



**Universidad del Azuay**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas**

**Carrera de Derecho**

**La Dificultad de Calificar la Flagrancia en el Delito de  
Asociación Ilícita según el COIP: Análisis de la Compleja  
Redacción y su Impacto en la Justicia Penal Ecuatoriana**

**Autor:**

John David Urgilés Matute

**Director:**

Dr. Pablo Leoncio Galarza Castro, Mgst.

**Cuenca – Ecuador**

**2025**

## **DEDICATORIA**

Para mi madre, quien ha estado conmigo todos los días de mi vida y nunca ha dejado de creer en mí.

## **AGRADECIMIENTO**

A mis padres, por sus valores, consejos y apoyo incondicional.

A mis hermanas, por ser la razón que me impulsa a ser mejor persona.

A mis amigos, por siempre estar para mí.

A mis profesores, compañeros, y todas las personas que conocí en el camino y me ayudaron a llegar a este momento.

A todos ustedes  
**GRACIAS INFINITAS.**

## **RESUMEN:**

La calificación de la flagrancia en el delito de asociación ilícita parece presentar un desafío significativo en el ámbito del derecho penal, esto se debe a que la naturaleza jurídica de la infracción indicada permite evidenciar que se trata de una figura en la cual existe una anticipación al castigo por parte del Estado. El presente trabajo, tiene como objeto determinar la posibilidad de verificar la flagrancia en el delito de asociación ilícita, que, por su misma naturaleza, no lesiona ningún bien jurídico al momento de su ejecución; sobre todo, si es que la flagrancia va a depender de la observación directa del aprehensor o de la existencia de elementos materiales que permitan evidenciar que recién se ha cometido una infracción penal. Entonces, se plantea un desafío para aplicar el artículo 527 del COIP dentro de una infracción cuya consumación no requiere de un acto observable o un daño concreto. Para tales efectos, la metodología utilizada es cualitativa a través de la recopilación de doctrina, leyes y estudio de casos. Los resultados de la investigación arrojan que la manera en cómo está redactado el delito de asociación ilícita en el Ecuador, origina altas dificultades en cuanto a la determinación flagrante de este hecho punible; pues a pesar de que la regulación de la flagrancia ha tenido varias reformas, no deja de ser casi incompatible con el delito mencionado.

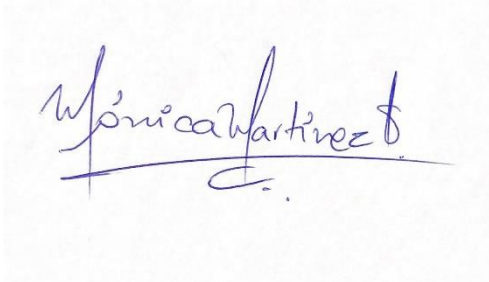
**Palabras clave:** Asociación Ilícita, Flagrancia, COIP, Derecho Penal del Enemigo, Castigo.

## ABSTRACT

The qualification of flagrancy in the crime of illicit association presents a significant challenge in criminal law. This difficulty arises from the legal nature of the offense, which reflects an anticipation of punishment by the State. This study aims to determine whether flagrancy can be verified in cases of illicit association, a crime that, by its nature, does not immediately harm any legal interest at the time of its commission. The issue is further complicated when flagrancy depends on either the direct observation of the apprehender or the presence of material evidence indicating a recently committed offense. Consequently, applying Article 527 of the COIP to an infraction that lacks observable acts or concrete damage poses a legal challenge. This study employs a qualitative methodology, drawing on doctrine, legislation, and case studies. The findings reveal that the drafting of the crime of illicit association in Ecuador creates substantial difficulties in determining its flagrant nature. Despite several reforms to the regulation of flagrancy, it remains nearly incompatible with this specific offense.

**Keywords:** illicit association, flagrancy, COIP (Comprehensive Organic Penal Code), criminal law, punishment

Approved by

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

Lcda. Mónica Martínez Sojos, Mgt.  
Cod. 29598

## ÍNDICE

<b>CAPÍTULO 1.- EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA EN LA DOCTRINA Y LA NORMATIVA DEL ECUADOR.....</b>	<b>1</b>
<b>1. Antecedentes.....</b>	<b>1</b>
<b>1.1. Concepto y delito de peligro.....</b>	<b>5</b>
<b>1.2. Elementos objetivos del tipo penal según el COIP.....</b>	<b>8</b>
<b>2. Asociación Ilícita y Derecho Penal del Enemigo.....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO 2.- LA FLAGRANCIA Y LOS PRESUPUESTOS DE SU CONFIGURACIÓN. ....</b>	<b>16</b>
<b>1. La flagrancia .....</b>	<b>16</b>
<b>1.1. Concepto.....</b>	<b>16</b>
<b>1.2. Clases de flagrancia.....</b>	<b>18</b>
<b>1.3. Elementos para la configuración de la flagrancia.....</b>	<b>20</b>
<b>1.4. Los agentes de la aprehensión.....</b>	<b>21</b>
<b>1.5. La audiencia de calificación de flagrancia.....</b>	<b>23</b>
<b>1.6. Jurisprudencia de la Corte Constitucional.....</b>	<b>24</b>
<b>CAPÍTULO 3.- LAS DIFICULTADES DE CALIFICAR LA FLAGRANCIA FRENTE AL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA.....</b>	<b>26</b>
<b>1. El delito de asociación ilícita y la calificación de la flagrancia.....</b>	<b>26</b>
<b>2. Casos prácticos.....</b>	<b>27</b>
<b>3. Dificultades.....</b>	<b>34</b>
<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....</b>	<b>37</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>40</b>

# **CAPÍTULO 1.- EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA EN LA DOCTRINA Y LA NORMATIVA DEL ECUADOR.**

## **1. Antecedentes.**

A lo largo de la historia, las personas en base a su derecho de libertad de asociación han tenido la potestad de reunirse con el objetivo de lograr diversos fines en base a esa agrupación. El derecho romano empezó a sancionar aquellas conductas que tenían por objeto la reunión con el fin de generar futuras lesiones a la sociedad, razón por la cual este derecho antiguo sancionaba toda clase de asociación no autorizada, sobre todo si dicha reunión tenía como finalidad lesionar la cosa pública. (Grisolía, 2004.)

Posteriormente en el siglo XIX con la creación de los primeros códigos penales europeos, se fue determinando como conducta penalmente relevante toda reunión de cofradías, corporaciones o hermandades que se habían constituido sin que exista autorización de los agentes gubernamentales. Un ejemplo de estos castigos penales se encontraba en el código penal español de 1822, el cual fue desarrollado en años posteriores (1824-1825) en donde mediante decreto se llegó a penalizar incluso a toda sociedad secreta dentro del estado, imponiéndose a los sujetos que eran parte de estos grupos la pena de muerte por ser considerados delitos de lesa majestad.

Por su parte, el código penal español de 1848 decidió separar las figuras de las sociedades secretas y la de asociación ilícita, entendiéndose a este último como un delito que llega a consumarse en toda reunión de más de 20 sujetos que se agrupaban de forma diaria o en fechas específicas con el fin de debatir temas literarios, religiosos o de cualquier índole, pero sin ostentar la autorización de la autoridad pública, o en su defecto teniendo la autorización gubernamental se produce la reunión con fines distintos a los acreditados por el estado.

Para los autores Alarcón et al (2019), otro antecedente europeo del delito de asociación ilícita se puede observar en el código penal belga del año 1863, el cual establecía que se consideraba una infracción penal toda reunión configurada con la finalidad de producir una lesión a una persona o a la propiedad, constituyendo un crimen el mero hecho de organizarse con el fin de delinquir. Además, dicho cuerpo jurídico también establecía que la penalidad de dicha infracción aumentaba si la asociación tenía como fin el cometimiento de delitos de alta gravedad dentro del estado, es decir, aquellos

que se castigaban con pena de muerte.

La doctrina determina que la regulación fue configurándose con el fin de establecer un panorama en el cual esta infracción se dirigía a la siguiente conducta: asociarse con el objeto de delinquir. Es así como este delito fue desarrollándose con el paso de los años a tal punto que fue tomando la forma con la que se entiende en la actualidad (Muñoz Conde, 1976). Por ejemplo, en el año de 1991, el código penal español estableció en su artículo 292 que la asociación ilícita constituye toda reunión configurada con el fin de lesionar el orden social, las buenas costumbres, la propiedad o las personas, sancionando a los autores por el mero hecho de asociarse.

De igual manera, algunas constituciones del mundo comenzaron ya a determinar cómo principio la prohibición de asociarse sin autorización, como es el caso de la normativa constitucional chilena, que establece en su artículo 19, numeral 15, inciso cuarto que se encuentra totalmente prohibido generar reuniones que sean contrarias a las buenas costumbres, a la moral y a la seguridad estatal. De esta forma, la normativa chilena, daba paso a que exista un desarrollo jurídico infra constitucional, en el cual, el código penal chileno pueda tipificar como delito a la asociación ilícita. Por tales razones, el fundamento constitucional de esta infracción llega a tener un sustento meta legal puesto que su reconocimiento no solo se encuentra en la ley, sino trasciende al ámbito constitucional en el caso chileno. Vale la pena mencionar que en Italia se analiza el por qué el orden público constituye un objeto jurídico dentro del delito de asociación ilícita. Esto se debe a que, el legislador ha buscado castigar la reunión que tiene por objeto generar alarma en la ciudadanía y como resultado lesionar la confianza de la vida social (Crespi et al, 1986).

Otro antecedente histórico en cuanto al delito de asociación ilícita puede encontrarse en el código penal francés de 1810, el cual tenía como finalidad prohibir aquellas asociaciones que puedan estar en contra de los intereses de los agentes de gobierno de Napoleón, evitando así cualquier tipo de asociación que altere el orden público (Requejo, 2020). Esta misma finalidad persiguió el estado ecuatoriano, cuando en el año de 1837, tipificó en el artículo 181 de su código penal, el delito denominado “cuadrillas de malhechores”. Este delito tenía como finalidad castigar penalmente a toda reunión de cuatro o más sujetos mancomunados con el objeto de perpetuar delitos contra los individuos, la propiedad, por acuerdo mutuo, ya sea de forma individual o colectiva.



Entonces, se deriva que la asociación ilícita en el Ecuador, tuvo sus inicios en los delitos de prohibición de reunión que se tipificaron en Europa, puesto que se buscaba castigar toda reunión que ponga en peligro el orden público o la estabilidad estatal. De esta manera, los autores Carnevali y Cubillos (2008) acertadamente cuentan que la asociación ilícita en un inicio fue vista como una herramienta jurídico penal con la cual se buscaba repeler conductas disidentes, las cuales por su capacidad de organización generaban un alto nivel de peligrosidad para la seguridad estatal.

