra reconocimiento en las siguientes normas internacionales:

En primer lugar, el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; a continuación, el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; seguidamente, el artículo 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; luego, el inciso 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y, por último, el artículo 16 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

A consecuencia de aquello, no se necesita que la Constitución reconozca de forma textual el principio de lesividad para que este forme parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Pues al estar dicho principio reconocido en las normas internacionales expuestas en el párrafo anterior, se genera el inmediato reconocimiento tácito del

principio de lesividad en el marco jurídico del Ecuador en virtud del precepto de cláusula abierta reconocido en el artículo 11 numeral 7 de la norma fundamental.

Sin embargo, el principio de lesividad si tiene un desarrollo jurídico textual en Código Orgánico integral penal (COIP), pues el artículo 29 de dicho cuerpo legal, al momento de conceptualizar a la antijuridicidad en el artículo 29 establece que para que una conducta tenga relevancia en el Derecho Penal ecuatoriano, es indispensable que la misma, de manera demostrable o verificable lesione o al menos ponga en peligro un bien jurídico protegido. Esta disposición guarda plena relación con el art 22 de la misma norma el cual determina que una conducta penal relevante debe producir un resultado lesivo que pueda llegar a ser descrito y demostrado en el ámbito material.

A su vez, el art 2 del mismo cuerpo legal orgánico establece que en Derecho Penal, se aplican todos los preceptos reconocidos en las normas constitucionales del estado y a su vez en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Consecuentemente, el principio de lesividad está plenamente positivizado en la esfera penal del Ecuador, siendo esto un precepto que orienta el ejercicio del Derecho Penal, frente a los demás principios que limitan la aplicación de esta rama jurídica.

CAPÍTULO 2.

2. EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA EN EL ÁMBITO DOCTRINAL, JURISPRUDENCIAL Y LEGAL

2.1. Antecedentes

Históricamente, en el Derecho romano la pertenencia a asociaciones no autorizadas era castigada bajo la figura de el crimen “*extraordinarius*”, y si además tal organización tenía como finalidad atacar contra la res pública, tal conducta se penaba por el cometer del delito de lesa majestad (Grisolía, 2004) rapiña, entendido como la apropiación violenta bienes muebles ajenos, cuando el infractor actuaba con la ayuda de grupos organizados (Saenz, 2017).

Tales agrupaciones se caracterizaban por encontrarse manejadas por diversos individuos que pactaron la realización de conductas que eran contrarias a la ley, las cuales, a más de ley de lesionar el patrimonio privado, atentaban contra la tranquilidad y la seguridad colectiva afectando directamente el imperio romano (Sanez, 2017).

En la antigüedad, la denominación jurídica de este delito se utilizaba de forma indistinta tanto para el derecho público como el privado, sin diferenciar entre estas dos ramas se empleaba el término *noxa* o *noxia*, siendo el primero de uso más antiguo, pero con el tiempo prevaleció el segundo. Ambas expresiones tenían un valor equivalente puesto que abarcaban infracciones que lesionan tanto los intereses del estado como de las personas particulares (Gómez y Del Pozo, 2016).

Dentro del Derecho comparado un antecedente relevante de esta figura se encuentra en los artículos 322 y 323 del Código Penal Belga que se promulgó en el año de 1863, inspirado en las disposiciones jurídicas que establecía el código penal francés de 1810. En este cuerpo legal se regulaba la *Association des malfaiteurs*, estableciendo que toda asociación constituía con el fin de atentar contra las personas o los bienes constituye un crimen o delito que existe por el solo hecho de la organización de la agrupación.

Además, en dicho cuerpo legal se preveía que, si la finalidad de la asociación fuera la ejecución de crímenes sancionados con la pena de muerte o trabajos forzados, sus promotores, dirigentes y quienes ejercían cualquier mando serian penados con reclusión;

si se tratara de otros delitos, la pena sería de prisión de 2 a 5 años; y si el objeto fuer a cometer simples delitos la pena rondaría entre 6 meses y 3 años de privación de libertad.

2.2. Concepto y características

El delito de asociación ilícita se conceptualiza como la organización de un conjunto de personas que en virtud de un objetivo común que conlleva la finalidad de ejecutar delitos, se consuma por el solo hecho de organizarse, sin la necesidad de que se haya producido de forma material tales crímenes (Grisolia, 2004). La academia manifiesta que en cuanto a su clasificación se trata de un delito pluriofensivo, en virtud de que pone en peligro varios bienes jurídicos, y también es plurisubjetivo ya que lesiona el orden social estatal conjuntamente con el ejercicio legítimo de la libertad de asociación (Labatut, 1969).

Desde el punto de vista etimológico, el término “asociación” consiste en la unión de varias personas organizadas bajo la realización de un fin establecido (Muñoz Conde, 1976). Sin embargo, esta definición resulta insuficiente para constituir el concepto normativo penal que permita establecer lo que significa asociación en cuanto a una definición que arroje unidad y vinculación jurídico penal (Ranieri, 1975).

Por esta razón, el concepto que rodea este delito refiere que se trate de una conducta con la cual se presenta la coincidencia de varias voluntades orientadas a delinquir, es decir, se necesita de la presencia de más de dos personas que en ejercicio de su libertad de asociación, deciden agruparse para planificar la ejecución de una conducta delictiva, sin que sea necesario que tal finalidad de materialice (Alarcón et al, 2019).

A este delito, también se lo ha conceptualizado como una banda configurada por dos o más individuos, que previo convenio de organización, se compone para configurar infracciones penales, existiendo una voluntad destinada a cumplir con dicho objetivo (Morales, 2017). El concepto de asociación ilícita, necesita de la configuración de los siguientes elementos que lo caracterizan para su consumación:

La participación de múltiples individuos con el objetivo de desarrollar una actividad concreta; la presencia de una estructura organizativa, más o menos compleja, en función de la naturaleza de la actividad prevista; una estabilidad o continuidad en el pacto asociativo, que no puede ser meramente ocasional; y que la finalidad perseguida se corresponda con las contempladas en la norma penal (Mañalich, 2011).

Una característica trascendental de este delito, radica en que no necesita de que los sujetos organizados cometan el o los delitos planificados para su consumación. Es decir, no es indispensable que se ejecute los delitos programados por la organización. La academia también aclara que tampoco es necesario que los hechos punibles planificados sean diferentes de los que se cometieron, o que solo pretenda cometer uno solo de los delitos pensados, o incluso que al momento de cometer el delito no hayan concurrido todos los sujetos que planificaron su ejecución. Finalmente, no se afecta la configuración de la asociación ilícita si existen variaciones en su ejecución con respecto al plan original (Crespi, 1986).

Otra característica consiste en que esta infracción penal es meramente formal o de pura actividad, ya que se sanciona por la simple agrupación de los sujetos. Además, se trata de un delito de peligro abstracto ya que no lesiona materialmente un bien jurídico, sino que solo lo pone en peligro. A su vez para su configuración es indispensable la finalidad comunitaria de los miembros de la agrupación de realizar determinados o indeterminados crímenes que ponen en peligro a los bienes jurídicos de la sociedad. Esta puesta en peligro se acredita con la sola organización del grupo. (Grisolia, 2004).

Consecuentemente mete Soler (1946) aclara que el delito de asociación ilícita en cuanto a características se encuentra rodeado de tres elementos indispensables: Primero, un objeto delictivo que exige este delito, segundo, diversidad en los delitos planeados, y tercero la indeterminación de los delitos. Manzini (1957) aclara que el elemento subjetivo que caracteriza esta infracción consiste en el dolo que debe tener el sujeto, es decir, la voluntad consiente de querer ser parte de la organización, con el objeto de agruparse para realizar infracciones penales.

2.3 El delito de asociación ilícita en la Jurisprudencia

La Corte Nacional de Justicia ha analizado el delito de asociación ilícita dentro de diversos fallos. Por ejemplo, en la causa Nro.1329-2012 determino que esta infracción constituye un hecho punible de hecho abstracto, puesto que la realización de esta conducta puede llegar afectar diferentes bienes jurídicos (CNJ, 2013, Nro.1329-2012). A su vez, en la causa Nro.1287-13 el mismo órgano de justicia ha explicado que este delito no requiere de un daño concreto a un individuo determinado, si no en realidad se trate de una infracción que tutela el orden público en base a la tranquilidad social (CNJ, 2014, Nro.1287-13).

Por estos motivos la corte ha establecido que la configuración del delito de asociación ilícita constituye al orden público en sí mismo, generando un escenario de alarma o peligro social, aunque no se haya lesionado materialmente un bien jurídico protegido por la norma (CNJ,2014, Nro.1287-13).

La Jurisprudencia comparada también ha determinado los elementos que deben concurrir para que se configure el delito de asociación ilícita. Por ejemplo, el Tribunal Supremo de España dentro de su sentencia Nro.2753-2018 ha establecido que tales presupuestos son: pluralidad de sujetos como núcleo de la asociación con la finalidad de cometer infracciones penales; un acuerdo destinado a ejecutar hechos delictivos que constituye el objetivo común de la agrupación; y una permanencia en el tiempo, a fin de que el pacto delictivo sea de naturaleza duradera y no constituya una situación meramente ocasional.

La legislación española en el Art 515.1 de su código penal, reconoce la existencia de asociaciones delictivas en origen, es decir, aquellas que se crearon con el fin de cometer delitos; y asociaciones delictivas por destino, las cuales cuando se crearon tenían fines lícitos, pero en lo posterior se dedicaron a cometer actividades delictivas ambas clases de organizaciones pueden recaer en el tipo penal de asociación ilícita como en virtud de que la asociación tiene autonomía en cuanto en grupo que pone en peligro la paz social. (TSE, 2018, RJ 2018/2753).

En el caso peruano la Corte Suprema de Justicia de Perú en su resolución Nro.1296-2007 estableció par que se configure la asociación ilícita se necesita de una agrupación criminal conformada por dos o más personas que a través de un mutuo convenio tiene como objetivo ejercer una actividad ilícita. Y por otro lado es necesario que exista permanencia o estabilidad en el vínculo que une a sus miembros, orientado siempre a ejecutar un plan criminal. (CSJP, 2007, 1296-2007).

