

VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA EN EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA.¹

ASSESSMENT OF CIRCUMSTANTIAL EVIDENCE IN ILLICIT ASSOCIATION CRIMES.

Alejandra Troya²
jtroya@estud.usfq.edu.ec

RESUMEN

La asociación ilícita en el Ecuador se encuentra tipificada en el Código Orgánico Integral Penal como un delito plurisubjetivo de peligro abstracto y que, mediante el vínculo de los sujetos intervinientes transgrede el orden social. Asimismo, se considera que esta conducta será castigada como un delito autónomo. El objetivo de este estudio es determinar los elementos doctrinarios que aparentemente no están tipificados de manera expresa en la norma ecuatoriana y establecer un contraste mediante el derecho comparado en relación a la tipificación del delito. Por último, se analizará la eficacia de la prueba indiciaria en este tipo de delitos.

PALABRAS CLAVE

Asociación ilícita, prueba indiciaria, medio de prueba, orden público

ABSTRACT

Illicit association in the Ecuadorian Criminal Code is a crime of abstract and plurisubjective danger, which through the link of the intervening subjects transgresses the social order, such behavior will be punished as an autonomous crime. The objective of this study is to determine the doctrinal elements that apparently are not expressly typified in the Ecuadorian norm and establish a contrast with the norms of other countries in the typification of crime. Finally, the effectiveness of circumstantial evidence in this type of crime will be analysed.

KEYWORDS

Illicit association, circumstantial evidence, public order

Fecha de lectura: XX de XX de 2020

Fecha de publicación: XX de XX de 2020

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por: Dr. Xavier Andrade Castillo

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. BREVE ANTECEDENTE E HISTORIA DE LA ASOCIACIÓN ÍLÍCITA.- 2.1. LA ASOCIACIÓN ÍLÍCITA EN ECUADOR Y SUS ELEMENTOS.- 2.2. DERECHO COMPARADO SOBRE EL TIPO PENAL.- 3. INDICIOS.- 3.1. CARACTERÍSTICAS DE LA PRUEBA INDICIARIA.- 3.2. EFICACIA DE LA PRUEBA INDICIARIA. 3.3 LOS INDICIOS COMO UN MEDIO DE PRUEBA.- 4. VINCULACIÓN DE LOS INDICIOS A LOS ELEMENTOS DEL TIPO.- 4.1. PROBLEMAS FORMALES Y PROCESALES DE LA ASOCIACIÓN ÍLÍCITA 5. CONCLUSIONES.

1. Introducción

La presente investigación abarcará un análisis general del delito de asociación ilícita desde una perspectiva jurídica, doctrinaria y jurisprudencial. Asimismo, se analizará como se evidencia mediante prueba indiciaria. El problema en la actualidad se presenta debido a que su análisis se centra en la intención de cometer varios delitos, sin importar si se concreta o no una transgresión al bien jurídico para el cual se confabuló. En este caso basta con el hecho de la pertenencia de varios sujetos a una banda o grupo, es decir, el mero hecho de integrar y actuar en una asociación con el fin de cometer delitos se castiga como un delito autónomo bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano considerando que se vulnera directamente el orden público. Este tipo penal debe cumplir con los elementos que están tipificados en el Código Orgánico Integral Penal, aunque aparentemente la conducta no se encuentra debidamente descrita con relación a los elementos del tipo. Este delito tiene un nivel considerable de dificultad al momento de probar la existencia de una vulneración al orden público y, por ende, a otro bien jurídico protegido.

Para dicho propósito, primero, se desarrollarán los antecedentes del tipo penal de la asociación ilícita, sus elementos y como la doctrina los describe mediante la aplicación del derecho comparado, así como la tipificación y sanción en el Código Orgánico Integral Penal; segundo, se tratarán los indicios, sus características como prueba indiciaria, su eficacia al respecto de las reglas de valoración y se expondrá las corrientes doctrinarias más importantes referentes a la eficacia de los indicios como medio de prueba; y, por último, se realizará un análisis al respecto de la importancia de la valoración de los

indicios como medios probatorios para determinar el cometimiento de la asociación ilícita.

2. Breve Antecedente de la Asociación Ilícita

El delito de la asociación ilícita, como lo describe Carnevali fue creado:

“Desde sus orígenes como un arma de lucha en contra de las conductas disidentes, pero, sobre todo, en contra de las denominadas bandas de malhechores, las que por su especial organización y estabilidad, portaban un grado importante de peligrosidad”³.

Este tipo penal es uno de los más antiguos en la historia que ha ido modificándose durante el tiempo debido a la necesidad de condenar a este tipo de conductas calificadas como meros actos preparatorios⁴ para el cometimiento de otro ilícito, debido a su forma particular en la estructura y método de organización se sitúa en el fenómeno de la criminalidad organizada⁵.

Si bien es cierto, el derecho de asociación constituye un derecho fundamental⁶, sin embargo, existe una restricción a esto cuando la finalidad de la asociación sea la unión voluntaria y permanente de distintos sujetos con el propósito de cometer varios delitos⁷.

Tratadistas tales como Cornejo⁸, Grisolía⁹ y Faraldo¹⁰ explican los elementos subjetivos y objetivos de este delito, en el cual mediante una organización jerárquica tres o más personas se ponen de acuerdo en formar parte de un grupo de manera permanente y conjunta con un objetivo común, que tiene que ver con el cometer varios delitos que atenten a una persona o a su propiedad. Sin embargo, estos elementos del tipo han ido evolucionando en la historia, ya que en un inicio las asociaciones tenían como objetivo

³Raúl Carnevali; Hernán Cubillos, “Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el art. 16 de la Ley N° 20.000.” *Política Criminal*. (2008), 2.

⁴*Id*, 3

⁵*Id*, 3-4.

⁶Álvaro Pinzón. *Principios Fundamentales del Derecho Penal*, (Derecho Penal y Criminología 11,no.37 1989), 16.

⁷Francisco Grisolía, *El Delito de Asociación Ilícita EI: Revista Chilena de Derecho vol. 31 no. 1* (2004), 76.

⁸Abel Cornejo, *Asociación Ilícita y delitos contra el orden público*. (Buenos Aires: Editores Culzoni 2001), 73.

⁹*Ver*, Francisco Grisolía, “El Delito de Asociación Ilícita”, *EI: revista chilena de derecho Vol. 31 No. 1* (2004), 80-85 (explicando la pluralidad de sujetos en la conducta, las cuales se organizan en torno de un objetivo común que se resume en la finalidad de cometer delitos y por otra parte el elemento objetivo que tendrán una estrecha relación con el número de integrantes de la asociación y su estructura).

¹⁰*Ver*, Patricia Faraldo, “Organizaciones Criminales Y Asociaciones Ilícitas En El Código Penal Español”, *REJ: Revista de Estudios de la Justicia n.19* (2013), 19-23 (detalla elementos de la asociación criminal en el ámbito subjetivo, tales como: la necesidad de una estructura jerárquica, un cierto número de personas, estabilidad en el tiempo).

costrar venganza, robar, estafar, hacer saqueos y estos actos sobresalían contra el orden de un país o región.

La asociación ilícita es un delito de peligro abstracto debido a su consumación. Los delitos de peligro abstracto se basan en figuras delictivas que tienen como finalidad atentar en contra de los bienes jurídicos colectivos. Ranieri, califica a la asociación para delinquir “en la unión voluntaria y permanente de tres o más personas, con el conocimiento en cada una de la conducta ajena con el propósito común de cometer varios delitos”¹¹.