La historia cuenta que, en el ordenamiento normativo del Ecuador, se modificó varias veces este delito dentro del código penal: en el año de 1906 el artículo 312 establecía el castigo para toda asociación que tenga el fin de lesionar a la propiedad o a las personas mediante organizaciones llamadas partidas. En el mismo año en el artículo 313 se positiviza ya una especie de jerarquía de responsabilidades para esta infracción, los cuales fueron denominados jefes, provocadores y mandantes. Además, ya no era necesario que se perpetúe la infracción final para castigar a las personas que se han agrupado con fines ilícitos. En 1906, el artículo 314 amplió también la esfera de persecución para los asociados, permitiendo que incluso se pueda castigar por asociación ilícita a quienes tenían vínculos familiares o de amistad con los sujetos en razón del lugar en donde se dio la asociación o reunión.

Posteriormente, en el año de 1938, el artículo 344 del código penal ecuatoriano mantuvo la misma regulación que el artículo 312 del código penal de 1906, con la única particularidad de que se determinó que la asociación debía tener el fin de cometer delitos, suprimiendo así la palabra “crímenes” que establecía el cuerpo jurídico anterior. El artículo 345 mantuvo la misma estructura de mando que el código penal de 1906, pero con la diferencia de que generó un cambio en la pena privativa de libertad, ya que también se determinó prisión para aquellos casos en los cuales, la finalidad de la asociación iba destinada a cometer delitos de reclusión menor.

El artículo 346 del código penal de 1938, determinó al igual que el artículo 314 del código penal de 1906, la posibilidad de vincular a familiares o amistades que han formado parte de la asociación, pero con la particularidad de que se le exigía a estos sujetos dolo en su conducta de participación dentro de la asociación, ya sea con la prestación de alojamiento, lugar de reunión, escondite, u otorgamiento de armas o municiones. Por último, el código penal de 1971 mantuvo la misma regulación que el

código penal de 1938, con la única diferencia de que ahora el delito de asociación ilícita estaría regulado en los artículos 369, 370, 371 y 372; siendo esta, la antepenúltima regulación que se estableció en el Ecuador con respecto a esta infracción.

Del análisis normativo histórico realizado, se desprende que el Ecuador se mantuvo en una misma vía de regulación con respecto del delito de asociación ilícita, generando leves modificaciones en cuanto a su estructura típica, desde el año de 1906 hasta el año de 1971, con la promulgación de los diferentes códigos penales. Esto se debe a que los cambios que se produjeron se centraban en la modificación de la penalidad en ciertos casos, la implementación de una tipicidad dolosa o la supresión de la palabra crimen para la implementación de la palabra delito; demostrando entonces que el legislador ecuatoriano en el siglo XX decidió seguir una misma línea jurídica en cuanto a esta infracción.

No obstante, con la promulgación de la constitución del 2008, se creó, al menos en la esfera formal, un nuevo paradigma en el forma en cómo debía estructurarse el orden jurídico del estado (Ávila,2008) Para cierto sector doctrinal, este cambio jurídico provenía del neoconstitucionalismo europeo que constituía una nueva teoría jurídica, en base a la cual, los derechos constitucionales eran el centro y a la vez el fin del ejercicio del poder público, constituyendo los mismos los límites para la autoridad estatal (Pozzolo,2016). Este protagonismo de los principios constitucionales, produjo la necesidad de reformar los diversos cuerpos normativos del Ecuador, puesto que los mismos debían adecuarse a las prescripciones de los mandatos constitucionales. Bien menciona Salgado (2012), la constitución se vuelve un mecanismo de validez formal y material de todos los cuerpos jurídicos estatales, por lo que toda norma infra constitucional debe guardar relación con la norma suprema.

Consecuentemente, el derecho penal ecuatoriano no estaba exento de esta vinculación constitucional, por lo que se necesitaba un nuevo código penal que se adecuara al nuevo cambio de paradigma neoconstitucional que generó la constitución del 2008. Por estas consideraciones, la asamblea nacional, en fecha 10 de febrero del año 2014, publicó en el registro oficial, suplemento 180, el nuevo Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), el cual pretendiendo adecuarse a los postulados constitucionales, decidió condensar en un mismo cuerpo jurídico las materias sustantivas, procesales y de ejecución del ámbito penal.

En la parte sustantiva, se generaron algunos cambios en cuanto al catálogo de delitos que ordenaba este cuerpo legal, siendo uno de estos cambios la forma en cómo se tipificó a la infracción de asociación ilícita con relación a la regulación que dicho delito tenía en las codificaciones anteriores. Entonces, el legislador ecuatoriano determinó en su artículo 370 la siguiente redacción:

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, 2023, art. 370).

De la nueva redacción se derivan varios aspectos: primero, es una descripción simple de una conducta a diferencia de los códigos penales del siglo XX, puesto que limita esta clase de infracción para toda asociación que tenga como fin la ejecución de delitos cuya pena privativa de libertad sea menor a cinco años. Segundo, ya no determina la norma diversos grados de responsabilidad en base a participaciones jerárquicas como lo hacían los códigos anteriores. Este supuesto tiene su razón de ser en el hecho de que el artículo 42 del COIP, ya determina los grados de participación criminal por medio de la autoría directa, mediata, coautoría, y por su parte el artículo 43 determina las reglas de la complicidad. Por ende, ya no se necesita redactar los grados de responsabilidad en el tipo penal de asociación ilícita.

Tercero, el artículo 370 también circunscribe la imposición de la sanción a la única penalidad de 3 a 5 años, mientras que los cuerpos jurídicos precedentes determinaban tanto penas como sanciones económicas dependiendo de la gravedad de la infracción que se buscaba cometer. Estos son entonces, los diferentes antecedentes tanto internacionales como nacionales que han derivado en el delito de asociación ilícita que prescribe hasta la actualidad el COIP, debiendo mencionarse como última idea que, desde su promulgación en el año 2014, dicho injusto penal no ha sido objeto de reformas

### **1.1. Concepto y delito de peligro.**

Para comprender el concepto de delito de asociación ilícita primero se expone que el mismo obedece a la creación de la denominada “sociedad de riesgo”, la cual fue determinada por el sociólogo Ulrich Bech (2006), mediante la cual se configuraron las infracciones penales de peligro con naturaleza abstracta. Esto se debe a la idea de que la sociedad genera constantes riesgos frente a la protección de derechos tales como

incendios, delincuencia, contaminación del medio ambiente, etc. Consecuentemente debido a estos peligros, el derecho penal no sólo renuncia a esperar a la lesión al bien jurídico, sino que también se estructura en base a la configuración de tipos penales que buscan anticipar el castigo al conminar con una pena aquellas conductas que netamente ponen en peligro la vigencia de los bienes jurídicos. (Donna,2014.)

El delito de asociación ilícita es una creación que forma parte de este nuevo derecho penal de riesgo, ya que constituye en sí mismo un delito de peligro. Esta clase de infracción se diferencia de los delitos de lesión porque la conducta del autor no lesiona de forma directa a un bien jurídico, por lo que los delitos de peligro son aquellos en los cuales se tipifica como infracción conductas anteriores al delito de resultado, es decir previas a que se lesiones dichos bienes protegidos (Contreras, 2002). El delito de violación, por ejemplo, es un delito de resultado porque una vez que se comete transgrede la integridad sexual y reproductiva; no obstante, el delito de asociación ilícita no lesiona en sí un bien jurídico, sino que pone en peligro a los bienes jurídicos de la sociedad.

Debe diferenciarse entre lo que son delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. Los primeros, son aquellos en los cuales el bien jurídico necesariamente debe haber adolecido de una situación de riesgo real de lesión, mientras que en los segundos no es necesario de que el bien jurídico se encuentre necesariamente en un riesgo de lesión (Baigun,2007).

El autor Lammoglia (2013) determina que el delito de asociación ilícita constituye una infracción de peligro abstracto, no solo porque se genera un adelantamiento de la punición a los meros actos preparatorios, sino también porque existe una presunción dolosa de los autores, y porque el mismo se configura sin verificar de ninguna manera la potencial peligrosidad de la conducta frente al bien jurídico.

De las consideraciones mencionadas se puede construir un primer concepto de este injusto penal, aseverando que el delito de asociación ilícita corresponde a una creación de las teorías del derecho penal de riesgo, en base a la cual se ha creado una infracción de peligro abstracto que tiene por objeto sancionar con una pena la mera reunión de individuos que se agrupan con la finalidad de cometer un delito determinado.

Así mismo, de la tipificación que establece el COIP en su artículo 370, el delito de asociación ilícita exige que la asociación de personas sea al menos de dos o más y que las mismas, busquen cometer delitos con pena privativa de libertad menor a cinco años,

siendo indiferente si es que llega o no a consumarse el hecho punible planeado.

De la redacción del tipo penal, se deduce que el Ecuador acepta que la asociación ilícita es un delito de peligro abstracto, puesto que menciona que se castigará por la mera asociación de personas, ya sea que cumplan o no con las finalidades criminales establecidas en dicha asociación. Por tales efectos el legislador ecuatoriano, con la promulgación del COIP ha establecido elementos inherentes a la sociedad de riesgo, puesto que permite con este injusto penal sancionar con pena privativa de libertad los meros actos preparatorios de un futuro delito. La legislación comparada ha establecido el mismo criterio que el legislador ecuatoriano, pues el artículo 210 del código penal argentino también sanciona con una pena de 3 a 10 años a las personas que se asocien con el objetivo de cometer infracciones penales, castigándose la mera agrupación o reunión.

La autora Ziffer (2005) añade que en el concepto de asociación ilícita debe establecerse que el mismo constituye una infracción por sí misma, ya que se trata de un injusto formal y autónomo en el cual se castiga la mera asociación al encontrarse está prohibida en la normativa vigente. Por su parte la academia ecuatoriana entiende que la asociación ilícita se conceptualiza como aquella conducta en la cual un grupo de sujetos se reúnen con el objetivo de ejecutar actos prohibidos por la ley penal (Alarcón et al 2019).

Zaffaroni (2005) analiza el concepto de asociación ilícita desde una perspectiva criminológica, refiriendo el actor de que al castigarse la mera asociación se determina un hecho punible en el cual se castigan sólo los actos preparatorios o incluso de pensamiento a tal punto que no se genera un escenario de lesividad y por ende se trata de un delito de peligro remoto. Esta problemática la comparte la autora Ziffer (2005) al referir que la asociación ilícita como todo delito de peligro abstracto genera tensiones con el principio de lesividad que exige la lesión al bien jurídico para la imposición de la responsabilidad penal. Para resolver este problema autores como Ruetti (2004) determina que la asociación ilícita constituye un delito sin resultado material típico ya que protege bienes jurídicos inmateriales que no pueden ser percibidos por los sentidos.