Por su parte la legislación argentina ha determinado a través de la Corte Superior de Justicia de la nación ciertos criterios que permiten diferenciar a la asociación ilícita de meros acuerdos transitorios. Para este órgano de justicia es necesario que la asociación ilícita presente un elemento de permanencia en el acuerdo delictivo, el cual está ausente en relación al simple pacto al momento de planificar un delito en específico. Es decir, la asociación ilícita necesita que el acuerdo entre los sujetos constituya una diversidad de

planificaciones delictivas, permanentes en el tiempo, en lugar de meros acuerdos criminales que terminan con el paso del tiempo. (CSJN, 2001, Caso Nro. S.471.XXXVII)

Dentro del mismo fallo el máximo órgano de justicia argentino estableció que en el delito de asociación ilícita el bien jurídico protegido es la tranquilidad pública de los ciudadanos, por lo que la norma penal no persigue la lesión efectiva de bienes jurídicos, sino pretende salvaguardar el sentimiento de paz social al perseguir en la finalidad delictiva de la agrupación que pone en duda dicha confianza ciudadana en cuanto el orden público. Así mismo, los magistrados aclaran que el delito es de naturaleza dolosa, y dicho dolo abarca, el conocimiento de número de individuos que tiene la asociación y la finalidad criminal permanente de dicha agrupación (CSJN, 2001, Caso Nro. S.471.XXXVII).

De la jurisprudencia nacional e internacional analizada, se desprende, el delito de asociación ilícita ha sido desarrollado en base a sus presupuestos objetivos que deben concurrir para que este pueda ser sancionado. El primer presupuesto, consiste en la existencia de una pluralidad de individuos que deben formar parte de la organización por común acuerdo.

El segundo presupuesto consiste en que dicho grupo tiene como fin el cometer actividades delictivas. El tercer presupuesto consiste en que el plan delictivo debe ser permanente, en lugar de ocasional, ya que es esta finalidad la que vincula los miembros del grupo.

Por último, cada miembro de la organización debe conocer estos presupuestos y querer ejecutarlos para configurar la tipicidad subjetiva dolosa de este hecho delictivo. Vale la pena aclarar que, para la jurisprudencia este delito persigue la planificación grupal que atenta la seguridad ciudadana y el orden público, siendo estos los bienes jurídicos protegidos en esta infracción.

2.4. El delito de asociación ilícita en el Código Orgánico Integral Penal

El delito de asociación ilícita se encuentra regulado en el Art 370 del COIP, siendo la redacción de este tipo penal la siguiente:

Cuando dos o más personas se asocien con el fin de cometer delitos, sancionados con pena privativa de libertad de menos de cinco años, cada una de ellas será

sancionada, por el solo hecho de la asociación, con pena privativa de libertad de tres a cinco años (COIP, 2014, Art. 370).

El tipo penal ofrece diversos elementos objetivos para analizar. Primero, la norma manda que debe existir una pluralidad de individuos, como sujetos activos de la infracción, los cuales deben ser dos o más personas. En cuanto a la calidad de estos individuos el tipo penal es genérico, es decir, puede ser cualquier persona.

Con respecto al verbo rector, es decir la conducta a ejecutar es la de “Asociarse”. No obstante, tal acción debe efectuarse con la finalidad de cometer delitos cuya pena no supere los cinco años de privación de libertad, siendo este el elemento normativo de este tipo penal, ya que el juzgador debe verificar dentro del catálogo de infracciones de la norma penal, si es que las actividades delictivas planificadas por la organización tienen por objeto hechos punibles que no superen este rango de penalidad.

Por otro lado, la norma describe que se sancionará la mera reunión de individuos, lo que hace inferir que no es necesario que se cometa el delito fin para que emerja la pena en contra de los miembros de la agrupación. Con respecto a la tipicidad subjetiva este delito es de naturaleza dolosa a la luz de los presupuestos que ordena el artículo 26 del COIP, es decir, cada miembro de la agrupación debe conocer y querer ejecutar estos presupuestos objetivos.

Por último, en cuanto a la consecuencia jurídica sancionatoria, el legislador ha previsto la imposición de una pena privativa de libertad de 3 a 5 años para quien o quienes sean los sujetos activos del delito que se ha analizado. Vale la pena indicar que, conforme la jurisprudencia expuesta en los subtemas anteriores el bien jurídico protegido de este hecho punible es el orden público y la seguridad estatal, ya que se trata de un delito de peligro abstracto.

2.5 Derecho Penal del enemigo y delito de asociación ilícita

Jakobs es el profesor que ha establecido las bases de la teoría del derecho penal del enemigo este postulado proviene del pensamiento jurídico identificado como funcionalismo normativo radical, cuya base teórica se desarrolla a partir de las teorías sociológicas formuladas por Niklas Luhmann (Rabazoni y Nadim, 2017) y se sostiene tres pilares: La noción de sociedad, la norma y la persona concebida como producto social (Cervini, 2010).

De esta manera para (Jakobs,2003), el funcionalismo penal se define como aquella doctrina que le atribuye al Derecho Penal la tarea de resguardar la identidad normativa, asegurando con ello la propia existencia de la sociedad, bajo que la premisa que la sanción cumple la función de reafirmar la fuerza obligatoria de la norma con el fin de consolidar el orden social.

Por ello, el planteamiento de Jakobs consiste en consolidar la teoría de la pena y del delito con el fin de sostener el sistema jurídico a través de la normativización de todas las categorías penales con el fin de garantizar la prevención general positiva, Esta última se apoya en tres prácticas: a) confianza en la validez de la norma; b) lealtad hacia el derecho; y c) aceptación de sus consecuencias (Demetrio, 2010).

Por lo tanto, para (Jakobs,2003) el derecho penal se orienta a ratificar el mandato normativo, más allá de buscar la protección de bienes jurídicos concretos, buscando principalmente asegurar la estabilidad de las expectativas esenciales frente a quienes las transgreden; esto equivale a preservar la vigencia de la norma que hace posible la vida social en condiciones ordinarias.

Dentro de estos postulados (Jakbos,2003) sostiene que el estado puede relacionarse con los infractores de dos maneras: Considerarlos sujetos que han errado y que, mediante la sanción, son llamados a compensar el daño; o verlos como agentes a quienes debe impedirse por la fuerza que atenten contra el orden jurídico. Esto origina dos tendencias en el derecho penal: de un lado, el tratamiento hacia el ciudadano frente al cual la sanción ratifica la validez normativa de la colectividad, y de otro, la consideración del enemigo, a quien se combate directamente por su peligrosidad. Desde esta óptica, en el derecho penal del ciudadano, la sanción tiene la función de transmitir, aunque sea de manera contra fáctica, que la acción cometida puso en entredicho la vigencia de una regla. En contraste, en el derecho penal del enemigo la sanción no comunica ni persuade; se limita a confirmar la expectativa de que dichos enemigos serán impedidos de reincidir en el futuro (Cervini, 2010).

Así mismo, se llama (Gracia,2005) entiende el Derecho Penal de los ciudadanos constituyen un mecanismo de cohesión y de pacificación entre miembros de la sociedad mientras que el derecho penal del enemigo corresponde a un sistema de exclusión jurídica y a una estrategia de enfrentamiento contra determinados individuos a su vez, (Martínez, 2016) califica al Derecho Penal del enemigo como un artificio lingüístico que justifica la

decisión de excluir parcialmente a un individuo de la condición de persona, ubicando dentro del catálogo de riesgos y amenazas sociales.

En esta misma línea (Cancio,2003) explica que el Derecho Penal del enemigo resulta de la conjunción entre un punitivismo que concibe al endurecimiento de las penas como único medio de control social y un derecho penal simbólico, cuya función es dar relevancia política e inmediata a través de normas que proyectan seguridad, aunque sin resolver el fondo de problemas reales. Por otro lado, Silva (2001) distingue tres velocidades del derecho penal.

La primera velocidad se caracteriza por corresponder al sistema clásico de privación de libertad, bajo el cual es indispensable la preservación de todos los preceptos de naturaleza político criminal, conjuntamente con las reglas de imputación y los principios procesales que la determinan. Posteriormente, la segunda velocidad a la que se refiere Silva es aquella etapa jurídica que está conformada por diferentes infracciones que no conllevan penas que tienen como finalidad la privación de libertad, por lo que cabe una flexibilización proporcional de principios y reglas en cuanto a las sanciones que se han previsto como consecuencias por la ejecución de hechos delictivos. Finalmente, el profesor ha llegado a describir una tercera velocidad, la cual conviven penas tanto privativas de la libertad como meras sanciones que flexibilizan dichos preceptos político criminales.

Debe añadirse que, en el ámbito del Derecho Penal del enemigo, el reconocimiento de garantías constitucionales dentro del sistema punitivo depende de la postura del procesado frente al Estado. Si bien transgrede normas, mientras no cuestione la existencia misma de la organización social será tratado como ciudadano y juzgado bajo los parámetros tradicionales del derecho penal. Sin embargo, cuando el comportamiento implica colocarse fuera del ordenamiento y poner en riesgo la estructura institucional del poder público, se le identifica como enemigo y se le aplica un derecho penal más severo, restrictivo y despersonalizado (Borja, 2017).

El Derecho Penal del enemigo como teoría se caracteriza por tres aspectos fundamentales en primer término, un marcado adelanto en la punibilidad; es de decir las normas penales buscan anticiparse a la comisión de hechos delictivos, en lugar de esperar que estos se cometan. En segundo lugar, se observa la previsión de sanciones de excesiva severidad: La anticipación de la punibilidad no conlleva una reducción proporcional de la pena

establecida. En tercer lugar, se restringen o incluso se eliminan diversas garantías procesales (Cancio,2003).

El adelantamiento de la punición supone ejercer el poder represivo incluso antes de que la conducta genere un daño concreto en un bien jurídico; se criminaliza comportamientos desarrollados en el plano íntimo o irrelevante socialmente, lo cual permite catalogar al autor como una amenaza latente transformado de un bien actual contra el bien tutelado (Molina, 2017).

Esto se debe a que, para esta teoría el punto de partida no es el hecho consumado, sino el proyectado, por lo que el daño real es reemplazado por la mera posibilidad de un perjuicio futuro. Así, la óptica penal se coloca en lo venidero y no en lo ocurrido (Jakobs,2003). De este modo, la sanción alcanza a fases preparatorias del delito que el Derecho Penal clásico había excluido de la persecución, traslado la tensión del acto materializado al ideado o concertado como un grave retroceso frente a la libertad ideológica y al espacio de reserva de los individuos. (Niño,2007). A su vez, en este modelo, las sanciones son desmedidamente elevadas. La desproporción se manifiesta de dos formas: en primer lugar, los actos preparatorios reciben penas equivalentes a las previstas para delitos consumados o tentados, sin atenuación alguna. En segundo término, la pertenencia del agente a una organización se utiliza para agravar de manera considerable, y en muchos casos excesiva, la pena de los delitos cometidos dentro de esa dinámica colectiva (Gracia, 2005; Leiva, 2017).