En la actualidad, existe una evolución dogmática penal que trata de combatir el crimen organizado. En el ámbito internacional, se creó un instrumento que es la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos (también conocido como la Convención de Palermo), los cuales entraron a vigencia en septiembre de 2003. Su contenido trata diversos problemas mundiales y el que nos compete es la delincuencia organizada, mediante el refuerzo y cooperación eficaz entre todos los Estados parte para combatir los grupos delictivos.¹² Ecuador ha ratificado este convenio en contra de la delincuencia organizada transnacional. La Convención además define y tipifica varias conductas que guardan relación con los grupos delictivos organizados con la finalidad de que cada país sea parte de esta colaboración mediante una adecuación normativa en su legislación interna con el propósito de prevenir, reprimir y sancionar las distintas actividades ilícitas.

La Convención de Palermo tiene como propósito obligar a los Estados parte que penalicen no solo las conductas como tal del crimen organizado, sino también ciertas actividades que se integran con la delincuencia organizada, en suma a eso la convención contiene otro protocolo que es “contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego”¹³ como medida para combatir el crimen organizado y erradicar la fabricación de armas de fuego y municiones además de su tráfico a nivel internacional. La finalidad de este instrumento internacional es implementar medidas de protección para la sociedad

¹¹Francisco Grisolia, “El Delito de Asociación Ilícita”, *EI: revista chilena de derecho* Vol. 31 No. 1 (2004), 76.

¹²Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Convenio No.1 RO/197, Viena, 24 de Octubre de 2003.

¹³Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Anexo: Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones

civil, programas de protección para los testigos y también protección para las víctimas de los delitos a través de la cooperación internacional.¹⁴

2.1. La Asociación Ilícita en Ecuador y sus elementos

El primer Código Penal ecuatoriano fue promulgado en 1837 con la necesidad de crear un ordenamiento social que vaya acorde al sistema Republicano que se vivía en la fecha,¹⁵ y además su tipificación fue inspirada en el Código Francés y el Código Penal Belga del siglo XIX¹⁶. En el cual en particular en sus artículos 322 y 323 menciona a la *Association des malfaiteurs*; que tipifican lo siguiente:

“Toda asociación formada con el objeto de atentar contra las persona o las propiedades, es un crimen o un delito, que existe por el solo hecho de la organización de la partida”; y, que “Si la asociación ha tenido por objeto la perpetración de crímenes que traen aparejadas la pena de muerte o de trabajos forzados, los provocadores de esa asociación, los jefes de esa partida y los que hubieren ejercido en ellas un mando cualquiera, serán castigados con la reclusión. Serán castigados con una prisión de 2 a 5 años, si la asociación ha sido formada para cometer otros crímenes y con una prisión de 6 meses a 3 años, si la asociación ha sido formada para cometer delitos”¹⁷ (Traducción no oficial).

Históricamente, Ecuador tuvo su primer Código Penal en el año 1837¹⁸, dentro del cual, en el título “De las Cuadrillas de Malhechores” tipifica:

Artículo 181.- Es cuadrilla de malhechores toda reunión de cuatro o más personas mancomunadas para cometer junta o separadamente, pero de común acuerdo, algún delito o delitos contra las personas o contra las propiedades, sean públicas o particulares¹⁹.

De tal manera este artículo define a las cuadrillas de malhechores y en los artículos desde el 182 hasta el 185 establece el castigo para los individuos dependiendo de la participación dentro de las cuadrillas, para los que han proporcionado armas o municiones y para quienes faciliten el lugar de reunión de los sujetos, además puede resaltarse que se tipificaban el número de personas que integrasen una cuadrilla para que se configure como tal, siendo una asociación delictiva de más de cuatro e inferior a veinte personas, debido a que si sobrepasaban esa cantidad de integrantes encajaba en otro tipo penal. A pesar de que no exista el delito de la asociación ilícita de manera expresa en esta norma, es importante mencionar que ya se tipificaba esta conducta que sus elementos tienen relación con lo que actualmente se conoce como asociación ilícita.

¹⁴Artículo 31, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

¹⁵Santiago Morales, “La Historia de Legislación Penal: Un Acercamiento a la Evolución del Castigo en el Ecuador” (congreso, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2017).

¹⁶Ernesto Albán Gómez. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. (Quito: Ediciones Legales EDLE S.A), 354.

¹⁷Artículos 322 y 323. Código Penal Belga, R.O. N/D, 8 de junio de 1867, reformada por última vez R.O. N/D, 21 de junio de 2019. (traducción no oficial)

¹⁸Este Código Penal fue elaborado en la Presidencia de Vicente Rocafuerte.

¹⁹Código Penal del Ecuador, Registro Auténtico 1837 de 14 de abril de 1837.

Posteriormente, existieron varias modificaciones al Código Penal en los años 1872, 1906, 1938, y en el Código Penal del año 1971²⁰, en el Título V “De los Delitos Contra la Seguridad Pública” regulando el delito de las asociaciones ilícitas como toda asociación formada con el fin de atentar en contra las personas o propiedades y se castigaba por el solo hecho de la organización de la partida²¹. La asociación ilícita describe en sus artículos del 369 al 372 del Código Penal de 1971, además de la conducta típica, la pena a los individuos de la asociación que hubieren suministrado a la partida armas, municiones, escondite, entre otras conductas haciendo una diferencia en la participación de los sujetos dentro de la asociación, imponiendo una pena privativa de la libertad de dos meses hasta cinco años de prisión, dependiendo del rol que hayan tenido en la partida²².

Más tarde, en el año 2014 se promulga el actual Código Orgánico Integral Penal (COIP) dentro del Capítulo de “Terrorismo y su financiación”, se tipifica a la asociación ilícita de la siguiente manera:

Art. 370.- Asociación Ilícita.- 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 años²³.

Con respecto al elemento subjetivo, el COIP establece que dos participantes configuran el número mínimo de una partida, aunque no se refiere a un número máximo de personas. A diferencia de los códigos de Chile, Guatemala, República Dominicana, Cuba, El Salvador y España, es primordial que la participación sea mínima de tres miembros para que se configure el elemento subjetivo del tipo penal²⁴.

Seguidamente, se encuentra el elemento objetivo que es la voluntad de los partícipes al cumplir un rol específico dentro de una organización, sin importar si se ejecuta o no los hechos planeados. Asimismo, este elemento es expresado en la ejecución de una función específica por los miembros en la organización interna para el cometimiento de otro ilícito²⁵. La asociación ilícita en la legislación ecuatoriana no menciona ningún tipo de agravantes en relación a este delito; aparentemente la tipificación de este tipo penal es

²⁰Código Penal del Ecuador, R.O. Suplemento 147, 22 de enero de 1971, reformada por última vez R.O. Suplemento 18 de 14 de febrero de 2014.

²¹Artículo 369, Código Penal del Ecuador, 1971.

²²Artículo 370-372. Código Penal del Ecuador, 1971.

²³Artículo 370, Código Orgánico Integral Penal Ecuador, R.O. Suplemento 180, 10 de febrero 2014 reformada por última vez R.O. (N/D) 4 de diciembre de 2019.

²⁴Abel Cornejo, *Asociación Ilícita y delitos contra el orden público*. (Buenos Aires: Editores Culzoni 2001), 54.