Independientemente de la discusión conceptual, Grisolia (2004) conceptualiza la asociación ilícita como un grupo de individuos que han decidido organizarse frente a los miembros de la sociedad con la finalidad común de perpetuar hechos punibles, sancionando así la mera organización sin importar que se materialicen dichos delitos

planeados. Por esta última característica el autor Bocanegra (2023) determina que el delito de asociación ilícita se encuadra dentro de los fenómenos que conlleva el crimen organizado ya que se trata de organizarse con el objetivo de contravenir la norma penal. No obstante, el autor determina que se trata de un tipo penal que está destinado a ser apartado de la función política y social ya que los tribunales de justicia no deciden utilizar esta figura para condenar la delincuencia organizada común, sino que prefieren utilizarla para bandas comunes de delincuentes.

Ziffer (2005) establece que en el concepto de asociación ilícita debe indicarse que esta infracción tiene que tener una virtualidad suficiente en cuanto a la posibilidad de lesionar el interés social, ya que pueden existir asociaciones que por más finalidad de delinquir que tengan, no ponen en real peligro a la sociedad. Además, la organización ilícita puede llegar a afectar a cierto grupo de personas de manera directa, dejando a lado al resto del conglomerado ciudadano quienes solo se verían afectados de forma mediata.

Por tales afectos la autora refiere que para la corte Suprema de justicia argentina la razón de criminalizar la asociación ilícita se encuentra en la trascendencia que tiene frente al sentimiento de tranquilidad pública y no en la lesión de seres humanos y objetos tal como lo han mencionado otros sectores doctrinales apartados que pretenden justificar que en la asociación ilícita se produce una lesión directa del interés social.

Por tanto, en las diferentes consideraciones analizadas, se conceptualiza la asociación ilícita como aquel hecho punible que emerge de un derecho penal de riesgo, debido a que busca anticipar el castigo con el fin de evitar futuras lesiones a bienes jurídicos. De esta manera se constituye como un delito de peligro abstracto en base al cual dos o más personas se reúnen con el fin de delinquir ejecutando conductas con pena privativa de libertad menor a cinco años, y sin que sea necesario que se configure dicho plan, castigándose así la mera asociación de personas.

## **1.2.Elementos objetivos del tipo penal según el COIP.**

El artículo 370 del COIP, determina el tipo penal de asociación ilícita bajo los siguientes elementos objetivos:

En primer lugar, con respecto al sujeto activo se establece que se trata de una calidad genérica en cuanto a las personas que pueden ser los autores de esta infracción. Se debe recordar que un tipo penal puede determinar sujetos activos genéricos o calificados, los primeros son aquellos que no necesitan de una persona específica en su

ejecución para su configuración, mientras que el sujeto activo será calificado cuando se requiera que el autor ostente una característica personal específica (Salazar, 2021). De la redacción del artículo 370 se infiere que cualquier individuo puede cometer el delito de asociación ilícita en razón de que se utiliza la expresión “la persona”. Consecuentemente cualquier sujeto puede cometer la conducta del delito de asociación ilícita. (Calispa y Olmedo, 2019).

En segundo lugar, con respecto al sujeto pasivo al tratarse de un delito que no tiene como destinatario una persona individualizada, se establece que la víctima de la infracción es en sí misma la colectividad. Lo mencionado tiene plena relación con respecto al bien jurídico que se pone en peligro en este delito ya que la autora Ziffer (2005) comenta que el orden público y la tranquilidad social son los bienes jurídicos que se pretenden proteger con la conducta penal analizada. Además, Donna (2002) refiere que es la paz pública el bien jurídico que subyace detrás de la asociación ilícita entendida esta como seguridad jurídica, fidelidad al orden normativo y tranquilidad social. Por su parte el autor Cornejo (1992) determina que una vez que se comete la asociación ilícita se altera la tranquilidad pública al generarse un ambiente de alarma colectiva por lo que esta paz social es el bien jurídico que está detrás del delito analizado.

Por tanto, al ser tranquilidad pública el significado de orden público como bien jurídico que se protege en el delito de asociación ilícita, se determina que el sujeto pasivo de esta infracción de peligro abstracto es sin duda la colectividad social, la cual se ve puesta en peligro al momento que dos o más personas se asocian con el fin de delinquir.

En tercer lugar, el artículo 370 establece varios elementos normativos en cuanto a su configuración, los cuales consisten en: asociarse con el objetivo de cometer delitos; que los delitos que se pretenden cometer no superen los cinco años de pena privativa de libertad; y por último que se sancionará con la mera asociación, siendo indiferente si se produce o no el delito planeado. Se trata de elementos normativos ya que quedan supeditados a la interpretación que el juzgador tenga en cuanto a su plena concurrencia, pues como menciona Roxin (2014) los elementos normativos de un tipo penal son aquellos cuya valoración queda supeditada a la hermenéutica del magistrado.

En cuanto al lugar se analiza el verbo rector, el cual determina el contenido de la conducta que el legislador ha decidido tipificar. En el presente caso existe un solo verbo rector que se determina en la palabra “asociar”. Y, por último, en relación a la penalidad

el legislador ha establecido como sanción la privación de libertad de 3 a 5 años para quien cometa la presente infracción.

## **2. Asociación Ilícita y Derecho Penal del Enemigo.**

Jakobs (2003) explica la teoría del derecho penal del enemigo que tiene por objeto la división de los miembros de la sociedad en dos grupos fundamentales: ciudadanos, aquellos que respetan las normas vigentes del estado y por ende ejercen su conducta en observancia al orden normativo estatal; y por otro lado se encuentran los enemigos que son aquellos sujetos que no pueden motivar su conducta en los preceptos jurídico penales, y como resultado hacen del delito su diario vivir.

Enemigo consiste entonces en negarle la calidad de personas a aquellos sujetos que son considerados como criminales para la sociedad, por lo que llevan la denominación de "no" personas", debiendo estos sujetos ser regulados por un derecho penal amplio y fuerte que está destinado a separar a estos individuos de la comunidad social (Cancio Meliá,2006).

Por su parte, para los ciudadanos se aplicará un derecho penal ordinario en el cual se comprende que estos sujetos adecuan su conducta al orden legal, pero por error o equivocación pueden llegar a delinquir. Sin embargo, esto no quiere decir que dichos individuos sean considerados enemigos porque por su condición de ciudadanos no volverán a cometer crímenes a futuro. (Cancio Meliá,2006).

Jakobs (2003) explica que el derecho penal del enemigo busca ejercer una lucha contra los sujetos que en su comportamiento han enraizado la criminalidad, apartándose de forma duradera y decidida del derecho, siendo sujetos que no pueden garantizar que en un futuro sean parte de la comunidad que respeta la ley. Esta concepción también es compartida por quienes siguen a Jakobs como alumnos de su pensamiento, tal es el caso de Lesch quien determina que sólo el sujeto que respeta las normas del orden social puede ostentar la calidad de persona dentro de la comunidad ciudadana, mientras que el individuo que no acepte dichas reglas constituye un animal que no merece protección alguna del orden jurídico que lo rodea (Gracia Martin, 2005).

Esta fundamentación no busca otorgarle vigencia a la norma positiva del estado, sino que pretende disminuir los niveles de peligro que puedan suscitarse dentro de una sociedad en la cual la norma referida esté sometida a riesgo de incumplimientos por parte de los individuos. Es decir, no se busca compensar el daño a la vigencia de la norma, sino



disminuir los niveles del peligro al cumplimiento de dicha ley, en razón de que existen sujetos que deciden abandonar su calidad de personas y ciudadanos, para convertirse en enemigos de la sociedad (Jakobs,2003).

Como resultado se desprenden dos aristas con modalidades de regulación jurídica. El primer referente a los ciudadanos, que constituyen un conjunto de reglas que deciden esperar al incumplimiento de la persona para poder reaccionar; y por otro lado una regulación destinada a los enemigos que busca interceptar al mismo antes de que este lesione la vigencia de la norma positiva, buscando así combatir la peligrosidad de estos individuos (Jakobs,2003.)

Entonces, esta negación de la calidad de ciudadano o persona para los individuos que no respetan la ley es la idea por la cual se levanta el derecho penal del enemigo, permitiendo así crear un ordenamiento penal independiente, excepcional y propio que se aleja del derecho penal ordinario que se aplica a quienes sí son considerados personas. De igual manera, esto permite inferir que para Jakobs (2003) la calidad de persona o ciudadano no viene dada por la naturaleza humana, sino que constituye una atribución normativa que depende de los estándares legales de la sociedad. El autor Dal Lago (2000) comenta esta situación al referir que una persona sólo puede existir si su humanidad no ha sido anulada o revocada.

Por tales razones, es indispensable distinguir entre personas e individuos, siendo las primeras los sujetos destinados a cumplir las expectativas jurídicas que la norma determina dentro de ciertos roles sociales, trayendo esa vieja concepción de que persona significa ocupar un rol en la sociedad. Mientras que los individuos son aquellas entidades humanas que se derivan de la naturaleza bajo la denominación de animales inteligentes, es decir, son sujetos sensoriales que acuden al mundo de la experiencia sin que exista ninguna configuración normativa que los determine dentro de los roles de una comunidad social (Jakobs,1996).

De lo indicado se desprende que el individuo se convierte en persona una vez que decide formar parte de la comunidad ciudadana al ser el destinatario de las expectativas jurídicas que el estado le exige cumplir al momento de interactuar con las personas dentro de una esfera de actuación estandarizada o rol. No obstante, cuando el individuo decide alejarse de esas expectativas jurídicas y generar una oposición decidida y duradera a estas normas, adquiere la calidad de no persona o enemigo que necesita de un derecho penal

excepcional y autónomo que lo regule con el fin de evitar los riesgos que pueda generar su actuar y por consiguiente se ponga en peligro la vigencia de la norma penal

Esta teoría, también promueve que la coacción o amenaza mediante las sanciones para vincular una obligación jurídica a las personas, solo se puede lograr frente a los ciudadanos al buscar que estos se acostumbren al respeto de las normas jurídicas, puesto que este grupo de individuos ha decidido de forma voluntaria cumplir con las expectativas jurídicas que el estado les ha impuesto. (Jakobs,2000) No obstante, con respecto a los enemigos no se puede pretender que cumplan con las disposiciones legales en base a estrategias de coacción, puesto que quien no es persona no puede ser obligado por una norma, y por ende por más coacción que se imponga mediante sanciones o penas, están no conseguirán que el individuo adecue su conducta al orden jurídico vigente. Por tales motivos debe generarse una guerra en contra de los sujetos catalogados como enemigos y, por ende, debe separarse a los mismos con la utilización de una coacción física y su exclusión (Jakobs,2003).

Jakobs (2003), determina que con el derecho penal del enemigo se puede combatir la peligrosidad del individuo considerado no persona al establecer un marco punitivo que actúe antes de la ejecución del hecho punible por lo que se trata de una anticipación al castigo mediante la pena. La asociación ilícita es un delito que presenta características del derecho penal del enemigo debido a que, se penaliza la mera asociación de sujetos con el fin de delinquir sin que se consuma el hecho punible planeado.

Por tales motivos, diversos autores garantistas refieren que la inserción del tipo penal de asociación ilícita ha constituido el olvido del derecho penal de conducta o acto, para dar paso a un derecho penal de autor que se acerca a los lineamientos del derecho penal del enemigo que promueve el profesor Jakobs y los demás académicos que son partícipes del funcionalismo radical. (Zaffaroni y Croxatto, 2019).