La razón de imponer sanciones tan elevadas a conductas apenas concretadas, vinculadas a la seguridad pública, se fundamenta en la necesidad de neutralizar cognitivamente a sujetos considerados peligrosos, cuya voluntad criminal se presume irreversible. Así, la pena adquiere un carácter primordialmente preventivo y de custodia (Jakobs, 2011). De igual manera, Una de las notas más sensibles del Derecho Penal del enemigo es la drástica reducción de garantías procesales. Se termina por debilitar la presunción de inocencia como principio rector dentro de toda causa judicial penal, ya que se proceden a flexibilizar cada una de las exigencias de licitud de la prueba, con lo que se terminan admitiendo intervenciones amplias por parte del Estado en la investigación penal, sobre todo en los casos de interceptación de comunicaciones, pesquisas encubiertas, incomunicación, inversión de la carga probatoria, ampliación de los plazos de detención y prisión

preventiva, e incluso se justifica teóricamente el uso de la tortura con el fin de obtener información sobre la presunta comisión de un ilícito penal (Gracia, 2005).

Finalmente, en cuanto a su teoría Jakobs ha llegado a advertir que muchas disposiciones penales recientes se presentan abiertamente como leyes de lucha o combate, justamente que tienen como objeto contraponerse a las nuevas estructuras delictivas que generan terror en algunos Estados del mundo, siendo este un contexto que demuestra que en el derecho penal contemporáneo se ha dado un tránsito hacia una normativa de confrontación, donde el enemigo es tratado bajo esquemas propios de lo militar (Gracia, 2005). Este modelo se convierte en derecho penal de autor al sancionar conductas externas inofensivas o de escasa lesividad, criminalizando en realidad la actitud interna. Igualmente, cuando una acción con mínima ofensividad recibe una pena superior a su gravedad real por razones asociadas a la peligrosidad del sujeto o a su pertenencia a determinado grupo social (Alonso, 2018).

Ahora bien, el punto de partida para comprender por qué la asociación ilícita prevista en el artículo 370 del COIP presenta rasgos a fines al derecho penal del enemigo se haya en la arquitectura teórica del funcionalismo normativo radical a partir del cual Jakobs formula la distinción entre un Derecho Penal del ciudadano y un derecho penal del enemigo, orientado el primero a la reafirmación de la vigencia de la norma frente a infracciones puntuales y el segundo a la neutralización de sujetos catalogados como fuentes de peligro futuro (Jakobs y Cancio, 2003; Cervini, 2010; Rabazoni y Nadim, 2017).

La clave funcional reside prever la libertad normativa del sistema mediante una prevención general positiva apoyada en prácticas de confianza, lealtad y aceptación de consecuencias, con lo cual la pena deja de operar exclusivamente como retribución del daño causado para convertirse en un mensaje estabilizador de expectativas sociales (Demetrio, 2010).

Esta racionalidad abre el camino para aceptar formulaciones de punición adelantada en aquellos casos en los cuales el legislador concibe organizaciones o concertaciones como amenazas autónomas, incluso cuando el daño típico todavía no se ha producido, desplazando el centro de gravedad desde el hecho lesivo hacia la estructura de peligrosidad atribuida al agente o al colectivo.

En ese marco, el tipo penal de asociación ilícita que determina la norma penal del Ecuador, sanciona “Por el solo hecho de la asociación” a quienes, siendo dos o más, se unen con el fin de cometer delitos sancionados con penas a menores a cinco años, imponiendo a cada integrante una consecuencia privativa de libertad de tres a cinco años. (COIP, 2025, art. 370).

La técnica de incriminación deja a un lado la producción de un resultado lesivo concreto y también de la consumación o tentativa de los delitos que se pretenden ejecutar, pues la sola concertación con orientación delictiva activa la consecuencia penal. Se trata de una incriminación de organización, no de acto, en la que el bien jurídico aparece protegido frente a riesgos potenciales mediante la criminalización de la pertenencia o de la vinculación asociativa orientada a delinquir; y esa estructura coincide con el rasgo principal que la teoría del derecho penal del enemigo concibe, esto es, el adelantamiento del umbral de punibilidad de lo consumado a lo proyectado (Cancio,2003)

El carácter autónomo de este delito, independiente del avance del plan delictivo refuerza la lectura de que el legislador reconfigura la ofensa desde la afectación efectiva hacia la peligrosidad estructural de la asociación, en lugar de llegar a vincularla frente a una lesión material que vulnere de manera efectiva un bien jurídico protegido.

Este adelantamiento posee dos implicaciones sistemáticas. Por un lado, desplaza el eje de la tipicidad desde conductas que materializan una lesión o una amenaza inmediata hacia el mero acuerdo de cometimiento de un delito, lo que disbuja la tradicional frontera entre fase preparatoria impune y comienzo de ejecución, expandiendo el territorio penal sobre contextos previamente reservados a la vigilancia previa y a herramientas no punitivas (Jakobs y Cancio, 2003; Niño, 2007).

Por otro lado, debilita la función selectiva de la lesividad al convertir en punible un peligro abstracto atribuido a la organización, transformando la sospecha sobre lo que los miembros podrían realizar en un fundamento suficiente de culpabilidad normativa, con el riesgo de que conductas externamente no dañinas queden incrustadas en una categoría de autor por pertenencia (Alonso, 2018; Gracia, 2005). La concentración del delito en la asociación como un fin delictivo permite imputar una conducta desvalorizada a una mera organización, lo que termina generando que la normativa pase de un derecho penal de acto a uno de autor, siendo este un signo clásico de Derecho Penal del Enemigo que describe la literatura (Gracia, 2005).

A esta anticipación del castigo se suma el problema de la proporcionalidad. La pena de 3 a 5 años se activa aun cuando los delitos que se pretenden cometer por los asociados llevan penas inferiores a cinco años. Ello produce escenarios donde la respuesta por la asociación puede igualar o incluso exceder la que correspondería al a ejecución consumada o tentada de alguno de esos ilícitos-fines, desdibujando la regla que la intervención más severa debe reservarse para los desvalores más intensos (Jakobs y Cancio, 2003; Leiva, 2017).

El impacto en las garantías procesales es otro rasgo que la doctrina conecta con los diseños incriminadores de tercera velocidad, categoría con la cual Silva describe ámbitos en los que coexisten penas de prisión con flexibilizaciones de principios político-criminales y reglas de imputación (Silva, 2001). Si bien el texto del artículo 370 no modifica estándares probatorios ni reglas del debido proceso, la estructura del injusto, concertación final, tiende a desplazar el centro probatorio hacia indicios de vinculación, comunicaciones, preparativos o adscripciones difusas, facilitando que la inferencia sobre el “fin de cometer delitos” apoye decisiones severas con material probatorio de contorno menos definido que el que exige la comprobación de un hecho consumado.

La literatura que caracteriza al enemigo como figura de peligrosidad cognitiva subraya que la autoridad invierte mayores recursos en vigilancia, agentes encubiertos e interceptaciones, y amplía márgenes de interpretación sobre elementos teleológicos, lo que en la práctica debilita el estándar de inocencia al permitir que la narración del riesgo sustituya parcialmente a la constatación del daño (Gracia, 2005; Borja, 2017). Aun sin reforma procesal expresa, la lógica del tipo empuja al sistema hacia zonas de elasticidad probatoria.

La afinidad con un derecho penal simbólico también se hace visible. Cancio señala que la conjunción de punitivismo y simbolismo produce normas que proyectan sensación inmediata de seguridad sin resolver los problemas estructurales que alimentan la criminalidad (Jakobs y Cancio, 2003). La asociación ilícita, al focalizar en la mera pertenencia con orientación delictiva, comunica un mensaje de intolerancia frente a la organización delictiva “en ciernes” y ofrece un instrumento visible para “desarticular” planes antes de su ejecución, con alto rendimiento político-criminal en contextos de alarma social.

Esa función comunicativa, incrementar la confianza en la autoridad mediante señales de control, coincide con la prevención general positiva defendida por el funcionalismo, pero a costa de ampliar el perímetro del reproche penal y de desplazar el control de daños efectivos hacia la administración de peligros abstractos. La norma actúa entonces como pieza de gestión de riesgos, en sintonía con un derecho que se concibe a sí mismo en clave de confrontación preventiva más que de respuesta a lesiones verificadas (Gracia, 2005).

La racionalidad de lucha se advierte también en el modo en el que tipo preside que la necesidad de individualizar el catálogo de delitos-fines o su inminencia. Basta el acuerdo con finalidad de delinquir de delitos cuya pena abstracta es menor a cinco años para activar la respuesta lo que configure un perímetro amplio de captura y reduce el peso de elementos de tiempo, modo u ocasión que, en el derecho de acto, suelen cumplir una función de cierre.

Esa amplitud, si bien útil para neutralizar a tiempo estructuras insipientes, intensifica el riesgo de que la imputación se sostenga en perfiles relaciones o contextos antes que en actos inequívocos, reforzando el trazo de un Derecho Penal que clasifica enemigos por su posición organizativa más que por agresiones concretas (Martínez, 2016). El pasaje desde el control de acciones a la vigilancia de pertenencias produce el efecto de limitar anticipadamente espacios de autonomía, en particular cuando la finalidad delictiva se infiere de comunicaciones ambiguas, afinidades o concurrencias con actores investigados.

Estas formas delictivas entienden que la organización representa ya una especie de perturbación a la expectativa general de obediencia frente a la norma y que la pena cumple la función de reestablecer la firmeza de dicho mandato. No obstante, la doctrina critica que este razonamiento acorta distancias entre planificación y ejecución, y que la expansión del Derecho Penal, aun con fines estabilizadores, debe calibrarse con el principio de intervención mínima para evitar que el derecho penal colonice zonas de libertad tanto de pensamiento como de reunión de las personas.