²⁵Edgardo Donna, *Derecho Penal*. (Buenos Aires: Rubinzal – Editores Culzoni, 2002), 300-301.

de manera simple, considerando que es una conducta penalmente relevante en contraste con otros ordenamientos. Por lo tanto, se puede concluir que existe una falta de tipicidad de los elementos del delito en el COIP a diferencia de como se encuentran contemplados en la doctrina y esto acarrearía hacia una confusión entre la asociación y la delincuencia organizada o una coparticipación.²⁶

2.2. Derecho Comparado sobre el Tipo Penal

Con la finalidad de determinar los elementos dentro de la tipificación de la asociación ilícita, el presente subcapítulo analizará a continuación: los criterios en derecho comparado relacionados con el tipo y el alcance que tiene la tipificación del delito con respecto al castigo para los integrantes de la asociación delictiva.

2.2.1. Colombia: Concierto para delinquir

El Código Penal colombiano vigente, en el Título XII referente a Delitos contra la Seguridad Pública, dentro del Capítulo I Del Concierto, El Terrorismo, Las Amenazas y la Instigación en su artículo 340 tipifica y sanciona “cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos indeterminados” calificando la sanción de la conducta por el simple acuerdo entre los intervinientes que tenga como finalidad manifestarse mediante la creación de un estado delictivo que signifique una amenaza para la seguridad pública.²⁷ Los elementos configurativos de la tipicidad en el concierto para delinquir da lugar cuando varias personas se asocian mediante un acuerdo de voluntades encaminadas con un fin en común; con el ánimo de permanencia en el tiempo a través de la realización repetitiva de actividades ilícitas; manifestándose con una estructura y división de tareas entre los sujetos que intervienen dentro de la asociación y el bien jurídico tutelado es la seguridad pública y el bien común.²⁸

Una vez realizado el análisis anterior de los elementos en la tipicidad del concierto para delinquir limitando a este como un acto autónomo, es importante también mencionar que en sus siguientes incisos aparentemente constituyen diversas modalidades que pueden crear agravantes del tipo: ii) El convenio para cometer delitos de genocidio,

²⁶Tania Gajardo, “Elemento del Delito de Asociación Ilícita en la Jurisprudencia Chilena” *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N. 73, (2010), 142.

²⁷Luis Valero. “El delito de Concierto para Delinquir”. *Vía iuris: revista Libertadores*, No. 9 (2010), 101.

²⁸Ver a Zaffaroni en Álvaro Márquez, “Diferenciaciones dogmáticas del delito de concierto para delinquir frente a la coautoría”, *Informes de investigación: Revista Dialogos de Saberes* n. 29 (2008),17-34 (explicando que a pesar de que la ideología del bien jurídico protegido ha sido criticada debido a que es un concepto indeterminado, al parecer el bien jurídico penalmente tutelado es la seguridad pública y para la doctrina es sustancial identificar si se atenta contra este bien jurídico para conocer con que tipo de delito se debe de sancionar ya que si el acuerdo de voluntades es para otro delito, se aplica únicamente los criterios de coautoría)

desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato (inciso segundo); iii) además la pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, constituyan o financien el grupo delictivo (inciso tercero) y; iv) el último inciso castiga la comisión de delitos de contrabando de hidrocarburos y sus derivados con pena privativa de libertad de seis a doce años (inciso cuarto)²⁹.

2.2.2. Chile: De las asociaciones ilícitas.

Por su parte Chile, en su Código Penal en el artículo 292, dentro del título sexto de los crimines y simples delitos contra el orden y seguridad públicos cometidos por particulares, describe:

“Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse”³⁰

Por lo cual, los elementos que constituyen el ilícito en este ordenamiento jurídico, es la unión de tres o más personas, por el solo hecho de asociarse este delito es punible. En el siguiente artículo del título de las asociaciones, se considera la perpetración de crímenes, los jefes que hayan ejercido mando en el grupo delictivo y además sus provocadores, les corresponderá la pena de presidio mayor sin importar el grado de participación en el cometimiento y por otra parte cuando la asociación haya cometido delitos simples, la pena que les corresponde será a presidio menor cualesquiera que fuese el grado de los individuos participantes³¹.

En cuanto a las penas, se diferencia a quienes ejerzan mando en la planificación de los delitos y por otro lado para quienes suministren armas, municiones, instrumentos, escondite, lugares de reunión ante los cuales se juzga con la pena de presidio mayor en un grado mínimo³².

2.2.3. Argentina: Asociación Ilícita

²⁹Artículo 340, Código Penal Colombia, Ley 599 de 2000, R.O. 599, 24 de julio de 2000, reformada por última vez R.O. 649 Ley 1908 de 9 de julio de 2018.

³⁰ Artículo 292. Código Penal Chile, Id. Norma 1984 de 12 de noviembre de 1874, reformada por última vez Ley 21212 de 4 de marzo del 2020.

³¹Artículo 293. Código Penal Chile, 1874.

³²Artículo 294. Código Penal Chile, 1874.

El Código Penal de la Nación Argentina en su artículo 210³³, dentro de los delitos contra el orden público, tipifica al delito de la asociación ilícita, mediante la participación de tres o más personas que estén destinadas a cometer delitos, el núcleo de la conducta es el pertenecer a una asociación. Por lo cual el castigo para quienes hayan formado parte de la banda será de tres a diez años, por el solo hecho de pertenencia y por otra parte para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión. En el artículo 210-bis, tipifica que quienes formen parte de la banda como cooperadores o que ayuden con información importante para el cometimiento de un ilícito y que esto ponga en peligro la vigencia de la Constitución Nacional se impone prisión de cinco a veinte años y que además deba reunir al menos dos características detalladas en el ordenamiento.³⁴ La particularidad de este segundo artículo mencionado en relación a la asociación ilícita, aparentemente es que su tipificación expresa propósitos que tiene la asociación en cuanto este dirigida al cometimiento de delitos con un propósito político.

De tal manera, los elementos del tipo de manera específica son: formar parte de una banda, tener un propósito colectivo de delinquir, conformar la asociación mediante un número mínimo de participantes y el bien jurídico protegido en este ordenamiento es la seguridad pública además, como se menciono anteriormente en esta ley penal se toma en cuenta el grado de participación de los integrantes de la asociación.

2.2.4. España: Asociación Para Delinquir

En la legislación española, su Código Penal en el Capítulo IV, de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas³⁵, en el artículo 515.1 describe a la conducta de la asociación como un acto genérico, y su elemento

³³Artículo 210, Código Penal de la Nación Argentina Ley 11.179, R.O. 8300 del 21 de diciembre de 1984.

³⁴“Se impondrá reclusión o prisión de cinco a veinte años al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que ella reúna por lo menos dos de las siguientes características:

- a) Estar integrada por diez o más individuos;
- b) Poseer una organización militar o de tipo militar;
- c) Tener estructura celular;
- d) Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo;
- e) Operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país;
- f) Estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad;
- g) Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior;
- h) Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos”.

Artículo 210-bis, Código Penal de la Nación Argentina, 1984.

³⁵Código Penal España, R.O (N/D), 24 de noviembre de 1995, reformada por última vez R.O (N/D) BOE N. 281 13 de marzo de 2019.

subjetivo es la pluralidad de personas que se asocien. El elemento objetivo se resume en cometer un delito o después de constituir una asociación que se promueva la comisión de manera coordinada, organizada y reiterada³⁶. Y en el mismo artículo especifica otras modalidades constitutivas del delito de la asociación, tales como: cuando se empleen medios violentos, organización de carácter paramilitar, las que inciten al odio, discriminación o violencia en contra de otras personas debido a la diversidad cultural, religiosa, ideológica.