Polaino (2011) establece que la penalización de los actos preparatorios conllevó a que el profesor Jakobs structure este derecho penal excepcional dirigido a quienes se consideran enemigos de la sociedad, de esta manera, se buscaba que el estado actúe antes de la comisión de un hecho punible que lesiona de forma directa la vigencia de la norma.

En el delito de asociación ilícita se produce esta aplicación de la norma penal, en la cual se sancionan los meros actos preparatorios que se encuentran en un estado anterior a la lesión de la norma, sin esperar a que se lleve a cabo el delito fin que se pretendía

consumar con dicha asociación. Consecuentemente, el legislador ya no espera a que se configure el delito para poder reaccionar mediante la imposición de la pena, sino decide castigar la mera conformación de una organización delictiva a fin de evitar de forma anticipada la consumación del delito final (Polaino, 2011).

De igual manera el delito de asociación ilícita se inserta en los postulados del derecho penal del enemigo al restringir los derechos de libertad de los ciudadanos, debido a que la facultad para actuar libremente y asociarse en un grupo de personas se ve restringida cuando el legislador decide castigar con una pena la mera reunión de individuos de una sociedad. A su vez se genera una falta de proporcionalidad de la pena, puesto que se utiliza la medida sancionatoria más lesiva del estado para condenar la simple asociación, que no ha generado aún ningún cambio material lesivo dentro del orden social, es decir, se castiga la mera planificación sin verificar si se ha cometido dicho plan. (Polaino, 2011).

El delito de asociación ilícita como tipo penal inherente al derecho penal del enemigo ha sido objeto de diversas críticas en cuanto a su implementación. Autores como Buompadre (2021) determinan que en este delito se castiga la mera asociación, pero no se hace nada en contra del sujeto que de forma individual y sin reunirse con nadie decide planificar la explosión de una bomba en un lugar público. En el caso presente la conducta ostenta alta peligrosidad para la vigencia de la norma, sin embargo, por la falta de asociación no puede ser sancionada por el delito de asociación ilícita.

Por otro lado, también se critica que el delito de asociación ilícita guarda tensiones con el sistema garantista que se promueve dentro de un estado constitucional que fomenta el respeto de los derechos y garantías de todo individuo de la sociedad, sin importar su condición, pasado o características. La doctrina refiere que con el delito de asociación ilícita se criminalizan las meras intenciones bajo un supuesto principio de peligrosidad, dejando de lado el derecho penal de conducta o autor, existiendo fallas conceptuales en cuanto a la configuración de este delito porque comparte características con la tentativa al sancionar la mera asociación sin importar la comisión del delito fin; y, por otro lado, demuestra una característica autoritaria al penalizar la mera reunión de individuos. (Zaffaroni y Croxatto, 2019).

De igual forma se critica que la asociación ilícita que se deriva del derecho penal del enemigo, constituye un tipo penal falso porque su implementación material devenga

en un error lógico, ya que constituye una falacia de petición de principio en base a su imposibilidad probatoria como hecho punible reconocido. Esto se debe a que la ejecución de esta infracción se produce en la clandestinidad, no habiendo contacto alguno con los magistrados o fiscales para que puedan constatar plenamente dicha asociación criminal. (Zaffaroni y Croxatto, 2019).

Y, por otro lado, el delito de asociación ilícita también es inconstitucional ya que transgrede el principio de lesividad por medio del cual solo pueden sancionar aquellas conductas que lesionen a un bien jurídico como objeto de la norma penal. Consecuentemente en la asociación ilícita se castiga la mera intención o voluntad de los sujetos lo cual devenga en una infracción arbitraria que trastoca los postulados de un derecho penal liberal garante (Zaffaroni y Croxatto, 2019).

Como se afirmó en títulos anteriores el Ecuador constituye un estado garantista que promueve la protección jurídica de las personas, teniendo como fin los derechos y garantías mínimas que prescribe la Constitución, utilizando como vía al Derecho Penal que, bajo su larga evolución del concepto de injusto, pretende establecer una estructura punitiva que defienda dichos derechos fundamentales (Palacios, 2021). De igual manera, el artículo uno del COIP promueve un derecho penal que respeta el principio de dignidad humana, entendido este como un límite al poder punitivo del estado. A su vez el artículo 22 del mismo cuerpo jurídico indicado reconoce un derecho penal del acto, por medio del cual únicamente se puede sancionar a las personas por las acciones u omisiones que estos realicen, y no por sus características personales.

Entonces, desde la esfera formal de las normas ecuatorianas, no sería posible aplicar los postulados y características del derecho penal del enemigo porque irían en contra de los lineamientos jurídicos garantes que prevé la constitución ecuatoriana. No obstante, el delito de asociación ilícita es un tipo penal que demuestra que el legislador ecuatoriano ha decidido legislar ciertas conductas inherentes a este derecho excepcional que ha propuesto el profesor Jakobs.

Esto se debe a que el delito de asociación ilícita contraviene el derecho de libertad de asociación, castiga las meras intenciones o pensamientos criminales no exteriorizados, decide sancionar los meros actos preparatorios sin importar si se ha configurado o no el delito fin, y presenta tensiones con el principio de lesividad en materia penal. Por lo tanto, todo lo analizado permite deducir que a pesar de que el Ecuador tenga una normativa

constitucional y penal garante, la misma también se encuentra contaminada por un tipo penal incompatible que obedece a un derecho penal fuerte, absoluto y restrictivo de derechos como es el caso del derecho penal del enemigo.

## **CAPÍTULO 2.- LA FLAGRANCIA Y LOS PRESUPUESTOS DE SU CONFIGURACIÓN.**

### **1. La flagrancia**

#### **1.1. Concepto**

El término flagrancia ostenta un gran desarrollo conceptual en cuanto a la configuración de su alcance y sentido. Se puede expresar que la palabra en análisis proviene de la lengua latín en cuanto a su etimología mediante el “flagrare” que hace referencia a que una situación se encuentra ejecutando en un momento determinado. (Cabanellas, 2008). La expresión en latín también hace referencia a que un objeto resplandece o arde en la realidad material, razón por la que se ha utilizado este término de forma analógica para denominar aquellos sucesos en los cuales se puede percibir cómo se consuma una infracción penal (Chacho,2022).

Trayendo este concepto etimológico al ámbito jurídico penal, se determina que la flagrancia consiste en una situación en la cual se consuma un delito de forma ostentosa o escandalosa que puede ser percibida de forma sensorial por los sujetos (Cordero,2000). Un concepto más completo lo comparte Cabanellas (2008) quien determina que la infracción penal flagrante es aquella que se descubre en el momento exacto en la que esta se ejecuta, por lo que su realización es pública a tal punto de que la pueden presenciar diversas personas, facilitando así la justificación de la infracción y la simplificación del proceso penal.

Carnelutti (1950) aclara que no se debe confundir a la flagrancia como un medio probatorio en sí mismo, ya que esto recaería en el error de pensar de que la flagrancia por si sola prueba el hecho punible lo cual no es así. Si bien la flagrancia facilita la investigación en cuanto a la materialidad del hecho y la responsabilidad penal, no es menos cierto que no constituye el único medio probatorio por el cual se pueda justificar dicha situación, es más, la flagrancia no constituye un medio de prueba sino que es una situación en la que se persigue el hecho delictivo y que por tal causa se permite simplificar el proceso penal, más no garantiza la imposición de una condena para quien ha sido aprehendido por haber sido descubierto en flagrancia.

La doctrina procesal también indica que la flagrancia puede ser calificada desde

dos perspectivas. Primero para quien puede percibir el cometimiento de una infracción, la misma será en todo momento flagrante para dicho sujeto, sin embargo, para quien no perciba el hecho punible no podrá asegurarse de que se trata de un delito flagrante. Consecuentemente, la flagrancia viene a ser una especie de cualidad relativa que va a depender de la percepción sensorial del sujeto frente al injusto penal (Carnelutti, 1950)

De todas las consideraciones antes anotadas se va moldeando el concepto de flagrancia que se aplica a la legislación contemporánea. Peñalba (2020) conceptualiza la flagrancia como el delito que se ha consumado en público y cuyo ejecutor pudo ser observado por sujetos que se encontraban en el lugar de la infracción en el mismo momento en el que esta se cometió. Para el autor la flagrancia es un elemento del verbo “arder” que refiere a la luminaria que no deja de quemarse, haciendo una analogía con un delito contra la vida que se descubre en el momento mismo de su consumación.

Valverde et al (2022) subraya que la infracción flagrante tiene un sentido social, debido a que el delito se produce con una característica pública ante los ojos de los ciudadanos, lesionando de forma notoria bienes jurídicos para la población. En consecuencia, este es el sentido social que fundamenta que la legislación vigente tenga que generar un tratamiento jurídico específico para el juzgamiento de aquellas infracciones cuyos autores han sido sorprendidos en flagrancia.

Sánchez (2018) define a la flagrancia como el delito que se comete en el momento exacto en que los ciudadanos tienen la posibilidad de percibirlo mediante sus sentidos, siendo la inmediatez y la actualidad los elementos que caracterizan al delito flagrante. La actualidad refiere a que la sociedad debe percibir en ese instante la comisión del hecho delictivo, mientras que la inmediatez hace referencia a la posibilidad que tiene cualquier ciudadano o los miembros de la fuerza pública para capturar al sospechoso a fin de ponerlo a órdenes de autoridad competente para su juzgamiento. Esta situación permite la captura del justiciable que conlleva mayores facilidades para justificar su responsabilidad en el proceso penal.

Por las razones que comprenden el concepto de flagrancia, la legislación permite que el sospechoso capturado en esta situación sea juzgado de manera directa sin que sea necesario que al proceso penal le preceda una investigación previa. De esta manera las normas procesales se adecuan de forma especial al supuesto de flagrancia que permite el juzgamiento directo ante el magistrado competente (Arciniegas, 2022)

Otro concepto de flagrancia lo ofrece Hipólito Gill (2014) quien considera al injusto penal flagrante como aquella infracción en la que su agente es sorprendido en el instante mismo en el que ejecuta el delito. En definitiva, de las definiciones establecidas se determina que la flagrancia es una figura que opera en aquellos casos en donde una o más personas pueden percibir sensorialmente la ejecución de una conducta criminal por lo que se aplica un ordenamiento jurídico único por medio del cual se permite la captura del sospechoso a fin de proceder con el inicio de un juzgamiento penal directo sin que sea necesaria la presencia de una etapa de investigación previa ante fiscalía. Por tal situación el concepto de flagrancia constituye un factor condicionante en las normas del proceso penal reguladas por el estado, ya que origina la aplicación de un marco jurídico especial para este tipo de casos.