El equilibrio entre prevención y libertad se vuelve más tenso cuando la pena prevista para la asociación opera como agravante implícita del conjunto de conductas que, de producirse, podrían ser menos penadas que la propia pertenencia a la organización, lo que evidencia la desproporción punitiva que señala la doctrina del Derecho Penal del Enemigo. (Jakobs y Cancio, 2003; Leiva, 2017).

En tales escenarios, el sistema termina castigando con mayor dureza la identidad organizativa que el daño ex post, incentivando estrategias de imputación que privilegian demostrar vínculos y finalidades por encima de hechos concretos. La coherencia del sistema se resiente si la regla proporcional que vincula desvalor del hecho, culpabilidad y pena queda subordinada a criterios de peligrosidad presunta. La consecuencia es una lógica de custodia, más que de reproche por lesión, que Jakobs caracteriza como neutralización de enemigos, en la cual la pena actúa como instrumento de aseguramiento y no como respuesta a un agravio verificable (Jakobs, 2011).

Desde la perspectiva de teoría del delito, la asociación ilícita reubica la tipicidad objetiva en el plano del acuerdo final y transfiere a la antijuridicidad un componente de lesividad abstracta, mientras que la culpabilidad se asienta en la decisión de integrar un plan delictivo colectivo. Esa reconfiguración no es puramente terminológica: altera los umbrales de prueba y los criterios de imputación personal, especialmente cuando la pertenencia se prueba por inferencias sobre roles fluidos dentro de grupos informales.

La dogmática que advierte el giro hacia un derecho de autor alerta que, al penalizar actos preparatorios o conductas externamente inofensivas, lo que se reprocha es el “quién”, miembro de una asociación con fin delictivo, más que el “qué”, un acto que haya puesto en concreto peligro un bien, consolidando el rasgo identitario del enemigo como figura funcional de peligro (Alonso, 2018; Gracia, 2005).

De lo analizado en los párrafos precedentes, se evidencia que, la forma en como está estructurado el delito de asociación ilícita, parece tener tintes de las características que engloban al derecho penal del enemigo como teoría funcionalista de la doctrina penal. Esto se debe a que, de la redacción de este tipo penal se observa un marcado adelantamiento de la punibilidad al castigar la mera concertación con fin delictivo, conjuntamente con una potencial forma de redacción que permitiría abrir el paso a interpretaciones jurídicas que vulnerarían garantías procesales, tema que se analizará en los casos propuestos en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO 3.

3. ANÁLISIS DE CASOS DE ASOCIACIÓN ILÍCITA EN EL ECUADOR Y SUS IMPLICACIONES EN CUANTO AL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

3.1. Exposición de Casos

Dentro del proceso judicial Nro. 01283-2024-00098 se procesó por el delito de asociación ilícita a diversos individuos. Los hechos se produjeron del 5 de febrero de 2024 cuando un servidor policial fue alertado sobre la circulación de una motocicleta sustraída que había sido hurtada el sábado anterior en el cantón Paute. En atención a dicho reporte el agente decidió activar el dispositivo GPS instalado en el vehículo logrando ubicarlo en el sector de Morocho Kihua. Con base a esta información el agente se trasladó al lugar acompañado de dos uniformados.

Una vez en el lugar los policías observaron a dos individuos que empujaban la motocicleta sustraída con la finalidad de encenderla al percatarse de la presencia policial los individuos intentaron escapar abordando un automóvil blanco, digiriéndose por la vía principal del sector. Inmediatamente, los servidores iniciaron una persecución continua y solicitaron refuerzos, logrando que otras unidades móviles cercanas al lugar interceptaran a los sospechosos después de varios minutos de persecución.

Tras la detención del vehículo, los agentes neutralizaron a los ocupantes y practicaron el registro correspondiente. En tal diligencia se identificó a Jairo Q., de 27 años, conductor del automotor, a quien se le encontró en el bolsillo un celular Huawei color azul; a Pedro L., adolescente de 16 años, pasajero del mismo; y a Rosa I., de 24 años, portadora de una cartera negra con una pistola 9 mm (serie CP-10971) con seis proyectiles, además de un teléfono POCO violeta. Igualmente, se verificó la identidad de quienes manipulaban la motocicleta: Jady C., de 20 años, que llevaba un celular Redmi lila, y Stalyn V., menor de 16 años.

Adicionalmente, los agentes de la fuerza pública revisaron el automóvil en el que los sospechosos pretendían escapar, logrando determinar que la numeración del chasis y motor no correspondía con las placas, pues se estableció que el motor correspondía a un vehículo con matrícula diferente que había sido reportado como robado en el año 2023 dentro de la provincia del Cañar.

Por los hechos antes indicados la fiscalía procedió a formular cargos a los sujetos capturados por el delito de asociación ilícita, vinculándolos con los delitos de receptación y porte de armas de fuego. Entre los elementos de convicción que se presentaron se estableció el informe de reconocimiento de lugar, la denuncia inicial del robo y la solicitud de certificaciones al Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas para verificar autorizaciones de tenencia de armas.

Posteriormente, los procesados decidieron acogerse al procedimiento abreviado por lo cual, la justicia decidió determinar lo siguiente:

Por lo expuesto y conforme lo disponen los Arts. 622, 637 y 638 del Código Orgánico Integral Penal, Arts. 1, 168 y 169 de la Constitución de la República, el Juzgado “O” de la Unidad Judicial Penal del Cantón Cuenca: “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA”, declara a los ciudadanos, JADY ARIEL CONDOR CONDO, de nacionalidad ecuatoriana, con cédula de identidad No. 0943593004, de 20 años de edad, soltero, domiciliado en la ciudad de Cuenca, Provincia del Azuay; y JAIRO ROMEO QUEZADA SUCONOTA, de nacionalidad ecuatoriana, con cédula de identidad No. 0150984284, de 27 años de edad, soltero, domiciliado en la ciudad de Cuenca, Provincia del Azuay como AUTORES DIRECTOS y RESPONSABLES del delito de, ASOCIACIÓN ILÍCITA, ART. 370, EN RELACIÓN CON EL ART. 360 NUM. 2 PORTE DE ARMAS DE FUEGO y ART. 202 RECEPTACIÓN, DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (Unidad Judicial Penal de Cuenca, 2024, p.4).

También se encuentra el proceso judicial Nro. 09281-2016-04773, pues dentro de esta causa penal seguido en contra de Bryan Iván Rodríguez Murillo, Enrique Daniel Vergara García, Andy Ricardo Asencio Castro y José Luis Montaña Preciado se tramitó bajo procedimiento directo, en virtud de los hechos ocurridos el 16 de agosto de 2016 en la Isla Trinitaria de Guayaquil. La Fiscalía manifestó que cuatro personas procesadas fueron encontradas en un vehículo de transporte público, en posesión de armas de fuego hechas de manera artesanal y también armas de carácter corto punzante, de tal manera, quedando expuesta la actividad de realizar delitos contra la propiedad por parte de la organización delictiva.

El Hecho delictivo comenzó cuando el agente Reynaldo Cueva, cuando realizaba su recorrido de patrullaje, fue avisado por parte del conductor del autobús sobre la conducta sospechosa de los individuos. El momento que ingresó al vehículo de transporte público, los individuos bajaron de manera muy rápida del mismo y procedieron a correr con el objetivo de huir. Se realizó una persecución por parte del agente con ayuda de otros agentes más. Durante la persecución los individuos fueron detenidos por parte de los agentes y despojados de las armas que se encontraban portando. Por parte de Fiscalía, determinó que la posesión de estas armas configuraba la materialidad de la infracción tipificada en el artículo 370 del Código Orgánico Integral Penal, ya que la conducta de los cuatro jóvenes con armas al interior del autobús generaba un peligro y amenaza para la seguridad de la sociedad, incluso aun cuando no se hubiera consumado del todo el robo a mano armada.

En el momento del desarrollo de la audiencia, Fiscalía manifestó como mecanismos probatorios, los testimonios de los agentes de la Policía Nacional quienes realizaron la aprehensión de los antisociales, dichos agentes fueron quienes contaron de manera objetiva la persecución y detención, como así también, el haber encontrado en posesión de armas de fuego a los individuos Vergara y Montaña, además, en una casa del sector donde tentativamente los individuos Rodríguez y Asencio dejaron las armas corto punzantes (cuchillos). También es necesario mencionar que se introdujo un informe de reconocimiento de evidencias que demostraba la posesión de armas por parte de los individuos. El informe pericial balístico no fue incluido en el proceso debido a haberse practicado fuera del plazo que estima la ley.

La defensa técnica de los procesados indicó que jamás hubo una verdadera y real asociación ilícita por parte de los individuos. Manifestó que dichos testimonios de los agentes policiales no tenían sentido y evidentemente eran contradictorios conforme a quién fue el agente que encontró cuál de las armas; y a quién de los procesados fue que se le realizó el registro de armas. Además, la defensa mencionó que ni los pasajeros ni el chofer del autobús declararon sobre ningún intento de robo. Indicaron que las armas corto punzante no estuvieron en posesión de los detenidos y que, por lo tanto, la pericia balística, al no poder incorporarse al proceso, no permitía establecer la condición de las armas para generar disparos. Según lo manifestado por la defensa, existió por parte de la

Fiscalía argumentaciones basadas en presunciones y no en pruebas fehacientes y suficientes para imputar el delito.

La discusión tomó partida en relación a la suficiencia de la prueba introducida en el proceso. Mientras que la defensa insistía en que no se había probado fehacientemente ni el objetivo ilícito de una asociación ni la materialidad del delito de robo, por parte de la Fiscalía, se argumentó que solamente la presencia de los cuatro individuos en posesión de armas al interior del autobús generaba un peligro grave para los pasajeros y permitiría la configuración del delito de asociación ilícita. El juzgador tomó en consideración que, pese a la existencia de falencias formales en el informe pericial balístico, se determinaba prueba suficiente con la finalidad de acreditar la materialidad y responsabilidad de los individuos acusados, ya que dos de ellos se les encontraron armas de fuego en su posesión y los otros dos individuos se encontraban en compañía de los primeros en circunstancias de carácter sospechoso.