2.2.5. México: Asociaciones delictuosas

México, en el Código Penal Federal de 1931 tipifica en el título IV, delitos contra la seguridad pública”, el capítulo IV “Asociaciones delictuosas” en el artículo 164³⁷ que: “serán sancionados quienes formen parte de una asociación o banda de tres o más personas con un propósito de delinquir”³⁸. Al respecto de la pena está la prisión de cinco a diez años y de cien a trescientos días multa. El siguiente artículo³⁹, tipifica agravantes al respecto de los miembros de la asociación como quienes pertenezcan o haya pertenecido a el cuerpo policial o si es un miembro de las Fuerzas Armadas Mexicanas. En este ordenamiento, llama la atención que en el artículo 164-bis se refiere a una figura delictual que es la pandilla, y hace una diferencia con la asociación, debido a que la característica de pandilla es mantener una reunión de manera ocasional o transitoria de

³⁶“Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

- 1.o Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.
- 2.o Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.
- 3.o Las organizaciones de carácter paramilitar.
- 4.o Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad”. Artículo 515, Código Penal España, 1995.

³⁷“Al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir, se le impondrá prisión de cinco a diez años y de cien a trescientos días multa. Cuando el miembro de la asociación sea o haya sido servidor público de alguna corporación policial, la pena a que se refiere el párrafo anterior se aumentará en una mitad y se le impondrá, además, la destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro. Si el miembro de la asociación pertenece a las Fuerzas Armadas Mexicanas en situación de retiro, de reserva o en activo, de igual forma la pena se aumentará en una mitad y se le impondrá, además la baja definitiva de la Fuerza Armada a que pertenezca y se le inhabilitará de uno a cinco años para desempeñar cargo o comisión públicos”. Artículo 164, Código Penal Federal México, 1931.

³⁸Código Penal Federal México, R.O. N/D del 14 de agosto de 1931, reformada por última vez R.O N/D DOF 24 de enero de 2020.

³⁹“Cuando se cometa algún delito por pandilla, se aplicará a los que intervengan en su comisión, hasta una mitad más de las penas que les correspondan por el o los delitos cometidos... Se entiende por pandilla, para los efectos de esta disposición, la reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen en común algún delito. [...]”. Artículo 164-bis, Código Penal Federal México, 1931.

tres o más personas que cometan algún delito en común pero que no hayan estado confabuladas o asociadas previamente.

El análisis anteriormente desarrollado, permite evidenciar que el tipo penal tratado sanciona tanto el grado de participación de los sujetos como el mero hecho de formar parte de una asociación que se dedica a cometer actos ilícitos.

De esta manera, se puede comentar que los elementos del tipo penal en los ordenamientos previamente revisados tienen similitud entre sí. A pesar de que su tipificación en algunas leyes sea más precisa con respecto a sus elementos. Por ejemplo, la precisión del número de integrantes de la asociación a pesar de que exista una variación entre lo estipulado en la doctrina y por otra parte en el ordenamiento jurídico. la mayoría de las legislaciones exigen que el número mínimo de participantes sea de tres⁴⁰. El tipo penal analizado en su mayoría se ubican dentro de los títulos que hacen referencia a los delitos contra el orden público⁴¹ o seguridad pública⁴² y la doctrina de la autotutela del poder del Estado en contra de los grupos organizados.

Al respecto de las penas, están las legislaciones de Chile, Argentina y Colombia que mencionan una diferencia en la participación de los sujetos, ya sean los jefes, organizadores, fundadores que se los sanciona con una pena mayor que a los otros miembros de la asociación. Y a esto se suma España que a pesar de que el artículo de las asociaciones ilícita no mencione sus faltas de manera expresa, en el artículo 517⁴³ hace una distinción en la pena en virtud de la calidad que tengan los sujetos dentro de la asociación.

Un último criterio de este análisis permite identificar mediante las normativas tratadas en contraste con el COIP, similitudes tales como actualmente se sanciona el hecho de pertenecer a una asociación o cometer un delito mediante la misma, además el bien jurídico tutelado que en su mayoría es el orden público. Por otra parte, las diferencias relevantes en el tipo penal son: (i) Colombia tipifica a la asociación como una figura heterogénea “concierto para delinquir”⁴⁴ en el cual se castiga al solo hecho de formar parte de una asociación y además describe las penas cuando exista un agravante respecto a quienes inspiren, fomenten o adquieran una posición de autoridad en la participación.

⁴⁰Legislación de México, Argentina, España y Colombia.

⁴¹Legislación de Chile y Argentina.

⁴²Legislación de Ecuador, Colombia, Chile y México.

⁴³Código Penal España, R.O (N/D), 24 de noviembre de 1995, reformada por última vez R.O (N/D) BOE N. 281 13 de marzo de 2019.

⁴⁴Artículo 340, Código Penal Colombia, Ley 599 de 2000, R.O. 599, 24 de julio de 2000, reformada por última vez R.O. 649 Ley 1908 de 9 de julio de 2018.

ii) El Código Penal Federal de México, en su artículo 164-bis regula dentro del régimen de “asociaciones delictuosas”, a las pandillas por el simple hecho de la reunión de personas de manera ocasional a pesar de que no busquen cometer de manera conjunta u organizada algún delito. Con todo lo mencionado, se evidencia los elementos de la permanencia y la jerarquía que el COIP no tipifica en la asociación ilícita.

Por lo expuesto previamente, nos enfocaremos en el alcance y la utilidad de la prueba indiciaria, con el propósito de determinar un delito mediante los elementos que pueden configurar únicamente indicios, pero que permitan demostrar la certeza de algunos hechos, deduciendo la participación de los sujetos y el nexo causal creando una relación coherente con los hechos probados.

3. Indicios: nociones generales, características y eficacia probatoria

Partiendo de una definición esencial, el término *indicium* deriva de *indiciere* que en latín significa indicar, mostrar, señalar o dar a conocer algo⁴⁵. En la edad media, se consideraba al indicio como un sistema inquisitivo, interrogador o como un modo de adquirir una prueba útil en un proceso penal formalmente legal⁴⁶. Éste, dentro del sistema monárquico, era utilizado para torturar a los opositores porque se consideraba necesario terminar con ellos debido a su manera distinta de pensar; sin embargo, no era bien visto hacerlo mediante un acto de fuerza.

Para actuar de manera legítima en contra de estos disidentes se los señalaba hasta obtener una confesión, y lo hacían mediante la tortura, ya que no existía una prueba plena en su contra, utilizando así un indicio en contra de alguien, como por ejemplo el tildar a alguien de ser hereje⁴⁷ y con esta prueba se podía torturar a la persona, por los criterios y creencias que existían en la época de la religión. La tortura era el medio de una “actividad procesal investigativa” mediante la cual se conseguía una confesión que constituya la madre de todas las pruebas y se obtenía una prueba aparentemente legal. De la misma forma, el indicio constituía para el inquisidor todo lo que él quisiera, como una leve sospecha, su imaginación, la suposición, cualquier argumentación. Incluso, si alguien hacía un comentario en contra de la iglesia o realizaba actos en contra de la religión, podía ser acusado por herejía, y utilizando ese comportamiento como una acusación mediante indicios para el sometimiento de una tortura que aparentaba tener legitimidad.

⁴⁵Jorge Arenas. *Pruebas Penales*. (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 2003), 359.

⁴⁶*Id.*, 356.