### **1.2. Clases de flagrancia.**

La flagrancia conforme la doctrina penal presenta una clasificación que permite ampliar el contenido de su aplicación frente a casos reales que pueden suscitarse en la realidad. La clasificación de esta flagrancia va a depender, sobre todo, de la temporalidad con la cual se aprehende a quien ha sido sorprendido cometiendo un delito dentro de este contexto flagrante. A continuación, se expondrá la clasificación de esta figura.

#### *1.2.1. Propia e impropia.*

Los autores García et al (2022) explican que la flagrancia propia es una clasificación que obedece a los supuestos en los cuales el presunto autor de un delito lo ha realizado en presencia de dos o más sujetos que pudieran percibir tal infracción de forma directa mediante sus sentidos. Mientras que la flagrancia impropia o asimilada es aquella que no fue percibida por los sentidos de los ciudadanos, no obstante, se descubrió al presunto sospechoso del hecho punible dentro de las 24 horas subsiguientes a la ejecución del delito. Con respecto a la flagrancia impropia, es indispensable que la misma sea consecuencia de una persecución ininterrumpida al justiciable hasta llegar a su respectiva captura o aprehensión.

El COIP que regula las reglas de la flagrancia en el Ecuador, reconoce dentro del concepto de la misma ambas modalidades o clasificaciones expuestas en el párrafo anterior:

Se entiende que se encuentra en situación de flagrancia: 1. La persona que comete el delito en presencia de una o más personas; 2. La persona que se encuentre con armas,



instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos que hagan presumir el cometimiento reciente de un delito; y, 3. La persona en persecución ininterrumpida, de forma física o por medios tecnológicos, desde el momento de la supuesta comisión de un delito hasta la aprehensión, aun cuando durante la persecución se haya despojado de los objetos, documentos o contenido digital relativo a la infracción recientemente cometida. No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de cuarenta y ocho horas entre la comisión de la infracción y la aprehensión. (COIP, 2023, art. 527)

De la disposición citada se desprenden varios elementos a analizar. Primero, que en el numeral uno el legislador ecuatoriano determina el concepto de la flagrancia propia, mientras que en ellos numerales dos y tres reconoce las diversas modalidades por las cuales puede operar una flagrancia impropia, pudiendo entonces establecerse que la normativa penal ecuatoriana acoge la clasificación de la flagrancia que la doctrina penal ha determinado.

Segundo, esta disposición fue objeto de reforma en fecha 29 de marzo de 2023, mediante la cual se decidió enumerar las diferentes modalidades de flagrancia, a diferencia de los periodos anteriores a la reforma en los cuales existía una sola redacción que engloba la clasificación de la flagrancia. Esta reforma tiene sentido puesto que dirime el debate que existía en cuanto a si para aprehender a un sujeto por flagrancia impropia la persecución ininterrumpida debía estar acompañada de documentos, huellas u objetos en poder del justiciable al momento de la aprehensión.

Con los numerales que ha impuesto el legislador se aclara este problema de interpretación y se determina que una persona puede estar en delito flagrante en tres situaciones independientes: cuando la infracción se comete en presencia de dos o más individuos; cuando se ha producido una persecución ininterrumpida del justiciable hasta su captura; y cuando se encuentre al sospechoso con elementos, documentos o huellas inherentes al delito. Debe establecerse que para estas últimas dos modalidades no deben haber transcurrido más de 48 horas. Por último, el tiempo de 48 horas indicado también forma parte de la reforma que el legislador realizó en marzo de 2023. Antes el tiempo de flagrancia impropia era de 24 horas posteriores a la consumación del hecho punible, mientras que en la actualidad el legislador ha decidido prolongar esa medida temporal a 48 horas. Arciniegas (2022) es una de las pocas personas que ha tratado este tema, determinando la autora que la extensión del periodo de flagrancia impropia constituye

una reforma que se aleja de la doctrina y constituye una medida populista que puede poner en riesgo el garantismo penal. No obstante, este es el nuevo diseño jurídico que el legislador ecuatoriano ha establecido para los delitos flagrantes a nivel nacional. De esta manera se concluye esta parte determinando que la normativa ecuatoriana reconoce las dos clases de flagrancia con el fin de establecer un modelo específico que regula estos casos especiales en los que existe un contacto directo de la sociedad con la comisión de un hecho delictivo

### **1.3.Elementos para la configuración de la flagrancia.**

Los elementos que configuran la flagrancia como figura especial frente a los hechos delictivos consisten en tres presupuestos determinados: necesidad urgente, inmediatez temporal e inmediatez personal (Galeno, 2020). El primer elemento referente a la necesidad urgente consiste en que se debe conocer de manera directa e inmediata la infracción que está cometiendo el justiciable, es decir hace referencia al saber que tiene la persona que percibe el delito de que dicha conducta constituye un hecho criminal (Arayala et al, 2016).

Esta necesidad urgente deriva en la posibilidad de que los agentes policiales actúen en ese mismo momento con el objeto de capturar a quien es sorprendido en el cometimiento del hecho. Arayala et al (2016) comenta que la necesidad urgente de la intervención de la fuerza pública deviene en un mecanismo idóneo para proteger los bienes jurídicos de la sociedad, para evitar con la aprehensión del sujeto que este consiga eludir a la administración de justicia.

Bazalar (2017) refiere que la necesidad urgente es un elemento de la flagrancia que permite a los miembros de la fuerza pública el poder capturar al presunto infractor sin que exista una orden judicial que justifique dicha captura. Por ende, la flagrancia apertura la posibilidad de restringir el derecho de libertad ambulatoria a quien ha cometido un injusto penal a la vista y presencia sensorial de varios sujetos.

El segundo elemento que configura la flagrancia dentro de los delitos consiste en la inmediatez temporal. Este elemento tiene estrecha relación con el hecho de que la conducta criminal que se percibe por los sentidos se encuentra ejecutando en ese mismo momento, e incluso dentro de las veinticuatro horas posteriores a su ejecución. Este elemento recoge los presupuestos de flagrancia propia e impropia, puesto que la temporalidad hace referencia a que el sujeto comete la infracción en ese instante, o en su

defecto acaba de ejecutarla. (Leiva, 2016).

Martínez (1997) clarifica que la inmediatez temporal se mantiene mientras la persecución sea ininterrumpida al presunto infractor una vez que acaba de cometer la conducta, permitiendo a los agentes de la aprehensión el poder capturar en flagrancia a una persona tiempo después de haber ejecutado la misma. En las diversas legislaciones del mundo la normativa otorga un tiempo de 24 horas para que se produzca la aprehensión, sin embargo, como ya se analizó en el Ecuador el tiempo se amplió a 48 horas.

El último elemento consiste en la inmediatez personal, según la cual el sujeto que presuntamente ha cometido el delito flagrante debe encontrarse en el lugar donde se ejecutó, o en su defecto debe ostentar en su poder objetos, huellas o cualquier elemento referente al presunto delito cometido. De La Oliva et al (2007) explica el elemento de inmediatez personal al referir que en la flagrancia debe existir un vínculo circunstancial directo entre el sujeto y el delito ejecutado, relación que se estructura cuando el sujeto se encuentra en el lugar donde se realizó el crimen, o porque dentro de las 24 horas posteriores a la infracción se encuentra al sujeto con instrumentos referentes al delito en su poder.

De la opinión del experto se concluye que la inmediatez personal se vincula tanto con la flagrancia propia como impropia. Cuando se encuentra al sujeto en el lugar de los hechos el elemento de inmediatez personal refiere a una modalidad de flagrancia propia, mientras que cuando se encuentra al individuo con elementos inherentes al hecho punible constituye una modalidad de flagrancia impropia. Villegas (2017) explica que también puede encontrarse al sujeto con ambas características, ya que existe la posibilidad de que el individuo sea sorprendido en el lugar de los hechos delictivos, y además tenga en su poder objetos referentes al presunto delito.

#### **1.4.Los agentes de la aprehensión.**

El COIP determina quiénes son los facultados para capturar al justiciable que ha sido sorprendido en delito flagrante. El artículo 528 establece cuales son las reglas para que operen los facultados para capturar al presunto infractor, siendo taxativa la norma con respecto a las reglas de la flagrancia. Empieza la disposición afirmando que solo los autorizados por la ley son quienes pueden aprehender a un individuo, como resultado el mandato jurídico general es que la ley debe especificar quienes pueden ejecutar esa

captura.

No obstante, la normativa determina tres excepciones a dicha regla las cuales son: cuando se produzca la ejecución de un delito con la característica de flagrante, cuando una persona se fugue de un centro de rehabilitación social y cuando un sujeto tenga en su contra una orden de prisión preventiva o se encuentre prófugo de la justicia una vez que ha sido sentenciado mediante una resolución condenatoria ya ejecutada.

La flagrancia constituye entonces una excepción a la regla general con la cual ya no son solo los miembros de la fuerza pública quienes pueden capturar al presunto delincuente, posibilitando la legislación ecuatoriana que cualquier particular pueda constituirse como un agente de la aprehensión frente a un supuesto de delito flagrante. La normativa también ordena que el particular debe poner a órdenes de autoridad competente de manera inmediata al presunto infractor que ha capturado

Arciniegas (2023) efectúa una crítica a la posibilidad de que se permita a los particulares aprehender a quienes han sido sorprendidos en una infracción flagrante. El fundamento de esta oposición a la norma vigente se encuentra determinada en que los simples ciudadanos no tienen el entrenamiento y el conocimiento para repeler a la luz de las garantías procesales al sujeto que presuntamente ha cometido el hecho punible. Consecuentemente esta falta de conocimiento puede derivar en que se vulneren los derechos y garantías del aprehendido poniendo en riesgo su integridad.

En el Ecuador ya se han producido diversos casos en los cuales la aprehensión por parte de particulares ha devengado en situaciones que van en contra de la normativa penal garante. Por ejemplo, el 20 de junio de 2023 un aproximado de mil ciudadanos capturaron a un presunto delincuente en el cantón Pelileo, de la provincia de Tungurahua. El sujeto capturado presuntamente había sido sorprendido robando una vivienda, lo que derivó en que los agentes de la aprehensión (particulares) decidieran quemarlo vivo. (Primicias, 2023)

En fecha 2 de agosto de 2024, un presunto delincuente fue golpeado por los miembros del sector “El Pintado” en el sur de la ciudad de Quito. El individuo capturado habría sido sorprendido intentando robar mediante el uso de un arma de fuego a una ciudadana que se encontraba por el lugar. Este hecho llevó a que el sospechoso sea capturado por los sujetos que se encontraban en el sector para posteriormente ser golpeado en el piso por varios momentos por los agentes de la aprehensión. (Ecuavisa, 2024)

Estos son solo dos ejemplos de cómo la liberalidad en cuanto a la aprehensión en delitos flagrantes puede derivar en casos de justicia por mano propia, el cual no es un fin constitucional perseguido, ni tampoco constituye el objeto que pretende el derecho penal ecuatoriano, siendo indispensable dejar sentado que el legislador ecuatoriano debería revisar si es adecuado que cualquier sujeto de la sociedad pueda ser un agente de la aprehensión en los casos de delito flagrante.