En análisis por parte del juez se manifestó sobre que el artículo 370 del Código Orgánico Integral Penal sanciona la mera reunión o asociación de dos o más personas con el objetivo de cometer conductas delictuales, sin ser necesario de que se concrete un delito o de que exista una víctima. El juzgador determinó que los hechos sucedidos configuraban un delito de peligro abstracto, ya que portar armas en general dentro del transporte público constituía amenaza y peligro a la seguridad de los pasajeros y la sociedad, inclusive, aunque no se hubiera podido demostrar una acción violenta directa. Con fundamentación en el principio de proporcionalidad, se analizó que los procesados no mantenían antecedentes penales, por lo que llevó a imponérseles la pena mínima según lo establecido en la ley.

Para concluir, el tribunal resolvió dictar sentencia condenatoria en contra de los cuatro procesados, determinando su responsabilidad como autores del delito de asociación ilícita. Se le impuso a cada uno de ellos la pena privativa de libertad de tres años, adicionalmente con una multa de diez salarios básicos unificados. Además, se ordenó la destrucción de las armas de fuego y corto punzantes, en conformidad al artículo 69 numeral 3 del COIP.

Según todo lo manifestado, el mencionado caso se resolvió como base de los testimonios de los agentes policiales, el reconocimiento de evidencias y la interpretación

de la norma tipificada sobre asociación ilícita, privilegiando la protección de la seguridad de la sociedad frente a la falta de pruebas de la existencia de un delito consumado. El juzgador determinó que tan solo la configuración de un grupo de individuos armados en un autobús constituyó amenaza suficiente para justificar la condena privativa de libertad, en aplicación del tipo penal como delito de peligro abstracto y dictando una sentencia condenatoria contra los cuatro acusados.

3.2. Análisis crítico de casos expuestos

En el primer caso, la escena probatoria gira alrededor de una motocicleta con GPS, un intento de fuga en automóvil, dos jóvenes que empujaban la moto sustraída y el hallazgo de un arma 9 mm y teléfonos. Existe además una irregularidad con relación a la identificación del chasis y del motor que enlaza el vehículo con un reporte previo de robo. Estos elementos permitieron a la Fiscalía imputar por el delito asociación ilícita y generó una vinculación de receptación y porte de armas. Posteriormente, hubo dos procesados que se acogieron al procedimiento abreviado y el juzgador dictó condena privativa de libertad por asociación junto con los otros delitos.

Todo lo manifestado genera una pregunta simple: ¿Dónde se puede evidenciar una coordinación previa, sólida y encaminada hacia un objetivo en común, que permita comprender a la “asociación ilícita”, como algo diferente a actuaciones independientes? Dentro del proceso judicial, tal como se manifiesta, se nombra sujetos, objetos y actos; sin embargo, no muestra pactos, roles, permanencia ni estructura mínima. Solamente se mira la motocicleta, el arma y la fuga; mas no se mira la relación asociativa como hecho independiente.

El delito de asociación ilícita demanda algo diferente a la colaboración en la infracción, esto se debe a que este hecho punible por su naturaleza, no necesita solamente que dos o más individuos participen en un hecho delictivo, ni que se encuentren en posesión de armas o que huyan juntos; siempre es necesario una planificación previa con un objetivo delictivo, un tipo de estabilidad y repartición en funciones que va más allá de la situación puntual.

Por lo tanto, si no existen vestigios de que haya existido un acuerdo previo con el fin de delinquir, la imputación entonces se mantiene en meros indicios de participación conjunta del hecho descubierto (porte, receptación) y desde ese momento escala a asociación. Ese avance es problemático con relación a la lesividad, ya que traslada el daño o peligro concreto a un riesgo de carácter abstracto no comprobado. En simples palabras; se sanciona la intención planeada, no el plan efectivamente probado.

Es necesario manifestar que el procedimiento abreviado aplicado añade otra circunstancia. Se trata de un mecanismo eficiente y útil, pero el momento en que se activa en un expediente en el cual la “asociación” no se encuentra singularizada, se torna la imagen del control por parte de los jueces. Un juzgador permite una admisión y establece la sanción sobre una clasificación que, de manera formal, debe tener fundamentos propios. Se tiene que mencionar que, en un contexto de esta forma, el procedimiento abreviado se muestra más como una vía rápida para terminar el caso en conformidad a hechos de carácter patrimonial y tenencia más que como una demostración de existencia de “asociación previa”. Si la estructura de asociación no está delimitada, la reacción de carácter penal podría terminar sancionando una presunta “integración” inferida en el hecho concreto, en vez de una planificación verdadera entre los participantes.

En el segundo caso la situación tiene más claridad debido a que cuatro individuos bajaron del autobús, y fueron encontrados con dos armas corto punzantes y dos armas de fuego de carácter artesanal, después de la persecución y su detención. El informe balístico no fue incorporado al proceso por ser extemporáneo al mismo. Las versiones de los agentes de la Policía Nacional mostraban un cúmulo de inconsistencias y ninguno de los pasajeros declaró que se trataba de un intento de robo.

La Fiscalía estructura que la imputación de asociación partiendo desde una idea de riesgo proveniente de la tenencia de armas en un autobús de transporte público, el juez considera el supuesto como un delito de peligro en abstracto y dicta condena privativa de libertad. Retoma la discusión central; ¿en qué momento se evidencia un acuerdo previo y necesario para la asociación? La mera tenencia de armas (verificado de una forma parcial por el peritaje excluido), por lo tanto, en concordancia con otros no equivalente para sí mismo con respecto a la certeza exigida por el tipo, sin un objetivo en común claramente establecido, sin actuaciones preparatorias guiadas en una sola dirección, con falta de

continuidad de reuniones o una distribución de carácter funcional de tareas, lo que se puede evidenciar es una suerte de inferencia de peligro, mas no una estructura clara.

El principio de lesividad como requisito necesita la existencia de un daño o que por lo menos, haya un peligro que permita materializarse con respecto a un bien jurídico. No significa de manera necesaria que deba haber víctimas en todos los supuestos posibles, pero si es necesario al menos, riesgo que pueda materializarse sobre un bien jurídico. No implica siempre que deban haber o existir víctimas determinadas en cada uno de los supuestos, pero si es necesario siempre que el peligro no sea meramente enunciado de manera abstracta. Cuando dentro de un proceso se acude a la figura penal de “asociación” con la finalidad de sancionar el riesgo que produce un grupo delictivo armando sin verificar un plan en concreto, se traslada hacia un sistema penal que se refiere a una peligrosidad en abstracto.

La doctrina especializada señala que esta orientación tiene similitud con el llamado “derecho penal del enemigo”, por lo tanto, la sanción se traslada hacia fases previas al daño y se mantiene pausada en algunos supuestos de riesgo más que en conductas de carácter concreto (Jakobs y Cancio, 2003; Silva, 2001; Gracia, 2005). No se trata de dar un calificativo, sino se hace referencia a un cambio de criterio, de manera que se reprocha menos un hecho comprobado y se reprocha más a la eventualidad, “que podrían llegar a hacer”.

La articulación con respecto a las fuentes teóricas permite establecer mejor el caso. Partiendo desde una perspectiva funcional, el derecho penal tiene como objetivo mantener las expectativas sociales y reafirmar con fuerza la norma establecida, inclusive permitiéndose dar una respuesta previa ante posibles peligros a futuro (Jakobs y Cancio, 2003; Cervini, 2010). Sin embargo, en estos supuestos en los que se pretenden sancionar actos preparatorios con el fin de evitar los delitos que las organizaciones pretenden consumir, la normativa termina por apartarse del principio de lesividad, ya que se transforma la presunta asociación de sujetos en una suerte de culpabilidad basada en parámetros legales, o en el peor de los casos, en meros indicios que ni siquiera obedecen a la existencia de un acuerdo previo para delinquir.

Este es el motivo por el cual, al examinar la doctrina, se evidencia que la misma ha llegado a generar una especie de crítica con respecto al castigo a asociaciones sin

fundamentos fuertes tanto de planificación como de estructuración, por lo cual, se termina penalizando la mera pertenencia al grupo, mas no se sanciona la verdadera lesión ni el peligro o riesgo en concreto al bien jurídico (Alonso, 2018; Gracia, 2005). Asimismo, la literatura académica refiere que el principio de proporcionalidad también se ve afectado cuando la pena que se impone, por el mero hecho de ser parte del grupo, llega a empatar o sobrepasar la prevista para los delitos planificados que nunca fueron consumados (Leiva, 2017). De tal manera se altera la escalada de gravedad, debido a que la ausencia de lesión no genera una respuesta penal menor.

Partiendo desde la teoría del bien jurídico, el criterio se restringe. El *ius puniendi* solo es procedente cuando ante una afectación verdadera o un riesgo concreto del bien protegido, no podría ser frente a supuestas apariencias o peligros que se imaginen (Muñoz Conde, 1984; Zaffaroni, 2002). Todo lo mencionado se puede verificar en el COIP, que demanda lesión o riesgo verificable para concretar la antijuridicidad.

Cuando la presunta “asociación” se fundamenta en una simple coincidencia de estar juntos en indicios no estables y en un arma cuyo funcionamiento esta en duda ya que no pudo acreditarse por una anomalía del proceso, la idea de una lesividad se desvanece. El proceso concluye con fundamentación en la noción de que “cuatro individuos con un arma en un autobús” es suficiente sustento. Sin embargo, esa fachada no reemplaza una demostración efectiva de concierto previo

La carga probatoria determina el caso. En la ciudad de Guayaquil, la exclusión de la pericia elimina un punto muy importante, poder demostrar el funcionamiento de las cartucheras de las armas, a falta de esa constatación, la idea de peligrosidad objetiva pierde fuerza. Además, no existe testimonio de un pasajero que pueda dar fe de amenazas o intentos intimidación, y la ubicación de las armas corto punzantes se fundan en contradicciones, de manera que la imputación por asociación queda levantada sobre fundamentos inestables. El juez podría argumentar “riesgo abstracto”, proveniente de tenencia de armas dentro del autobús, pero para pasar de esa situación hacia la “asociación” es necesario mucho más que una simple presencia conjunta y una acción de fuga. Se debe probar una finalidad común, un propósito compartido, basado en actos anteriores y reales, no solamente fundado en la escena.