⁴⁷*Id.*, 357.

En la actualidad, la prueba indirecta se basa sobre el indicio o el hecho base. Para Román, la prueba indirecta es “cuando el juzgador forma su convicción partiendo de unos hechos indiciarios debidamente acreditados en la causa”⁴⁸. Por lo cual, es necesario tomar en cuenta ciertas características sustanciales de los indicios que son: la autenticidad y objetividad teniendo relación con un hecho ya conocido o en otras palabras, la existencia de una premisa mayor, una premisa menor, el hecho indicador y la conclusión⁴⁹. Además, que se encuentren los indicios plenamente acreditados que sean plurales, que coincida con el hecho que se quiere probar y que entre esos varios indicios estos se encuentren interrelacionados de una manera complementaria.

3.1. Características de la Prueba Indiciaria

Para que un indicio llegue a ser útil como una prueba indiciaria debe cumplir con ciertos requisitos. Primero, es necesaria la certeza del indicio mediante el cual se expresa seguridad; estos tipos de indicios serán presentados con la finalidad de evitar presunciones, esto se dará siempre y cuando el conjunto de indicios vaya ligado de una prueba directa⁵⁰. Segundo, es la pluralidad de indicios conectados lo que genera una prueba, porque la mera existencia de un sólo indicio no ayuda a fundamentar una prueba indirecta⁵¹. Es decir, se requiere coherencia del conjunto de indicios entre ellos, siempre y cuando su valor probatorio sea relevante. Por último, la precisión del indicio, esto obliga a que el hecho indicador se exprese con claridad, que sea unívoco y de manera adecuada o conducente a lo que se requiera probar.

Además, existen clases de indicios que son reconocidos en la doctrina procesalista, tales como el juez del Tribunal de San José el Dr. Araya cita a los siguientes⁵²: (1) Por su fuerza Conviccional: este tipo de indicios son calificados como necesarios, porque al manifestarse como un conjunto generan convicción mediante un hecho sólido, al respecto del tema que se quiere probar debido a la veracidad y pluralidad. (2) Por su relación fáctica con el delito: dentro de esta clasificación se encuentran los i) indicios antecedentes: son los que existieron antes de que se cometa el delito, y en esta categoría podrían considerarse por ejemplo, la tenencia de armas o una amenaza que sea

⁴⁸Luis Román, “La Prueba en el Proceso Penal”, *Aldaba: revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla* 24 (1995), 50-51.

⁴⁹Gustavo Peláez. “Indicios y Presunciones”, *Universidad Pontificia Bolivariana: revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. (1974), 54.

⁵⁰Luis Román, “La Prueba en el Proceso Penal”, *Aldaba: revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla* 24 (1995), 57.

⁵¹*Id.*, 58-59

⁵²Alfredo Araya. “La prueba indiciaria en el proceso penal.” *Revista Pensamiento Penal*. (2017), 4.

convinciente, como los califica Araya constituirían el móvil delictivo que asociando a otros indicios si lograrán constituir una prueba contundente. ii) indicios concomitantes: estos aparecen en el momento preciso del cometimiento del hecho principal o delictivo⁵³ y se hacen presentes en la fase del *iter criminis*,⁵⁴ estos indicios se encuentran usualmente en el lugar de los hechos, y podrían ser: rastros de sangre, documentos, huellas dactilares, entre otros. Para finalizar esta clasificación, están los indicios sobrevinientes: como indica su nombre estos se manifiestan con posterioridad al cometimiento del delito, ya sea mediante acciones o cualquier otro tipo de manifestación que realice el autor después de la transgresión o *post delictum* o fase después de haber cometido un delito usualmente se manifiesta como indicios de actitud sospechosa; así como cambiarse de domicilio, ocultar los elementos materiales del cometimiento del delito.

Por lo tanto, la prueba indiciaria se resume en las características básicas que tiene un medio de prueba para evidenciar un hecho en el proceso penal, siempre y cuando se mantenga la coherencia. La validez de este tipo de pruebas será mediante la decisión del juez que en sentencia emita un fundamento que evidencie el nexo establecido y el hecho consecuencia.⁵⁵ Ante lo mencionado sobre la prueba indiciaria analizaremos su eficacia.

3.2. Eficacia de la prueba indiciaria

La eficacia de la prueba indiciaria es fundamental para establecer que sea un medio de prueba autónomo. Quijano, en su obra “Algunos apuntes de la prueba indiciaria”, cita a Carnelutti, y hace una distinción entre la prueba directa y la prueba indirecta. La primera, constituye un testimonio o un documento que es presentado al juez y por su parte la prueba indirecta es un hecho que le servirá como sustento o de base para buscar el hecho a probar.⁵⁶ La valoración de la prueba requiere que se de en concordancia con las reglas de la experiencia⁵⁷ ya que es indispensable conseguir un fundamento necesario para que el juez pueda fallar mediante su motivación considerando como base pruebas

⁵³Raquel Contreras. *La prueba indiciaria*, (México: Colegio de Profesores de Derecho Civil Facultad de Derecho México, 2015) ,68.

⁵⁴Ver, Juan Bautista Castro, “Las etapas del iter criminis, y su aplicación práctica en los tipos de injusto de Homicidio y Asesinato”, *Central American Journals: revista de derecho* 12 (2013), 98-99 (explica como se produce la etapa del iter criminis la misma que se manifiesta como un proceso psicológico del proceso delictivo hasta que en efecto se de la perpetración del delito).

⁵⁵Julio Córdón. “Prueba Indiciaria y Presunción de Inocencia en el Procesal Penal” (tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2011), 180-181.

⁵⁶Jairo Parra Quijano. *Manual de Derecho Probatorio*. (Bogotá: Ediciones del Profesional), 2007.,686-687.

⁵⁷Ver, Jairo Parra Quijano, “Razonamiento Judicial en Materia Probatoria”, *Instituto de investigaciones Jurídicas UNAM: revista jurídica* (N/D), 47 (cita a Friedrich Stein y define a las reglas de experiencia como juicios hipotéticos de contenido general, desligado de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos).

legales y oportunas para el proceso. Además, de una apreciación adecuada y completa de este tipo de pruebas, se considera una crítica global como lo llama Echandía⁵⁸ que estos indicios formen un conjunto que permite un adecuado argumento probatorio y así no podría calificarse a una prueba indiciaria como deficiente o contradictoria.⁵⁹ La finalidad de esta globalidad de indicios es crear un rompecabezas que den convicción al juez mediante la experiencia y la lógica. El rol del juez se caracteriza por ser cuidadoso para dar motivación de su criterio obtenido, tratando de evitar la arbitrariedad, mediante la aplicación de la regla de la sana crítica que permite constituir un límite al momento de la valoración de la prueba.⁶⁰

Los indicios no llegan a constituir una prueba directa sin embargo en el ordenamiento ecuatoriano este tipo de medios probatorios si tienen validez y son considerados en la doctrina y en la práctica como pruebas indirectas. Aunque se requiere que los indicios cumplan con ciertos requisitos para su existencia jurídica, es decir, que estén plenamente probados y que no desvirtúen la prueba que ha sido obtenida anteriormente o también conocida como prueba base⁶¹.

3.3. Los indicios como un medio de prueba.

Citando a Quijano⁶² y Arenas⁶³ se realizará a continuación un análisis de ciertos doctrinarios que se refieren a la existencia de dos corrientes sobre los indicios y como estos se consideran o no un medio de prueba.