### **1.5.La audiencia de calificación de flagrancia.**

El artículo 529 del COIP regula las reglas que determinan cómo se efectuará la audiencia de calificación de flagrancia frente al presunto autor del delito flagrante. En primer lugar, la norma establece que la audiencia de calificación de flagrancia debe efectuarse en un tiempo máximo de 24 horas contadas desde que se realizó la aprehensión. Dentro de dicha diligencia judicial el juzgador deberá calificar la legalidad de la aprehensión, para que fiscalía de considerarlo necesario formule cargos en contra del procesado y solicite las medidas pertinentes ya sean personales o cautelares.

En sus inicios estas eran las reglas que regían a la audiencia de calificación de flagrancia, no obstante, el 29 de marzo del 2023 se reformó el COIP, agregándole en este cambio legislativo mayor contenido regulativo a esta diligencia procesal.

El primer cambio consistió en determinar que cuando se produzca flagrancia en zonas cuyo acceso es limitado como es el caso de la altamar, se realizará la audiencia de calificación de flagrancia dentro de las 24 horas siguientes al arribo del procesado a un puerto seguro o lugar poblado. En estos casos la norma también establece como regla que los agentes de la aprehensión hayan respetado un plazo prudente entre la captura y el traslado del individuo a un centro poblado, a fin de respetar los derechos fundamentales de la persona, y conservar la escena del lugar de los hechos en mayor medida de lo posible con los indicios encontrados.

Por último, se estableció que la audiencia de calificación de flagrancia se debe realizar en un tiempo de 48 horas siguientes a aquellas capturas que se efectúen en zonas fronterizas de acceso limitado o en los supuestos de fuerza mayor o caso fortuito que hayan impedido a los agentes de la aprehensión el traslado del sujeto capturado.

Vale mencionar que el artículo 529.1 del COIP permite la identificación de los capturados tanto ante la comunidad como ante los medios de comunicación en aquellos casos en los que se califique la aprehensión de los sujetos en un injusto penal flagrante.

Vale mencionar que en sus inicios esta disposición se limitaba a la ejecución de delitos contra la vida, violencia contra el núcleo familiar y la mujer, integridad sexual, tráfico de migrantes, sicariato, robo con muerte y trata de personas.

No obstante, con las reformas del año 2023 se amplió la esfera de estos delitos flagrantes, por lo que también se permite divulgar la imagen de los aprehendidos cuando se tratan de infracciones de delincuencia organizada, tráfico de armas, lavado de activos, secuestro, tráfico de drogas, terrorismo y delitos mineros.

Si bien la norma establece que se debe respetar siempre el derecho constitucional a la presunción de inocencia, no es menos cierto que esta normativa entra en tensión con la indicada garantía del debido proceso penal. Esto se debe a que, la divulgación de la imagen de una persona que ha sido capturada en delito flagrante lleva a que la sociedad estigmatiza y discrimina a dicho sujeto, sin tomar en cuenta que puede haber diversas causas por las cuales esa persona no deba ser responsable penalmente.

A pesar de todas estas consideraciones esta es la normativa procesal que regula la figura de la flagrancia en el Ecuador. Por estos motivos el legislador ecuatoriano ha pretendido generar un tratamiento específico para esta clase de delitos con el objeto de intentar de alguna manera relacionar el ordenamiento jurídico garante que promueve la constitución con las normas penales del país.

### **1.6. Jurisprudencia de la Corte Constitucional.**

La corte constitucional del Ecuador (2021) mediante la sentencia No. **9-19-CN/21** se pronunció sobre las reglas de flagrancia que deben aplicarse cuando la persona aprehendida sea un adolescente infractor. Para tales efectos la corte constitucional creó como regla jurisprudencial tres reglas fundamentales. La primera regla consistió en determinar que debe ser un juzgado especializado en adolescentes infractores quien deba sustanciar estos casos de flagrancia referidos. La segunda regla consiste en que si en los lugares en donde se ha cometido la infracción no existen jueces especializados en adolescentes infractores, la competencia recaerá sobre los jueces de familia, mujer, niñez y adolescencia. Y como última regla se estableció que, si los casos de flagrancia se producen fuera de la jornada laboral ordinaria, y no existiera disponibilidad tanto de un juez de la familia o un juez especializado en adolescentes infractores, la audiencia de calificación de flagrancia deberá ser sustanciada ya sea por juzgados multicompetentes o de garantías penales. No obstante, una vez tramitada dicha diligencia se deberá derivar la

causa al juzgado especializado competente para que continúe con la tramitación de la causa.

En otro caso la Corte Constitucional se pronunció acerca de la inconstitucionalidad del artículo 47 numeral 20 del COIP el cual determinaba el agravante de los hechos penales cuando el sujeto registraba una o más capturas previas en flagrancia calificada. La Corte Constitucional (2021) en su sentencia No. **53-20-IN/21** determinó que esta disposición penal tiende a generar estigmas discriminatorios que incluso llegan a transgredir el derecho a la presunción de inocencia; pues para el órgano de justicia no existen fundamentos para que sea considerada una agravante el tener aprehensiones por delito flagrante más aún si no se ha determinado la responsabilidad penal de una persona, por lo que dicha agravante es intrascendente para medir el juicio de culpabilidad.

## **CAPÍTULO 3.- LAS DIFICULTADES DE CALIFICAR LA FLAGRANCIA FRENTE AL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA.**

### **1. El delito de asociación ilícita y la calificación de la flagrancia.**

La calificación de la flagrancia en el delito de asociación ilícita parece presentar un desafío significativo en el ámbito del derecho penal, esto se debe a que la naturaleza jurídica de la infracción indicada permite evidenciar que se trata de una figura en la cual existe una anticipación al castigo por parte del Estado. Como se analizó en capítulos anteriores no es necesaria la lesión al bien jurídico para que se configure la asociación ilícita como tal, es decir, existe absoluta independencia de la asociación frente si se produce o no el delito fin planeado.

La anticipación al castigo indicado es el elemento central que pone en tela de duda si es que es posible percibir por los sentidos la asociación que configura el verbo rector que aún no ha lesionado ningún bien jurídico protegido. Se debe recordar que el artículo 527 del COIP establece que la flagrancia es aquel supuesto en el que a una persona se lo descubre cometiendo una infracción, o tiempo después mediante persecución ininterrumpida se lo encuentra con elementos inherentes al hecho punible. Entonces, en el caso de la asociación ilícita la aplicación de estos criterios para la determinación de la flagrancia puede resultar problemática, ya que el delito en sí mismo no implica que se haya consumado un hecho delictivo que lesione un bien jurídico, sino que consiste en la mera intención delictiva cuya percepción sensorial es difícil de verificar.

Por lo tanto, la interrogante central que rodea este supuesto radica en cómo determinar la flagrancia en un delito que por su misma naturaleza no lesiona ningún bien jurídico al momento de su ejecución; sobre todo, si es que la flagrancia va a depender de la observación directa del aprehensor o de la existencia de elementos materiales que permitan evidenciar que recién se ha cometido una infracción penal. Entonces, se plantea un desafío para aplicar el artículo 527 del COIP dentro de una infracción cuya consumación no requiere de un acto observable o un daño concreto

Con respecto a otros delitos de peligro se puede hacer una diferenciación, debido a que es más sencillo para otras infracciones el poder percibir por los sentidos del agente aprehensor la flagrancia como tal. Por ejemplo, en el delito de porte ilegal de armas basta



con que se encuentre en poder de la persona un arma sin autorización para tenerla, para que se configure un delito flagrante. Lo mismo sucede con el delito de tenencia de sustancias estupefacientes sujetas a fiscalización, debido a que la mera posesión de dichas sustancias ya configura por sí misma la flagrancia.

No obstante, como se mencionó en párrafos anteriores en el delito de asociación ilícita no es posible percibir a través de los sentidos la asociación que tiene por objeto el cometimiento de fines ilícitos, por lo que a continuación a través del estudio de casos se ahondará aún más en esta problemática.

## **2. Casos prácticos.**

### **a. Proceso judicial No. 01283-2024-00098**

Los hechos del caso se suscitan en fecha 5 de febrero de 2024 cuando aproximadamente a las 10H30 el agente de policía Paul Córdova recibe información acerca de un robo de motocicleta que se habría producido el sábado anterior a la fecha indicada, en el cantón Paute provincia del Azuay. Por tales razones en fecha 4 de febrero de 2024 el agente de policía tomó la decisión de activar el GPS de dicha motocicleta la cual se encontraba ubicada en el sector Morocho Quigua, razón por la cual el 5 de febrero el agente con miembros de la policía nacional procedió a dirigirse al lugar antes mencionado.

No obstante, una vez que los miembros de la fuerza pública arribaron a dicho lugar, se pudo observar que dos sujetos se encontraban empujando la moto robada con el objetivo de poder encenderla. Ante tal situación los sujetos que empujaban la moto se percatan de la presencia de los miembros de la fuerza pública y proceden a intentar huir en un vehículo blanco signado con placas ABH-5911, dirigiéndose por la vía de Morocho Quigua. Inmediatamente los miembros de la policía nacional procedieron a perseguir ininterrumpidamente a los sujetos, mientras solicitaban el apoyo de otras unidades adicionales para interceptar el vehículo referido, razón por la que luego de varios minutos de persecución las unidades preventivas MOVIL COCHABAMBA y MOVIL SANTANA pudieron interceptar de forma efectiva a los presuntos justiciables dentro del sector mismo de Morocho Quigua.

Una vez que se detuvo al vehículo los policías pudieron neutralizar a los ocupantes del mismo para lo cual procedieron a realizar el registro correspondiente, determinándose en dicho proceso de identificación a los siguientes sujetos quienes ostentaban en su poder

determinados objetos:

Jairo Q. de 27 años de edad, quien se encontraba conduciendo el vehículo. En el bolsillo derecho de su pantalón se le encontró un teléfono celular marca Huawei, color azul.

Pedro L. ciudadano menor de edad (16 años), quien se encontraba dentro del vehículo.

Rosa I. de 24 años de edad, quien poseía una cartera color negro, sujeta a su brazo derecho, en la cual se encontró un arma de fuego tipo pistola (serie CP-10971), calibre 9mm, con cargador que contenía seis cartuchos dorados sin percutir. Además, se le encontró un teléfono celular marca POCO, color violeta.

Adicionalmente, se identificó a los ciudadanos que minutos antes estaban manipulando la motocicleta robada:

Jady C. de 20 años de edad, quien portaba un teléfono celular marca Redmi, color lila, en el bolsillo izquierdo de su pantalón.

Stalyn V. menor de edad (16 años).