En la ciudad de Cuenca, la aplicación de un procedimiento abreviado está orientado a una eficiencia de carácter procesal y no constituye defecto en si mismo. La complicación se muestra cuando el acuerdo, al evitar la realización del juicio, constituye una imputación de “asociación”, que el expediente no desarrolla con acierto. Se puede observar que si las piezas del proceso muestran con claridad receptación (motocicleta con rastreador GPS, numero de chasis y alteración en el motor) y tenencia (arma dentro de una bolsa), pero no se evidencia una planificación previa, la figura de “asociación” termina funcionando como instrumento para cerrar el caso bajo un tipo de mayor carga censoria. Y esa escenificación de dar imagen de solidez y desarticulación de bandas, coinciden con lo que la doctrina llama “derecho penal simbólico”, genera una sensación de control, aunque no permita solventar la insuficiencia probatoria. (Jakobs y Cancio, 2003).

El principio de lesividad no es precepto netamente académico, pues el mismo ordena la puerta de entrada del castigo: si no hay daño ni riesgo serio, el Estado no debe intervenir penalmente; y si interviene, debe hacerlo en el lugar correcto del esquema del tipo penal. Aquí el lugar correcto, según los datos, eran los delitos patrimoniales vinculados y el porte, no la asociación ilícita que no tiene cabida en cuanto a los elementos de convicción encontrados en la flagrancia. La sanción fundada en la pertenencia sin ningún pacto comprobado desaparece la separación entre acción y persona, se pasa a reprochar “con quien te vinculas”, en vez de “que afectaste y a que bien jurídico”. La doctrina determina esta característica como un regreso al derecho de autor, en el que la adscripción vale más que la conducta por asociación sin acuerdo demostrado rompe la frontera entre acto y autor (Alonso, 2018).

La secuencia demanda precisión, la asociación tiene que ser anterior al delito que se pretende cometer, no ser después ni ser simple coincidencia, se determina mediante estructuras, contactos y recursos compartidos, distribución de funciones y actuaciones. En las situaciones establecidas se puede observar acciones momentáneas como empujar una motocicleta, llevar armas, huir, ninguna de estas actuaciones por si sola constituye o configura asociación. Y si en caso de que la evidencia sobre el arma demuestra fallas, o si la receptación es el elemento más sólido del expediente, por lo tanto, entonces el supuesto vínculo existente asociativo queda sin fundamento. Al quedar sin el fundamento,

la lesividad desaparece, no se visualiza un riesgo concreto atribuible a una organización, sino actos que están ya previstos en tipos penales en específico.

La proporcionalidad tiene el mismo deterioro. Si la sanción por asociación se activa únicamente por la mera “reunión para delinquir” y se establece en márgenes iguales o superiores a los delitos-fin de escasa penalidad, la relación daño-pena se desarticula. Esa es la observación clásica a la tercera velocidad punitiva del derecho penal: se adelanta el castigo sin ajustar su severidad (Silva, 2001). La reacción deja de graduarse con base en lo acontecido o en un peligro demostrable, y se fija por lo que el grupo “podría” llegar a hacer. La dogmática garantista advierte un exceso que debilita la función protectora del principio de lesividad y orienta el sistema hacia una lógica de neutralización preventiva (Ferrajoli, 2012).

Existe igualmente un aspecto probatorio. La vinculación suele “acreditarse” con señales abiertas: comunicaciones, proximidades, coincidencias en tiempo. Se trata de pistas, no de comprobaciones concluyentes. Cuando el juzgador rebaja la exigencia y acepta esos indicios como reemplazo del plan, las garantías se ven desplazadas sin norma procesal que lo permita. La doctrina ha señalado que, en marcos de lucha contra la delincuencia, tal flexibilidad deviene regla fáctica: se tolera mayor observación, más inferencia con respecto a la finalidad delictiva y una noción más amplia del plan (Gracia, 2005; Borja, 2017). El problema no es solo teórico: donde la finalidad se infiere sin tapas fuertes, el riesgo de error aumenta.

Todo lo anterior permite analizar el núcleo del problema jurídico expuesto en esta investigación. Si el bien jurídico es la seguridad pública o el orden socioeconómico, su “lesión” por asociación debe mostrarse, no asumirse. Debe verse en actos que indiquen peligro real nacido del acuerdo, no de la mera coexistencia. En el caso de Guayaquil, con balística excluida, la materialidad del arma queda débil. En el contexto de la ciudad de Cuenca, contando con una receptación claramente identificada y el arma incautada, el daño se manifiesta dentro de los delitos contra el patrimonio y de la tenencia ilícita, mas no en la figura asociativa, en ambos la imputación de asociación aparece como una manta que busca cubrir espacios vacíos probatorios sobre la existencia de la planificación. Esto transforma la aplicabilidad del delito en una estructura que se expande y rebasa los límites materiales de la lesividad.

Una crítica constante manifiesta que aguardar a que el colectivo “intervenga” sería imprudente. No se plantea obtener daños consumados, el criterio es la existencia verificada de un peligro grave. La prevención es compatible con la lesividad si se apoya en pruebas de plan y proximidad del daño. Lo que resulta incompatible es convertir “estar juntos con objetos peligrosos” en “asociación” sin trazar el hilo del acuerdo y su finalidad. Esa diferencia separa el control legítimo del atajo simbólico. La primera opción protege bienes y respeta límites; la segunda satisface la ansiedad social, pero a costa de la coherencia del sistema.

Los dos casos muestran una misma estructura, no se precisa el acuerdo, se da privilegio a indicios materiales y en uno de ellos, se valida por procedimiento abreviado. De manera conjunta, esto permite mantener que la “asociación” funcionó como “tipificación paraguas” para complicar la respuesta penal cuando los delitos conexos ya eran suficientes. Si este tipo busca adelantar peligros de estructuras delictivas organizadas, su aplicabilidad debe reservarse a situaciones en las cuales se verifica planificación verdadera. Ponerlo en práctica sin este respaldo vulneraría el principio de lesividad y terminaría en una punición fundada en supuesta peligrosidad.

De todo lo observado, la imputación y posterior sanción por asociación ilícita, muestra una verdadera tensión con respecto al principio de lesividad, el daño o riesgo grave no proviene de una “estructura” acreditada, sino más bien, de conductas ya previamente tipificadas que por sí mismas, habilitan una reacción penal. La asociación, realizada de esa forma, opera como refuerzo simbólico que adelanta la punición, agranda la proporcionalidad y permite introducir flexibilidad en las garantías, tal como se ha señalado la observación al derecho penal de tercera velocidad (Silva, 2001), y una orientación dirigida hacia la peligrosidad (Gracia, 2005; Alonso, 2018).

Si el estándar de lesividad es mantener el ius puniendi en el carril del acto y del riesgo serio, la solución técnica en casos como estos es re-centrar la respuesta en los delitos efectivamente probados y exigir, para la asociación, prueba fuerte del acuerdo previo y su finalidad. Eso no debilita la persecución penal; la hace más nítida, más justa y más coherente con el límite material que legitima castigar.

3.3 Criterios finales sobre el delito de asociación ilícita y el principio de lesividad en la normativa del Ecuador

El principio de lesividad, concebido límite sustancial del poder penal que demanda la existencia de un daño o por lo menos de un riesgo verificable sobre bienes jurídicos, acuta como un criterio central para establecer la validez de la tipificación de la asociación ilícita dentro del sistema penal ecuatoriano. Desde una perspectiva constitucional, se manifiesta que el principio de lesividad se encuentra regulado de manera tácita dentro de lo que prescribe el art 11.7 de la Constitución de la República del Ecuador, mismo que se caracteriza por contener diferentes derechos y principios que no son expresos, pero al ser conectados con el concepto mismo de dignidad, se los incluye automáticamente en la normativa ecuatoriana. No obstante, la lesividad ya encuentra un reconocimiento expreso en las disposiciones de la norma penal ecuatoriana, pues el COIP al requerir antijuridicidad real y un perjuicio o peligro verificable, reconoce que esta rama jurídica solo tiene aplicabilidad cuando tales presupuestos de peligrosidad al bien jurídico se cumplan (CRE, 2008, art. 11.7; COIP, 2025, arts. 2, 22 y 29).

Desde la teoría penal, vale la pena comentar que la literatura ha establecido que este enfoque se llega a terminar concibiendo como fundamento necesario para legitimar la pena versus simples infracciones de carácter normativo o juicios morales (Muñoz Conde, 1984; Zaffaroni, 2002). En el caso de que la asociación ilícita del art 370 del COIP, traslada el punto central desde la afectación en concreto de bienes jurídicos hacia un riesgo asumido de la asociación, se genera una problemática con la función garantista, al reemplazar el castigo por perjuicio o peligro verificable por uno basado en presunciones.

La legislación ecuatoriana sanciona “Por el simple hecho de asociarse” a dos o más individuos que se agrupan con el propósito de cometer delitos sancionados con penas menores a cinco años, estableciendo de tres a cinco años de privación de libertad para cada integrante (COIP, 2025, art. 370). Este tipo penal se configura como un delito de mera actividad y riesgo de carácter abstracto, ya que por sí mismo, no exige la consumación ni tentativa de los delitos-fines, no necesita que el riesgo sea verificable en un caso en concreto, permite fundamentar la responsabilidad penal en la existencia misma de la organización dirigida hacia al delito.

Consecuentemente, se observa que en este delito la aplicación del Derecho Penal se fundamenta netamente en la pertenencia asociativa de sujetos con la organización

criminal siendo esta característica la que evidencia tensiones con el principio de lesividad. Si el bien jurídico, seguridad ciudadana, queda protegido por la punición adelantada de la mera pertenencia al grupo, la prueba del peligro se sustituye por la presunción de que la agrupación criminal, compromete esos valores protegidos, lo que termina por erosionar el mandato de verificación material del peligro que determina la Constitución y el COIP a través del principio de lesividad.

Al analizar la corriente del garantismo penal se observa que esta regulación no es compatible con dichos postulados, pues esta teoría sostiene que las normas penales deben ser de ultima ratio, es decir que sean orientadas a la tutela de bienes jurídicos y no a la autoconservación del orden por mantener la vigencia normativa (Ferrajoli, 2012). La corriente funcionalista, por su parte, ha defendido la estabilización de expectativas de respeto a la norma mediante prevención general positiva, sin importar que ello implique relativizar el concepto y función del bien jurídico. (Jakobs, 1997, 2003).