En la doctrina, Jorge Arenas en su obra Pruebas Penales cita a Eugenio Florián con su teoría afirma que el indicio es objeto y no medio de prueba, considerando lo siguiente: “por ser el indicio un hecho que como los demás se establece con medios de prueba, no es, por tanto, más que un objeto de prueba”⁶⁴ y Quijano en su obra cita a Rosenberg⁶⁵ que califica al indicio como “objeto” de prueba y no debería convertirse en un medio de prueba. Los argumentos de estos autores son obtenidos de las afirmaciones de las partes o de las pruebas⁶⁶

⁵⁸ Devis Echandía. *Compendio de la prueba judicial Tomo II* .(Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni (ed.), 2002), 298.

⁵⁹Jairo Parra Quijano. 2015. “Algunos apuntes de la prueba indiciaria”. Colombia. (2015), 31.

⁶⁰Jorge Arenas Pruebas Penales. (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 2003),443-444.

⁶¹Roger Zavaleta. “Razonamiento probatorio a partir de los indicios”. *Pontificia Universidad Católica del Perú: revista derecho y sociedad* (2018), 205-206.

⁶²Jairo Parra Quijano. 2015. “Algunos apuntes de la prueba indiciaria”. Colombia. (2015) p.11.

⁶³Jorge Arenas Pruebas Penales. (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 2003), 361.

⁶⁴*Id*, 361-362

⁶⁵Jairo Parra Quijano. 2015. “Algunos apuntes de la prueba indiciaria”. Colombia. (2015) p.11.

⁶⁶Raquel Contreras. “La prueba indiciaria”, *Colegio de Profesores de Derecho Civil Facultad de Derecho México*. (2015) ,63.

Es decir, el argumento de estos autores es que un indicio antes que un medio de prueba es un hecho, que se establece por medio de prueba, en definitiva, no es más que un objeto de prueba. Al parecer, se confunde el indicio con indicante, debido a que se toma en cuenta la definición del indicio en un sentido literal o etimológico.

Como contrapartida, está la corriente de quienes consideran que los indicios llegan a constituir un medio de prueba, con respecto a ello, Rosenberg⁶⁷ detalla a la prueba indirecta o de indicios a hechos extraños a la tipicidad, es decir, fundamentos que se obtienen para llegar a conclusiones, hechos indiciarios que son probados no precisamente por un medio probatorio usual pero que servirá para convencer al juez de la verdad que se quiera probar. Asimismo, Schönke⁶⁸ hace referencia a que “los indicios son hechos mediante los cuales se pueda deducir los mismos que directamente interesan” y por su parte Arenas cita a Florian que establece lo siguiente:

“Y por otro expresa el resultado de una operación mental, de una inducción lógica y psicológica lo que desemboca de una apreciación, y pertenece, consiguientemente, a la valoración de la prueba, de la cual es uno de sus modos”⁶⁹

Por lo tanto, la mayor parte de la doctrina considera que los indicios si son medios de prueba a pesar de que no sean de manera representativos ni directos, estos permiten cumplir con un requisito dentro del proceso. Varios tratadistas, clasifican a la prueba indiciaria como un medio de prueba y se la reconoce por establecer relaciones entre los indicios, que son los hechos conocidos, y por otra parte el hecho que se investiga.

El mérito de esta teoría permite reconocer al indicio como un medio de prueba y que se considera en similares condiciones tanto como al testimonio o documento o cualquier medio de prueba.

Obsérvese entonces, la importancia de la recolección de objetos en el ordenamiento ecuatoriano tal es así como en la etapa de la investigación previa que esta a cargo de la fiscalía, quienes mediante la recolección de: vestigios, huellas, señales, armas que conduzcan al conocimiento de un delito e identificar los presuntos responsables. A pesar de que en esta etapa no exista ningún tipo de prueba material o directa, esta recolección de objetos es esencial y facilita una demostración probatoria.

4. Vinculación de los indicios a los elementos del tipo.

⁶⁷Jairo Parra Quijano. 2015. “Algunos apuntes de la prueba indiciaria”. Colombia. (2015) p.12.

⁶⁸*Id.*, 12-13.

⁶⁹Jorge Arenas. *Pruebas Penales*. (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 2003), 364.

El delito de la asociación ilícita se lo clasifica como un delito de peligro abstracto, plurisubjetivo y pluriofensivo⁷⁰ que se consuma simplemente con el hecho de formar parte de la asociación y atentar contra el orden público⁷¹; sin embargo, la finalidad de ser parte de una asociación es el cometer otros delitos. El contraste es necesario realizarlo entre lo que comprende la doctrina y la tipificación del artículo 370 del COIP i) El número de personas, la normativa dispone que será mínimo dos integrantes, a diferencia de la doctrina que establece que deben existir al menos tres. ii) El COIP no tipifica de manera clara en su artículo con respecto a la aplicación de la pena, ya que dispone que se castigará de tres a cinco años de privación de la libertad a cada una de las personas que se confabulen con la finalidad de cometer varios ilícitos, y no realiza una distinción en la aplicación de la pena entre los sujetos que conforman tal asociación, no examina el grado de participación, agravantes, entre otros.

De modo que la legislación ecuatoriana, no estima ciertos elementos del tipo que la jurisprudencia y otras legislaciones si lo hacen, como la permanencia⁷². Esta característica, hace referencia a que exista un acto de manera continua y repetitiva para la planificación de las acciones ilícitas. Por otra parte, se requiere que exista un acuerdo para cometer delitos y a pesar de que este no sea de manera escrita o mediante un documento, que permita conocer al juez de manera expresa el concierto de voluntades para el accionar de un ilícito⁷³.

Al parecer resulta complicado probar estos elementos del tipo penal ya que, no es posible demostrarlos mediante una prueba directa, y ante lo cual los indicios para probar este tipo de delitos pueden ser: que una persona siendo testigo, observe a un grupo de personas que se reúnen todas las tardes, en un mismo lugar y que actúen de manera sospechosa. Los indicios tienen una capacidad demostrativa importante cuando la inferencia indiciaria se encuentra sometida a un determinado método lógico, como se

⁷⁰Francisco Grisolia, “El Delito de Asociación Ilícita”, *EI: revista chilena de derecho* Vol. 31 No. 1 (2004), 75.

⁷¹Ver, Jorge Domínguez, *Orden público y autonomía de la voluntad (México: Universidad Autónoma de México)*, 83-84 (conceptualiza al orden público como un conjunto de principios, normas y disposiciones legales que se encuentran amparados en el ámbito jurídico con la finalidad de cuidar y precautelar bienes y valores, y de tal manera garantizar la seguridad jurídica de una sociedad, es decir, un bienestar social).

⁷²Nicolás Cordini, “Delitos de Organización; “Los modelos de “conspiracy” y “asociación criminal “en el derecho interno y en el derecho internacional”. *Universidad Externado de Colombia: revista Derecho Penal y Criminología*. (2017), 102.

⁷³Nicolás Cordini, “The Organized Crime: A Strange Concept to the Argentinian Criminal Law”, *Direito GV: Law Review* 13 (2017), 349.

mencionó previamente⁷⁴. Es necesario, aplicar un razonamiento lógico del conjunto de indicios que se han probado para que este como tal resulte prueba.