A más del registro realizado a los sujetos antes descritos, también se realizó un registro del vehículo antes mencionado con lo cual se determinó que las series alfanuméricas del chasis y motor del vehículo no corresponden con las placas del mismo, determinando la policía nacional que las placas a la que le correspondía ese motor estaban signadas como UBB-1254, el cual presentaba una restricción por robo en la provincia del Cañar en fecha 21 de noviembre de 2023. Como resultado de las acciones antes mencionadas se procedió a la aprehensión de los cinco ciudadanos implicados a fin de ponerlos a órdenes de la autoridad competente.

De esta forma Fiscalía General del Estado decide formular cargos en contra de los ciudadanos antes mencionados por el delito de asociación ilícita previsto en el artículo 370 del COIP en relación con los artículos 202 y 360 del mismo cuerpo legal, que hacen referencia a los injustos penales de receptación y de tenencia y porte de armas. Como elementos de convicción se presenta el informe de reconocimiento de lugar de los hechos, la denuncia por el robo del vehículo y se solicitaron las certificaciones del CCFFAA para determinar si los sujetos procesados cuentan con la autorización para portar armas. Finalmente, el juzgador competente decidió calificar como legal y constitucional la

aprehensión de los procesados puesto que a su criterio se ha calificado la flagrancia delictiva.

Al ser un procedimiento directo por la existencia de la calificación de flagrancia, se procede a aplicar reglas especiales que tienen por objeto generar un proceso judicial mucho más rápido; no obstante, dentro de la presente causa los procesados decidieron someterse al procedimiento abreviado mediante el cual se declaró su culpabilidad de la siguiente forma:

Se declara a los ciudadanos Jady C. y Jairo Q. como autores directos y responsables del delito de: asociación ilícita (art. 370) en relación con los delitos de porte de armas de fuego (Art. 360, núm. 2) y receptación (Art. 202)

Sanción Penal: Se impone una pena privativa de libertad de 24 meses (2 años), a cumplirse en el Centro de Privación de Libertad del cantón Cuenca, provincia de Azuay.

En el caso presente se debe analizar si la calificación de la flagrancia podía haber sido determinada conforme las reglas del artículo 527 del COIP. Primero se debe mencionar que en el caso en mención existe una falta de presencia inmediata de los miembros de la fuerza pública en la escena del delito, debiendo explicarse que el robo denunciado una semana antes de los sucesos de captura ya había superado el tiempo de 48 horas que determinaba la norma para que se configure la flagrancia por el delito de robo. Por ende, parece ser que esta fue la razón que llevó a la fiscalía a argumentar que existía flagrancia por asociación ilícita.

Por otro lado, aunque existió una persecución ininterrumpida cuando se encontró a los sujetos con la motocicleta en su poder, cabe mencionar de nuevo que ya existían más de 48 horas desde la aprehensión y el robo de la motocicleta, por lo que dicha persecución no puede ser tomada en cuenta para fines de aprehensión.

También, los objetos recogidos por los miembros de la fuerza pública como la motocicleta, armas y celulares, como elementos de convicción no hacen ver en ningún momento que los individuos capturados presuntamente se habían organizado ese momento para delinquir. Pues lo único que desprenden dichos elementos es que esos sujetos pudieron haber estado involucrados en una serie de delitos relacionados, más sin embargo no justifica que estos individuos se hayan organizado con el objetivo de cometer un delito futuro en ese mismo instante.

A su vez si bien los objetos encontrados tienen una vinculación con delitos específicos, los mismos no justifican una colaboración entre los capturados que permite inferir que se trata de una asociación ilícita, pues dichos elementos no prueban la actividad de organización en flagrancia sino a lo mucho la posible ejecución de delitos específicos.

Lo mencionado se fundamenta en que de la redacción del artículo 370 del COIP, se determina que la asociación ilícita necesita de una organización de dos o más personas que permita demostrar que dicha agrupación tenía por objeto la comisión de un crimen específico, por lo que para que exista flagrancia en este delito se tiene que llegar a demostrar que ha existido una colaboración continua y planificada entre los involucrados, situación que no puede llegar a observarse de los hechos antes mencionados.

El mero hecho de que los sospechosos se encuentren en posición de objetos robados y un arma de fuego, no puede ser considerado un elemento suficiente para determinar sensorialmente o mediante indicios que las personas habían estado actuando en conjunto para cometer delitos en el marco de una asociación ilícita. Si bien podrían constituir elementos que permitirían involucrar a los sujetos en el robo de la motocicleta, los mismos no llegan a justificar la existencia de un plan organizado y estructurado por los procesados para que se pueda calificar la flagrancia por el delito de asociación ilícita.

Finalmente, si bien existen delitos conexos como la tenencia de armas o la receptación, vale la pena mencionar que la presencia de dichas infracciones no constituye que se trate de un grupo que se ha organizado con el fin de cometer un delito determinado, no siendo posible determinar la planificación y colaboración que exige el tipo penal, más aún porque los elementos recabados tampoco logran determinar la voluntad de los sujetos dirigida a asociarse para cometer crímenes.

#### **b. Proceso Judicial No. 09287-2017-00791**

Los antecedentes de este caso se suscitaron en fecha 21 de junio del año 2017 en el cerro “Las cabras” perteneciente al cantón Durán, cuando diversos agentes de policía que se encontraban patrullando el sector pudieron constatar que tres individuos sentados en unas escaleras junto a una construcción abandonada procedieron a huir cuando observaron la presencia policial. Ante tal huida los miembros de la fuerza pública generaron una persecución ininterrumpida de los sujetos con lo cual llegaron a interceptarlos más adelante. Una vez que se revisó el lugar de donde huyeron los sujetos capturados se pudo encontrar una camiseta negra que contenía un arma de fuego tipo

revólver calibre 38, a más de la presencia de un arma blanca (cuchillo) que también estaba presente en ese lugar.

Mediante estos elementos encontrados en el lugar de los hechos la fiscalía de flagrancias del Cantón Durán procedió a solicitar al juez la audiencia de calificación de flagrancia en la cual se argumentó que los objetos encontrados demuestran la existencia de una conducta que pone en peligro a la tranquilidad pública, por lo que se ha configurado un escenario de peligro abstracto para la sociedad que recae en el delito de asociación ilícita.

Ante estos supuestos fiscalía formuló cargos por el delito indicado y solicitó prisión preventiva para los sujetos Ariel C., Xavier H. y Adrián M. el funcionario judicial competente consideró que los procesados han incurrido en el delito de asociación ilícita bajo los siguientes argumentos: primero, se tomó como relevante los testimonios de los agentes aprehensores quienes narraron los hechos suscitados. También se tomaron en cuenta el reconocimiento de las evidencias encontradas en el lugar de los hechos que consistían en armas que estaban en buen estado y por tanto se las consideró como funcionales. De igual manera la fiscalía justificó que los procesados no contaban con los permisos para el porte de armas de fuego, ya que el revólver encontrado se encontraba registrado a nombre de una empresa y no a título de los acusados.

De esta manera el juez entiende que la conducta de los ciudadanos es suficiente para perpetuar una puesta en peligro a bienes jurídicos entre tres individuos que ha criterio del juzgador tenían por finalidad delinquir. Por estos motivos y mediante una motivación muy rápida se decidió determinar la responsabilidad penal de los procesados por la comisión del delito de asociación ilícita, imponiendo una pena privativa de libertad de tres años.

Con respecto al análisis del caso primero se debe volver a examinar los hechos que lo rodean, pues los sujetos sentenciados habían huido al ver a los miembros de la fuerza pública por lo que por dicha acción fueron perseguidos y posteriormente puestos a orden de autoridad competente por encontrarse en el lugar armas blancas y un arma de fuego. En este punto se debe cuestionar si es que basta con encontrar a sujetos con armas sin autorización para determinar que tales individuos constituyen una estructura organizada que tiene por objeto el cometer delitos con penas privativas de libertad menores a 5 años.

A criterio personal la simple posesión de un arma no constituye elemento de convicción suficiente para establecer que entre los sentenciados existía una estructura organizada que encajaba lo que dispone el artículo 370 del COIP, pues la vinculación de la conducta observada con el delito de asociación ilícita no se puede determinar por medio de meras inferencias de peligrosidad en base a elementos encontrados en el lugar de los hechos.

Para que exista flagrancia los miembros de la policía debían encontrar otros elementos que permitan inferir que tales sujetos se habían asociado con el objeto de delinquir, por ejemplo, mensajes de texto, declaraciones de terceros, etcétera. No obstante, en el caso analizado solo se encontró un arma de fuego y un arma blanca, por lo que incluso no existe certeza de saber quién de dichos sujetos portaba esos instrumentos ya que los objetos fueron encontrados en el lugar desde donde los sentenciados huyeron.

En este caso lo idóneo sería que fiscalía formule cargos por el delito de tenencia ilegal de armas, mas no por asociación ilícita, ya que de los indicios encontrados no se desprende que efectivamente se hayan cumplido los presupuestos que el artículo 370 del COIP exige.

#### **c. Proceso judicial No. 09281-2017-01970**

Los hechos del caso comenzaron en fecha 20 de abril de 2017, tiempo en el que se llevó a cabo un operativo en la ciudad de Guayaquil, provincia del Guayas. Al llegar a la zona de las calles García Moreno y Vicente Trujillo, los agentes de policía pudieron observar a dos motocicletas que iban con dirección al norte por lo que decidieron perseguirlos de manera ininterrumpida. Al llegar a la calle Rosendo Avilés el copiloto de la motocicleta marca Suzuki de placas EN-125 apuntó con un arma de fuego al policía Jorge V., quien de manera inmediata tuvo que realizar maniobras evasivas que le causaron una caída que derivó en laceraciones en su brazo y rodillas.

El copiloto de la motocicleta de nombres Néstor M. dejó caer el arma de fuego de marca BRUNI, modelo 92 calibre 9mm, para posteriormente continuar con la huida respectiva. La persecución de los sujetos se extendió durante algunos minutos hasta que en las avenidas Machala y O'Connor se logró capturar a los ocupantes de la motocicleta. El vehículo llevaba a tres personas, siendo el conductor Israel G. y dos acompañantes Alex F. y Néstor M., quien fue reconocido como el individuo que apuntó con un arma de fuego al agente policial y la dejó caer en el piso. Lo interesante de este caso radica en que

la fiscalía formuló cargos por el delito de armas de fuego, municiones y explosivos previsto en el artículo 361 del COIP, por transportar dichos objetos, siendo este el verbo rector que pudo ser percibido en la conducta del sujeto, lo cual llevó a que el juzgador califique como legal y constitucional a la flagrancia y se de paso a la etapa de instrucción fiscal.

No obstante, durante la etapa de instrucción la fiscalía decidió reformular los cargos para determinar que se ha configurado el delito de asociación ilícita, siendo esto el fundamento que llevó al juzgador a emitir la siguiente sentencia. El juzgador fundamentó su sentencia en base a una diversa valoración probatoria, pues por un lado analizó los testimonios de los agentes policiales que participaron en la detención a más del análisis del arma de fuego encontrada. Además, también se consideraron los peritajes que confirmaron la presencia de armas en poder de los sujetos capturados, las cuales eran un revólver y una pistola de fogeo. Estos fueron los elementos que le llevaron al juzgador a determinar responsabilidad de los tres procesados mediante las reglas de la autoría que determina el artículo 42 del COIP.