De esta controversia emergen dos conceptos de control: una que condiciona la pena a la existencia de una lesión o al riesgo concreto y verificable y otra que permite la sanción de fases preparatorias, previas y funciones que por su capacidad de desestabilizar la vigencia normativa. Cuando el artículo 370 beneficia la neutralización de la asociación “en ciernes”, sin exigir un peligro materializado, asume un modelo de avance punitivo característico de la “tercera velocidad” del derecho penal, que combina el rigor punitivo con flexibilización de garantías, acercándose al esquema de exclusión del llamado derecho penal del enemigo (Silva, 2001; Jakobs y Cancio, 2003; Gracia, 2005).

En el ámbito jurisprudencial, la Corte Nacional ha definido la asociación ilícita como un delito de peligro abstracto, guiado hacia proteger la paz pública y el orden social, sin necesidad de la existencia de daño concreto a una persona en específico (CNJ, 2013, Nro. 1329-2012; CNJ, 2014, Nro. 1287-13). El derecho comparado ha delineado, además, sus componentes esenciales, pluralidad de intervinientes; acuerdos previos con propósitos delictivos; permanencia del vínculo; y conocimiento en común de esos fines, con destacables coincidencias en los criterios del Tribunal Supremo español (RJ 2018/2753), la Corte Suprema peruana (CSJP, 2007, 1296-2007) y la Corte Suprema argentina (CSJN, 2001, S.471.XXXVII).

Esta línea comparada, útil a la dogmática ecuatoriana, insiste en que el núcleo no es la copresencia o la cooperación episódica, sino la concertación durable para delinquir.

De nuevo, si ese núcleo no se acredita con parámetros robustos, el salto a la punición anticipada afecta la lesividad y abre la puerta a imputaciones basadas en perfiles de peligrosidad.

Además, los casos examinados en este trabajo, confirman el problema. Por ejemplo, en el proceso judicial Nro. 0283-2024-0098, el núcleo de la prueba se organizó alrededor de una motocicleta sustraída con GPS, la persecución vehicular, un arma 9mm y una inconsistencia de chasis y motor que conectaba con un reporte de robo. Estos elementos jamás mostraron pactos previos, roles organizativos, permanencia ni estructura de una organización criminal, más, sin embargo, los procesados fueron procesados por asociación ilícita.

En este caso la responsabilidad penal se terminó apoyando en meros indicios de peligrosidad en cuanto a los sujetos y objetos encontrados, más nunca se logró justificar que los individuos habían efectuado un plan, ni tampoco que conformaban una asociación estable. En este punto, el riesgo verificable que exige el principio de lesividad se lesiona, ya que lo único que se probó de manera solida son las infracciones de receptación y porte ilegal de armas. No obstante, las autoridades con estos elementos automáticamente presumieron la existencia de un acuerdo asociativo con fines delictivos previos, que los llevo a procesar a los sujetos por asociación ilícita.

Por su parte, el proceso Nro.09281-2016-04773, que se tramitó en el procedimiento directo presento el mismo patrón que el proceso anterior pues se encontraron 4 jóvenes, dos armas de fuego artesanales, dos armas blancas, persecución, captura y exclusión de pericia balística por ser extemporáneo. Sin declaraciones de pasajeros que acrediten tentativa o amenaza concreta la sentencia emitida en el caso determina la existencia de un peligro abstracto y condena a los procesados por la infracción de asociación ilícita.

De acuerdo con el precepto de lesividad, el mero hecho de portar armas en un bus puede constituir un indicio relevante de peligro, pero a que exista responsabilidad por asociación ilícita se requiere algo más que la presencia de objetos y sujetos peligrosos, pues se necesita probar un acuerdo cuyo fin es delinquir y la permanencia estable del grupo.

Cuando estos requisitos faltan, se genera una culpabilidad en base a la presunción de “Lo que podría llegar a ocurrir”, lesionando el estándar de riesgo verificable que exige

el COIP. Además, al haberse excluido la pericia balística se debilita aún más la verificación material de un peligro, por lo que la asociación se determina en base a meras inferencias o suposiciones.

Desde la perspectiva de la norma el precepto de clausula abierta reconocido en la Constitución, conjuntamente con las reglas del COIP, orientan la interpretación de estos casos en otro sentido. La norma constitucional impone el debido proceso, la presunción de inocencia, el principio de proporcionalidad y la motivación como garantías que contienen el poder punitivo (CRE,2008, art. 76). El COIP por su parte, exige que la antijuridicidad se verifique la lesión o el peligro demostrable y ubica al bien jurídico como centro para determinar este elemento del delito (COIP,2025, arts. 22 y 29).

Entonces, si la asociación ilícita se utiliza como “Paraguas” para cerrar casos con prueba débil sobre el acuerdo de la organización, se produce un doble desajuste del orden penal, pues por un lado se adelanta la punición sin llegar a acreditar un peligro objetivo; y por otro lado se produce una desproporción en la esfera punitiva puesto que no se compruebe el estándar de lesividad.

La corriente garantista es clara con respecto a este punto. El principio de lesividad actúa como limitante frente al utilitarismo punitivo: evita la sanción de conductas por simples apariencias, peligros supuestos o emociones; exige que la estructuración de tipos que integren el bien jurídico y peligro verificable, demanda que la acreditación del plan trascienda la coincidencia circunstancial o la afinidad contextual (Moccia, 1997; Milicic, 2016).

El derecho penal del ciudadano constituye un modelo jurídico de aplicación de las normas penales que se diferencia del modelo del enemigo, puesto que éste último, se aplica para sujetos potencialmente peligrosos bajo la idea de que los mismos no pueden ser rehabilitados, y su presencia en la sociedad pone en duda la vigencia jurídica de las leyes. Por estos motivos, el derecho penal del enemigo parte de la idea de que la pena tiene como única función el conseguir con su imposición que se reafirme la vigencia normativa (Jakobs y Cancio, 2003; Cervini, 2010).

En el uso expansivo de la asociación ilícita se advierte, por el contrario, la tendencia a penalizar el “quién”, miembro de una asociación con fin delictivo, por encima del “qué”, acto que lesiona o pone en peligro verificable un bien, lo que delata el tránsito hacia un derecho de autor (Alonso, 2018).

El contraste con el derecho comparado refuerza la conclusión. Allí donde se ha sostenido la incriminación de asociaciones se han robustecido los requisitos de permanencia del acuerdo, estabilidad organizativa y finalidad delictiva plural, justamente para no confundir cooperación episódica con estructura criminal (CSJN, 2001, S.471.XXXVII; CSJP, 2007, 1296-2007; RJ 2018/2753).

La regulación ecuatoriana, por su parte, al castigar la simple unión con propósitos de carácter delictivo de delitos de baja penalidad y al hacerlo con sanciones que puedan equiparar o exceder la respuesta a los delitos-fines, genera un margen de castigo amplio que el riesgo de un desplazamiento simbólico, se refiere a un control sin base probatoria fuerte del plan del criminal, aumenta considerablemente (Jakobs y Cancio, 2003). Desde una perspectiva de la lesividad y proporcionalidad, esta manera de avance punitivo necesita un estándar probatorio sólido con respecto de la concertación y una penalidad que manifieste la no existencia de perjuicio verdadero y la menor entidad de delitos programados, no siendo así, se rompe la relación que existe entre gravedad de un hecho y reacción penal.

El examen de los casos presentados, normas vigentes y la doctrina utilizada permiten sostener como hipótesis final que la redacción y aplicación del art 370 del COIP tal como se viene entendiendo por parte de las autoridades, vulnera el principio de lesividad que estructura el Derecho Penal ecuatoriano. Esta vulneración se produce porque en el país se admite condenas por asociación ilícita en base a indicios débiles que no justifican la existencia de un acuerdo entre los procesados ni tampoco se produce una verificación material del riesgo que exige la antijuridicidad penal.

Por lo tanto, para combatir a las organizaciones delictivas reales, se debe reorientar la práctica judicial, al análisis de pruebas contundentes que determinen un peligro futuro, y justifiquen debidamente que existe un acuerdo previo entre los procesados en relación a cometer delitos fines de manera estable y planificada. Solo así, se respetará el estándar garantista que exige la norma constitucional ecuatoriana.

CONCLUSIONES

La idea fundamental detrás del principio de lesividad se encuentra en la necesidad de lesión o puesta en peligro de modo verificable de un bien jurídico para que la conducta pueda llegar a calificarse como un delito en el ámbito material. Bajo esta perspectiva, no basta con que la actuación de la persona contradiga el precepto legal penal, sino a su vez es necesario que la ofensa o el riesgo al bien jurídico sea materialmente constatable, de manera que el tipo penal incorpore efectivamente el bien jurídico y la puesta en peligro de este mediante la amenaza inminente de su integridad.

La importancia de este principio no se llega a limitar en el ámbito filosófico o dogmático, sino que también se proyecta en la esfera normativa. En el contexto del Ecuador, por más de que la Constitución de 2008 no enuncia de forma expresa el principio, su vigencia se desprende de la cláusula abierta del artículo 11, numeral 7, que permite reconocer principios implícitos relacionados con la dignidad humana, en consecuencia, de aquello, el principio de lesividad alcanza rango constitucional indirecto, fortalecido por los instrumentos internacionales que exigen estructurar un sistema penal conforme a sus límites. En el plano legal, el COIP recoge esta directriz al exigir que la conducta relevante en materia penal produzca lesión o, al menos, genere un peligro demostrable para bienes jurídicos tutelados.

Por otra parte, el delito de asociación ilícita se conceptualiza como la organización de un conjunto de personas que en virtud de un objetivo común que conlleva la finalidad de ejecutar delitos, se consuma por el solo hecho de organizarse, sin la necesidad de que se haya producido de forma material tales crímenes. La academia expuesta en este trabajo, manifiesta que en cuanto a su clasificación se trata de un delito pluriofensivo, en virtud de que pone en peligro varios bienes jurídicos, y también es plurisubjetivo ya que lesiona el orden social estatal conjuntamente con el ejercicio legítimo de la libertad de asociación.

Una característica trascendental que se ha determinado sobre este delito, radica en que no necesita de que los sujetos organizados cometan el o los delitos planificados para su consumación. Es decir, no es indispensable que se ejecute los delitos programados por la organización. La academia también aclara que tampoco es necesario que los hechos punibles planificados sean diferentes de los que se cometieron, o que solo pretenda cometer uno solo de los delitos pensados, o incluso que al momento de cometer el delito no hayan concurrido todos los sujetos que planificaron su ejecución. Finalmente, no se

afecta la configuración de la asociación ilícita si existen variaciones en su ejecución con respecto al plan original.