Existen ciertos delitos, dentro los cuales bastaría una prueba indiciaria o indirecta para comprender y permitir al juez dar a conocer del cometimiento de un delito, como los delitos sexuales o relacionados con el género. El Tribunal Supremo en la Sala de lo Penal mediante un recurso de casación en Madrid, da un importante valor a la declaración de la víctima en los delitos de violencia de género, tomando en cuenta la declaración del sujeto pasivo del delito, incrementando un elevado valor a este tipo de prueba, otorgándole asimismo, un grado de credibilidad en virtud de contar la experiencia vivida.⁷⁵

El tribunal español ha establecido ciertos requisitos jurisprudenciales⁷⁶, que deben concurrir para fundamentar una sentencia condenatoria: i) cuando exista como única prueba el testimonio de la víctima, se debe tomar en cuenta la ausencia de incredibilidad subjetiva por parte de la víctima, ya que esto determina la credibilidad de las afirmaciones. ii) Que la versión no sea como resultado de enfermedades mentales, alcoholismo o drogadicción, iii) que no exista un móvil de venganza con la finalidad de no generar incertidumbre; que exista verosimilitud en la declaración de la víctima debe contener lógica o sentido común y iv) la persistencia en la incriminación, que se encuentre prolongada en el tiempo.

Estas disposiciones se toman en cuenta debido a que existen delitos que no dejan huella alguna o un vestigio que permitan apreciar con más objetividad un hecho material en la víctima. Por otra parte, es fundamental establecer una diferencia de indicio y sospecha⁷⁷ ya que a pesar de que en ambos ayudan a dar una inferencia se utilizan equivocadamente como un medio probatorio⁷⁸ el contenido y la finalidad de estos dos supuestos marcan la diferencia a pesar de que muchas veces se confunden debido a que nacen de un hecho indicador. La sospecha difícilmente se la podría demostrar ya que es una mera suposición mientras que el indicio tiene una inferencia con el hecho base.

⁷⁴Jorge Arenas. *Pruebas Penales*. (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 2003), 382.

⁷⁵Causa No. 10776-2017, Tribunal Supremo de Justicia, Sala de lo Penal, 13 junio de 2018, 7.

⁷⁶Causa No. 10776-2017, 18.

⁷⁷Ver, Jorge Arenas, *Pruebas Penales* (Bogotá: Ediciones doctrinaria y Ley LTDA, 2003), 376-377 (describe a las sospechas como algo falaz que crea una confusión con el indicio o con un medio de prueba que sirve de fundamento a una actividad inquisitiva. Sin embargo, la sospecha no es una hipótesis, la existencia de una sospecha es en razón de la existencia de un hecho. A pesar de que la sospecha no tiene consistencia, ni estructura, no es algo claro, la sospecha únicamente esta ligada a un sentimiento íntimo, algo subjetivo).

⁷⁸Gustavo Peláez. "Indicios y Presunciones", *Universidad Pontificia Bolivariana: revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. (1974), 54.

4.1. Problemas formales y procesales de la asociación ilícita

En el ámbito formal dentro la tipicidad de la asociación ilícita en el COIP, es que a pesar de que la doctrina ha explicado los elementos constitutivos de una asociación, no se considera en la tipificación del tipo ciertos elementos esenciales del tipo penal. Esto es la permanencia y reiteración del cometimiento de actos ilícitos, ya que en el ordenamiento jurídico únicamente tipifica “cuando dos o más personas se asocien con el fin de cometer delitos”⁷⁹ y no se examina elementos tales como una jerarquía, participación o roles de los integrantes y la permanencia de cometimiento de actos ilícitos en el tiempo. Por lo tanto, es preciso reconocer la diferencia entre un acto preparatorio o una coautoría,⁸⁰ que se resume en la consumación en un solo acto o delito respondiendo a esta como una autoría. La primera también se encuentra tipificada en nuestro ordenamiento y la diferencia reside en un acuerdo casual para cometer un delito determinado; en la coautoría no existen los elementos de reiteración del cometimiento de un ilícito y la permanencia de los sujetos que conforman la asociación.

Por esta razón, es significativo considerar un sistema de valoración de los elementos que abarcan el delito de la asociación. El tipo penal dispone de una manera indeterminada en el COIP y que este puede conducir a una confusión con la coautoría o una participación dentro de un delito, la doctrina es lo que expone con claridad los elementos del tipo. La coautoría analiza únicamente a la participación de los sujetos que intervienen para cometer un delito mediante la división del trabajo y lo que se realice dentro del delito, y dicha actuación sea significativo para la ejecución del delito. Existe entonces, una diferencia sustancial en los elementos tanto de la asociación como de la coautoría.

Roxin, menciona que dentro de una asociación delictiva desde un punto de vista imparcial, “quien da la orden domina el suceso”⁸¹ calificando a los integrantes de la asociación de una manera jerárquica mediante el reparto de papeles, aunque la diferencia del elemento de pluralidad de sujetos puede no ser clara para la calificación del delito.

Adicionalmente, Creus considera que la existencia de una asociación cuyo objetivo sea la comisión de delitos, afecta por sí misma a la tranquilidad pública, no obstante lo que más debe de importar es la concurrencia de los elementos de la asociación

⁷⁹ Artículo 370, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

⁸⁰ Artículo 42, Código Orgánico Integral Penal, 2014.- Autores. Inc. 3. Coautoría: Quienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción.

⁸¹ Claus Roxin. “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, *Universidad de Huelva: Revista Penal No.02* (1998), 64.

ya que existe una línea delgada que existente entre la asociación como delito autónomo y la coautoría como participación de los sujetos en un ilícito podría generar confusión⁸². Por lo cual, aparentemente sería difícil determinar la permanencia del cometimiento de delitos, y probar la autoría de todos los integrantes de una asociación, sin embargo, si se toma en cuenta esta valoración de elementos del tipo que castiga a los sujetos sin distinguir el grado de participación ya que todos actuaron mediante su voluntad en cometer un ilícito en contra de otra persona o su propiedad, debido a que el COIP no hace ninguna distinción en el grado de participación en la tipicidad del delito. En contraste, está la coautoría que se resume en la consumación en un solo acto o delito respondiendo a esta como una autoría mediata.

Por otra parte, en el ámbito procesal en la asociación ilícita al ser un delito abstracto, como ha sido revisado previamente. Podría tener un nivel de dificultad considerable para determinar mediante los medios probatorios tipificados en el ordenamiento y conocer el cometimiento de este tipo penal. El COIP señala de manera específica que los medios de prueba son: i) el documento, ii) el testimonio, iii) la pericia⁸³. Además, el tipo penal tiene una abstracción debido a que no se exige indicios para establecer la relación entre los elementos formales del tipo, como es el asociarse y que únicamente se hacen presunciones *iuris et de iure*⁸⁴, que no son en realidad presunciones ya que no contienen un razonamiento presuntivo.⁸⁵

Para determinar la culpabilidad de este delito, los sujetos procesales pueden acceder tanto como al procedimiento abreviado o al procedimiento directo actuando en virtud de la economía procesal, concentración y celeridad en la causa de delitos flagrantes⁸⁶. Por lo tanto, el procedimiento abreviado en derecho penal constituye una institución jurídica que otorga la aceleración, eficacia y economía procesal, siendo una garantía que se encuentra amparada en la Constitución del Ecuador y la Convención Interamericana de Derechos del Pacto de San José, en los cuales se les otorga una garantía para no acudir a la autoincriminación, este procedimiento será admisible en los delitos cuya pena privativa de libertad no excedan los diez años y el procesado será quien consienta la aplicación de

⁸²Carlos Creux. *Derecho penal Parte Especial Tomo I* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1983), 116.

⁸³Artículo 498, Código Orgánico Integral Penal Ecuador, R.O. Suplemento 180, 10 de febrero 2014 reformada por última vez R.O. (N/D) 4 de diciembre de 2019.

⁸⁴Ver, Jairo Parra Quijano, *Manual de Derecho Probatorio*. (Bogotá: Liberla Ediciones del Profesional, 1973), 12-14 (define a las presunciones *iuris et de iure* a las que producen una certeza definitiva y como consecuencia no admite prueba en contrario, son presunciones indestructibles).

⁸⁵Josep Aguiló, “Las presunciones en el Derecho”, BOE: ISSN: 0518-0872 (2018), 221-226.

⁸⁶Código Orgánico Integral Penal. Artículo 640. R.O. Suplemento 180, 10 de febrero 2014

este procedimiento en conjunto con la Fiscalía. De tal manera, el acusado no se somete a un juicio ordinario y ya no se aplicará la pena máxima por el cometimiento de la asociación, mediante el procedimiento de abreviación el sujeto procesal negocia la pena con el Fiscal.

Sin embargo, el proceso abreviado también representa un problema ya que, pone en desventaja al debido proceso cuando no se practica las etapas fundamentales probatorias, como la presentación y producción de la prueba, por lo que si no se logra cometer el delito principal para el cual existió la confabulación de los sujetos de la asociación, al Fiscal únicamente se le permite castigar el delito de la asociación como resultado del procedimiento abreviado. Por lo tanto la aplicación del procedimiento abreviado puede resultar beneficioso para un eficaz poder punitivo del Estado pero debido a este corto tiempo la fiscalía no podría recoger los elementos probatorios necesarios para determinar el cometimiento de un delito superior, para el cual se formo la asociación, y se puede acceder únicamente a castigar el delito de asociación ya que este no supera la penalidad de diez años y es apto para la aplicación del procedimiento abreviado.

Con todo lo mencionado previamente, si bien es cierto el procedimiento abreviado es un avance en el ámbito de eficacia en la justicia penal que se encuentra descrito en el COIP⁸⁷ con la finalidad de concebir un proceso simplificado; sin embargo, la aplicación de este dependerá de la gravedad de las penas, esto se resume en una negociación por parte de la defensa de los sujetos procesales y la Fiscalía concibiendo una salida del conflicto. La asociación ilícita es un delito que tiene como pena privativa de libertad de tres a cinco años y la aplicación de un juicio abreviado tendría como consecuencia que se negocie la pena debido a que la aplicación de este procedimiento es posible siempre y cuando se cometa un delito que se castigue con pena máxima privativa de hasta diez años.

Por otra parte, puede aplicarse el procedimiento directo que guarda una estrecha relación con el procedimiento abreviado debido a la celeridad procesal que estos representan. Este procedimiento tiene que ver con la concentración de todas las etapas del proceso en una sola audiencia⁸⁸ y proceden únicamente los delitos calificados como flagrantes, que sean sancionados con pena privativa de libertad de hasta diez años y cuando se atente en contra de la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados. El procedimiento directo permite una agilidad procesal, ya que en tan solo diez días el juez dicta una sentencia ratificadora de inocencia o condenatoria, es

⁸⁷Código Orgánico Integral Penal. Artículo 634. R.O. Suplemento 180, 10 de febrero 2014

⁸⁸Código Orgánico Integral Penal. Artículo 640. R.O. Suplemento 180, 10 de febrero 2014

decir, la investigación dura siete días y los tres días previos a la audiencia se efectúa el anuncio de las pruebas. La aplicación de este proceso es óptima para los casos en que las averiguaciones sean obtenidas de manera ágil sin la producción o valoración de la prueba pero representa un déficit cuando se aplica este mecanismo alternativo en delitos que requieren mucho más tiempo para la recolección de elementos probatorios.

Habiendo analizado estas dos figuras procesales que permiten castigar el delito de la asociación ilícita debido a que pertenece el tiempo de la pena como máxima de cinco años se concluye lo siguiente, el procedimiento abreviado: en el cometimiento de la asociación ilícita la pena privativa de libertad podría ser negociada sin importar si la asociación cometió uno o varios delitos. Esta negociación se consigue cuando el procesado acepta la culpabilidad, la existencia de un hecho y su participación en el delito, sin importar el número de procesados se puede aplicar este procedimiento, por lo tanto, se estaría beneficiando a los sujetos procesales debido a la negociación ya mencionada.

Con respecto al procedimiento directo: su aplicación en un corto plazo podría incurrir en que no se cumpla un debido proceso, ya que el tiempo es limitado para presentar pruebas. Este tipo de procedimiento funciona en los delitos de flagrancia perfectamente pero en los delitos que se clasifican como de peligro abstracto podría significar un grado de dificultad para concebir pruebas suficientes y determinar la culpabilidad de los sujetos en una asociación ilícita.

5. Conclusión

La tipicidad de la asociación ilícita en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano, necesita ser más detallada en relación a los elementos formales ya que aparentemente existe una imprecisión de la norma, en contraste con ciertos ordenamientos de otros países que describen a la asociación ilícita de manera más específica y clara. Primero, dentro del tipo penal no existe una diferenciación en cuanto a la aplicación de las penas en virtud del grado de participación de los sujetos que intervienen, tales como los que dirigen la asociación, los que cooperan dentro de la asociación mediante suministro de armas entre otros instrumentos y los demás integrantes. Por lo tanto, la tipificación de la ley actual en relación a la participación de todos los sujetos que intervienen, estos son calificados como autores del delito. Segundo no se consideran agravantes para establecer la pena ya que podría existir una asociación con un alto grado de peligrosidad y no se toma en cuenta el número de participantes; si la forma de operación responde a un tipo militar o si la asociación actúa usando armas u otros instrumentos como se ha visualizado que se realiza en otros países.

Al respecto de las corrientes doctrinarias que dan valor a los indicios para establecer si constituye un medio probatorio idóneo o no, se toma en cuenta que existen varios delitos que a pesar de ser claros en su tipificación, es difícil encontrar los elementos que permitan probar tal delito, como ha sido develado mediante el Tribunal Supremo de Justicia de España y su análisis en las consideraciones respecto a los casos de delito sexual y violencia de género, que muchas veces no es posible conseguir una prueba directa para evidenciar esta transgresión. Por lo tanto, los indicios no constituyen prueba directa pero permiten mostrar, indicar y hacer conocer al juzgador la existencia de un ilícito mediante un conjunto de indicios que tienen lógica entre ellos, veracidad y que conducen a demostrar una prueba válida. Por lo tanto, no bastaría considerar que un indicio simplemente es un objeto de prueba, al contrario los indicios cumplen un medio suficiente de prueba.

Para finalizar, la asociación ilícita es un delito que como se ha mencionado, pertenece a los delitos abstractos que responde a la presunción del surgimiento de una situación de peligro debido a la sola realización de la conducta es decir, por el mero hecho de asociarse y como resultado de esa unión una importante amenaza a los bienes jurídicos protegidos tales como la integridad física, la vida y la propiedad. Por lo cual, a pesar de que no se consuma ningún otro atentado más que la asociación, esto representa una dificultad para el Fiscal al momento de conseguir los elementos probatorios materiales de una asociación, por lo tanto se debe considerar con una suficiente carga probatoria al conjunto de elementos, tales como levantamiento de huellas, cruce en las escuchas telefónicas, este tipo de indicios que permitan sancionar este tipo penal.