En el Estado ecuatoriano, se ha determinado dentro del COIP, el delito de asociación ilícita, el cual se encuentra regulado en el artículo 370 de dicho cuerpo jurídico, el cual sanciona toda organización de dos o más individuos, que tenga como objeto cometer hechos punibles cuya pena no supere los cinco años de privación de libertad, sancionándose la mera reunión de personas, sin necesidad de que sea indispensable cometer el delito fin.

De los casos analizados en este trabajo se ha podido evidenciar que existe un problema en cuanto a la forma en cómo se concibe el juzgamiento del delito de asociación ilícita en el Ecuador. Esto se debe a que, se procesa a personas en virtud de indicios o de la peligrosidad de los sujetos. Esto se lo hace, sin que tales elementos logren acreditar que ha existido una asociación que se haya propuesto en un momento determinado cometer delitos con penalidad a cinco años, de manera habitual o permanente.

Este hecho genera que se procese a las personas por meras inferencias sin llegar a comprobar de manera objetiva que dicha organización se dio en un momento determinado. Pues para que se pueda responsabilizar a una persona por haber cometido el delito de asociación ilícita se necesita algo más que la presencia de objetos o sujetos considerados peligrosos, ya que es necesario justificar el acuerdo con fines delictivos efectuado por los individuos, y la permanencia estable del grupo.

De esta manera, la lesividad se ve condicionada, ya que la norma ecuatoriana no se fundamenta en un peligro verificable al bien jurídico para imponer la sanción penal, ni tampoco examina si se cumple a cabalidad los criterios objetivos que una asociación delictiva demanda para poder ser procesada. En el caso ecuatoriano, el mero hecho de que se sancione la mera reunión de individuos, sin la constatación de un peligro objetivo, establece una regulación que se apega a un Derecho Penal más arbitrario que garante, originándose una tensión con el principio de lesividad.

REFERENCIAS

- Alarcón Delgado, V. A., Quito Ramón, M. P., Merchán Palacios, S. J., & Chamba Orellana, S. D. (2019). Estudio jurídico dogmático del delito de asociación ilícita en la legislación penal ecuatoriana. *RECIMUNDO: Revista Científica de la Investigación y el Conocimiento*, 3(1), 1507–1523.
[https://doi.org/10.26820/recimundo/3.\(1\).enero.2019.1507-1523](https://doi.org/10.26820/recimundo/3.(1).enero.2019.1507-1523)
- Alonso, A. (2018). *¿Actos preparatorios o pre-crímenes? ¿Penas o pre-castigos? Aproximación al fundamento de la preparación delictiva*. *Estudios Penales y Criminológicos*, 38, 461–510.
<https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/5394>
- Amado Riensberg, D. A., & Díaz Núñez, M. del C. (2022). El rol de las garantías constitucionales y procesales. *Revista Jurídica*, 14(1), 194–206.
<https://doi.org/10.5281/zenodo.6628697>
- Binder, A. (2002). *Introducción al derecho procesal penal* (2.^a ed.). Ad-Hoc.
- Borja, E. (2017). *Justicia penal preventiva y derecho penal de la globalización: Proyecciones en el ámbito del terrorismo*. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 28–71.
<https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/1221>
- Caro Coria, D. C. (2006). Las garantías constitucionales del proceso penal. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 4, 1027–1045.
- Cervini, R. (2010). El derecho penal del enemigo y la inexcusable vigencia del principio de la dignidad de la persona humana. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, 5, 27-50
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6119807.pdf>
- COBO DEL ROSAL, M., & VIVES ANTÓN, T. S. (1996). *Derecho penal. Parte general* (4.^a ed.). Tirant lo Blanch.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OEA TS No. 36, 1144 U.N.T.S. 123.
<https://www.oas.org/es/dh/>

- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. (1989). *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, G.A. Res. 44/25, U.N. Doc. A/44/49, TS vol. 1577, p. 3. <https://www.ohchr.org/es/professionalinterest/pages/crc.aspx>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2019, 12 de junio). *Sentencia No. 11-18-CN/19: Caso No. 11-IR-CN (matrimonio igualitario)*.
- Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala de lo Penal. (2013, 3 de junio). *Sentencia No. 635-2013 (Exp. No. 1329-2012)*. Quito: CNJ.
- Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala Penal. (2014). *Sentencia No. 1716-2014 (Juicio No. 1387-2013, recurso de casación)*. Quito: CNJ.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. (2001, 20 de noviembre). *Stancanelli, Néstor E. y otro (Recurso de hecho)*, Fallo S.471.XXXVII. Buenos Aires: CSJN.
- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Segunda Sala Penal Transitoria. (2007, 12 de diciembre). *Recurso de Nulidad No. 1296-2007-Lima*. Lima: CSJ.
- Crespi, G., & otros. (1986). *Comentario breve al Codice Penale*. Padova: Cedam.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, Resolución VIII, Novena Conferencia Internacional de los Estados Americanos. <https://www.oas.org/es/iachr/basic-texts/AmericanDeclaration.asp>
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, G.A. Res. 217A (III), U.N. Doc. A/810. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Demetrio, E. (2010). *Crítica al funcionalismo normativista*. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3, 13–26. <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24633>
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón* (Vol. 5). Trotta.
- Ferrajoli, L. (2012). El principio de lesividad como garantía penal. *Nuevo foro penal*, 8, 100.

- Ferrajoli, L. (2018). *El paradigma garantista: Filosofía crítica del derecho penal*. Trotta.
- Función Judicial del Ecuador. (2017, mayo 8). *Proceso judicial Nro. 09281201604773, Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes de Guayaquil, provincia de Guayas*.
<https://procesosjudiciales.funcionjudicial.gob.ec/actuaciones>
- Función Judicial del Ecuador. (2024, febrero 6). *Proceso judicial Nro. 01283202400098, Unidad Judicial Penal de Cuenca*.
<https://procesosjudiciales.funcionjudicial.gob.ec/movimientos>
- Gómez Colomer, J.-L. (1996). *Constitución y proceso penal*. Tecnos.
- Gómez Segura, O., & Del Pozo Franco, P. (2016, febrero). Reforma al tipo penal de la asociación ilícita. Ambato: Universidad Regional Autónoma de Los Andes.
<http://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/4894>
- Gracia, L. (2005). *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*. Tirant lo Blanch.
- Grisolía, F. (2004). El delito de asociación ilícita. *Revista Chilena de Derecho*, 31(1), 75–88.
- Jakobs, G. (1985). Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97, 753–756.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (2.ª ed., J. Cuello Contreras & J. L. Serrano González de Murillo, Trads.). Marcial Pons.
- Jakobs, G., & Cancio Meliá, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Civitas.
- Jescheck, H.-H. (1993). *Tratado de derecho penal. Parte general*.
- Labatut, G. (1969). *Derecho penal: Parte especial* (5.ª ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- Leiva, A. (2017). *Derecho penal del enemigo y delitos terroristas: Por una reconsideración de sus propuestas en un Estado de derecho*. *Revista de Derecho UDD*, 35–52.

- Manzini, V. (1955). *Instituzioni di diritto penale italiano: Parte speciali*. Cedam.
- Mañalich R., J. (2011). Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 32(8), 279–310.
- Milicic, A. J. (2016). El principio de lesividad y la peligrosidad en nuestro Código Penal. <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/milicic2.pdf>
- Moccia, S. (1997). De la tutela de bienes a la tutela de funciones: Entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales (R. Ragués I. Vallés, Trad.). En *Política criminal y nuevo derecho penal: Homenaje a Claus Roxin* (pp. 118–119). J.M. Bosch Editor.
- Molina, R. (2017). *El derecho penal del enemigo: Los delitos contra la estructura del Estado constitucional* [Tesis de grado, Universidad de las Américas]. Repositorio Institucional UDLA. <https://dspace.udla.edu.ec/handle/33000/7980>
- Morales, G. (4 de 10 de 2017). EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA EN EL CODIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (COIP). Obtenido de <https://dialogojuridico.blog/2017/10/04/el-delito-de-asociacion-ilicita-en-el-codigoorganico-integral-penal-COIP/>
- Muñoz Conde, F. (1976). *Derecho penal: Parte especial*. Universidad de Sevilla.
- Niño, L. F. (2007). *Derecho penal del enemigo: Nuevos argumentos para el viejo discurso del poder punitivo*. En F. Pérez Álvarez (Ed.), *Universitas Vitae: Homenaje a Ruperto Núñez Barbero* (pp. 553–566). Universidad de Salamanca. <https://rebiun.baratz.es/OpacDiscovery/public/catalog/detail/pdf?detailId=b2FpOmNlbGVicmF0aW9uOmVzLmJhcmF0ei5yZW4vMjUxMzYyOTI>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, G.A. Res. 2200A (XXI), U.N. Doc. A/6316, TS vol. 999, p. 171. <https://www.ohchr.org/es/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- Pawlik, M. (2016). El delito, ¿lesión de un bien jurídico? *InDret*.
- Polaino Navarrete, M. (2000). *El injusto típico en la teoría del delito*. Editorial MAVE.

- Rabazoni, R., & Nadim, R. (2017). *Sistema penal funcionalista e o direito penal do inimigo*. *Cadernos do PPGDir./UFRGS*, 12(1), 379–398.
https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/3/2018_03_1315_1340.pdf
- Ranieri, S. (1975). *Manual de derecho penal: Parte especial*. Temis.
- Roxin, C. (2003). *Derecho procesal penal* (25.ª ed.). Editores del Puerto.
- Sáenz, J. (2017, marzo). La asociación ilícita y sus repercusiones penales en Panamá.
<http://doctorajuliasaenz.com/wpcontent/uploads/2017/03/Laasociaci%C3%B3n-il%C3%ADcita-y-sus-repercusiones-penales-en-Panam%C3%A1.pdf>
- Sánchez Escobar, C. S. (2013). Bien jurídico y principio de lesividad: Bases históricas y conceptuales sobre el objeto de protección de la norma penal. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, (5), 436–509.
<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP>
- Soler, S. (1946). *Derecho penal argentino* (T. IV). Tipográfica Editora Argentina.
- Soler, S. (1983). *Derecho penal* (T. II). Tipografía Editora.
- Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal. (2018, 26 de junio). *Sentencia No. 2753/2018*. Madrid: TS (RJ 2018/2753).
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2002). *Derecho penal. Parte general*. Ediar.