El juzgador determinó que la posesión de armas, más la actividad de no detenerse y huir de la policía de forma coordinada son los fundamentos que le llevaron al juzgador a entender que el móvil de estas personas consistía en perpetuar delitos, sobre todo por el hecho de que mientras huían de forma organizada, uno de los acompañantes de la motocicleta intentó disparar contra uno de los miembros de la fuerza pública, por lo que se determina la existencia de una asociación de tres personas que tenía fines delictivos.

Este caso se analiza por una particularidad en cuanto a la forma en cómo inicia, debido a que la fiscalía al momento en el que toma la decisión de formular cargos ante el juzgador competente, no lo hace por medio de la figura de asociación ilícita sino a través de la tenencia ilegal de armas de fuego y municiones la cual era la infracción que más se ajustaba a las percepciones sensoriales que los agentes de la policía tenían con respecto a los hechos suscitados. Así los elementos recogidos en el lugar de los hechos permitían deducir la existencia de este delito en flagrancia mas no la concurrencia de una asociación ilícita.

Seguramente, para la fiscalía de flagrancias era más sencillo justificar la flagrancia de la tenencia ilegal de armas y municiones en lugar de probar con objetos recogidos que existía una presunta asociación ilícita. Sin embargo, no se puede negar el hecho de que

en lo posterior la fiscalía decidió reformular los cargos dentro del proceso y solicitó al juez que se procese a los imputados por el delito de asociación ilícita, criterio que incluso fue acogido en la futura decisión judicial.

### **3. Dificultades**

En relación al delito de asociación ilícita flagrante se tiene que tomar en cuenta que para que proceda la calificación de la misma se tiene que lograr percibir a través de los sentidos la ejecución de este hecho en la realidad social. Es decir, debe determinarse que existe una reunión de al menos tres personas, que se han organizado con un fin delictivo cuya penalidad no debe superar los cinco años de privación de libertad.

El constatar estos elementos por medio de los sentidos denota una amplia complejidad, ya que se tratan de elementos abstractos cuya verificación no es fácil de establecer sensorialmente. A su vez, la flagrancia impropia difícilmente puede llegar a establecer tales elementos del tipo, sobre todo por el hecho de que la misma se produciría una vez que la reunión o asociación hayan terminado.

De los casos analizados únicamente se observa que los agentes fiscales confunden los delitos de tenencia de armas en los que están involucradas más de dos personas con la infracción de asociación ilícita. Es erróneo el criterio de pensar que porque se encuentra a individuos en posesión de armas no autorizadas inmediatamente se trata de una organización delictiva que pretende ejecutar una infracción.

Por ejemplo, en el caso que refiere a los sujetos que escaparon al ver la presencia de los agentes de la fuerza pública, a los mismos únicamente se los encontró con un arma blanca y un arma de fuego que dejaron olvidada en el lugar de los hechos. En este caso ni siquiera es posible determinar quién de todos los sujetos era quien portaba el arma, siendo imposible que dicho indicio permita justificar que los tres individuos se habían asociado con el fin de delinquir.

Lo mismo sucede con el caso de los individuos que huyen en moto y uno de ellos le apunta a los agentes que se encontraban persiguiéndolos. Lo único que pudo constatarse es la presencia de armas de fuego en posesión de los sujetos, por lo que la fiscalía decidió formular cargos por el delito de tenencia ilegal de armas y municiones. Este hecho guarda mayor lógica con lo que se desprende de la escena del crimen, ya que no existía mayor prueba que justifique que se tratara de una organización delictiva.



De los casos se pueden observar las dificultades que existen para percibir sensorialmente los presupuestos que configuran la asociación ilícita. Al tratarse de elementos que engloban características abstractas por ser un delito de peligro, no se puede determinar con claridad la ejecución del mismo, sino que únicamente puede llegar a suponerse mediante indicios.

En el Ecuador hay pocos estudios acerca del tema, por ejemplo, el autor Cervantes (2023) explica que en los supuestos de calificación de flagrancia es difícil establecer los elementos volitivos que rodean a esta infracción. Esto se debe a que el delito referido sólo puede llegar a ser verificable mediante una pericia destinada a justificar la voluntad abstracta de los sujetos. Esto se debe, según el autor, a que el elemento volitivo de la asociación ilícita no se puede llegar a percibir por sí mismo, sino que necesita de un ejercicio más profundo que es de naturaleza metafísica.

A su vez la autora Caicedo (2021) al analizar diversos casos sobre la flagrancia y realizar entrevistas a trece jueces penales del cantón Santo Domingo, establece que el delito de asociación ilícita vulnera el derecho a la seguridad jurídica y que tal infracción no puede iniciarse mediante flagrancia, ya que esta solo puede determinarse si es que se efectúa una investigación concreta frente a los hechos acontecidos.

A pesar de estas dificultades, creo personalmente que con la expansión de los medios digitales es posible calificar la flagrancia en el delito de asociación ilícita cuando se encuentra en poder de los sujetos capturados mensajes de texto en los que se determine la existencia de una agrupación que en un determinado momento pretenden cometer un hecho delictivo. Parece ser que, esta sería la única vía por la cual percibir sensorialmente los elementos del delito de asociación ilícita, ya que la voluntad de asociarse con el fin de delinquir se encuentra expresada en dichos mensajes electrónicos, y a su vez si es que se ha configurado un grupo en alguna red social, durante todo el tiempo en el que los sujetos formen parte del mismo las personas estarían recayendo en asociación ilícita ya que se trataría de un delito continuado.

A más de esa particularidad son notorias las dificultades que existen para percibir sensorialmente el delito analizado, lo cual deja en tela de duda como puede llegar a establecerse como flagrante una infracción que anticipa el castigo al sancionar las meras asociaciones. No obstante, de la práctica jurídica del Ecuador se desprende todo lo contrario. En el sistema E-SATJE se puede observar un sin número de causas en las cuales

los agentes fiscales han solicitado al juzgador que califique como flagrante a la asociación ilícita con la mera justificación de elementos o indicios que no logran permitir determinar que delito se ha producido.

Por otro lado, los jueces también tienen responsabilidad ya que han decidido tomar estos elementos como válidos y han procedido a calificar como legal y constitucional la aprehensión de los sujetos por delito flagrante. Esto demuestra que, a pesar de las dificultades enunciadas para determinar la flagrancia de esta infracción, en la práctica judicial del Ecuador basta con la presencia de indicios o elementos para que los miembros de la administración de justicia determinen que la asociación ilícita se ha producido en el marco de una infracción flagrante, produciéndose un declive del marco jurídico ecuatoriano, tal como lo refiere Cervantes (2016).

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Las conclusiones que se derivan de este trabajo de investigación consisten en analizar la calificación de la flagrancia conforme la normativa que determina el COIP en cuanto al delito de asociación ilícita. Este estudio ha revelado una serie de dificultades significativas que impactan notablemente en la práctica judicial ecuatoriana en todo lo referente a la correcta aplicación del derecho sustantivo y procesal. El objetivo general de este trabajo se cumplió al lograr establecer dichas dificultades con lo que se pudo llegar a responder la pregunta de investigación sobre los problemas que existen para poder calificar la flagrancia en el delito de asociación ilícita.

En primer lugar, para poder establecer flagrancia en asociación ilícita se necesita que el agente pueda apreciar sensorialmente los elementos objetivos que rodean a este delito, los cuales engloban la reunión de tres sujetos que se organizan con el fin de ejecutar un propósito delictivo. Sin embargo, este estudio determinó que la comprobación de los elementos antes mencionados es de notoria complejidad, puesto que se trata de características abstractas que no siempre pueden llegar a ser percibidas de forma inmediata o tangible por la ciudadanía. Esto se debe a que la naturaleza misma de esta infracción al anticipar el castigo sancionando la mera organización, llega a impedir que los elementos objetivos de la asociación ilícita no puedan ser percibidos de forma inmediata por las personas al momento de su ejecución.

Las dificultades aumentan porque la normativa de flagrancia que establece el COIP requiere que el hecho delictivo se constate a través de la presencia de terceros, o que, por otro lado, se descubra al infractor tiempo después de la presunta comisión, siempre que se haya producido una persecución ininterrumpida del mismo. No obstante, para el delito de asociación ilícita la mera reunión con fines delictivos no suele ser una conducta que las personas ejecuten a plena vista de la sociedad, y mucho menos se trata de una actuación que se produce en circunstancias en las cuales esta puede ser percibida sensorialmente por los sentidos de los seres humanos. Entonces, estos problemas llegan a complicar la verificación de los elementos constitutivos de la asociación ilícita frente a la posibilidad de que las autoridades judiciales puedan aplicar el concepto de flagrancia para este hecho punible.

Los casos que se han analizado en este trabajo fueron efectivos para demostrar que en varias ocasiones los fiscales del Ecuador tienden a confundir la posesión de armas,

o la presencia de diversos individuos con la configuración flagrante de un delito de asociación ilícita. Sin embargo, tal pensamiento jurídico es incorrecto ya que la mera presencia de armas u otros elementos en el lugar de la aprehensión no constituye necesariamente que se haya generado una reunión de sujetos con propósitos delictivos. Los individuos pueden estar portando armas, pero eso no permite percibir sensorialmente que entre los sujetos existieran acuerdos previos o planes organizados para delinquir. En este punto se critica que esta tendencia jurídica tanto de fiscalía como de la administración de justicia, produce riesgo en cuanto a las garantías mínimas del derecho penal y del proceso judicial, ya que conlleva a que se califiquen como flagrantes presupuestos de hecho que no cumplen con los elementos que se necesitan para que exista flagrancia en la asociación ilícita.

Otra conclusión clave se analiza en el concepto de flagrancia impropia, es decir aquella que se produce tiempo después de la ejecución del hecho delictivo por medio de una persecución. Esto se debe a que, rara vez la flagrancia impropia permite establecer de manera fehaciente los elementos del delito de asociación ilícita de forma efectiva, ya que los indicios que se encuentran en el lugar de los hechos pueden llegar a ser insuficientes por sí mismos para poder justificar de manera correcta la voluntad de organizarse con el objeto de generar crímenes.

Los casos examinados también derivan en un escenario de inseguridad jurídica, debido a que tanto fiscales como administradores de justicia no respetan a cabalidad los estándares normativos que establece el COIP para la calificación de la flagrancia y el delito de asociación ilícita. Como resultado, se presentan criterios dispares que constituyen un escenario de vulneración a los derechos de las partes procesales, sobre todo cuando la aplicación de la flagrancia se fundamente en meros indicios o presunciones no concluyentes.

Este estudio también apunta a que la influencia de la tecnología puede llegar a permitir que el delito de asociación ilícita pueda ser calificado como flagrante. Esto se debe a que, con la expansión de los medios digitales de comunicación, se desprende la posibilidad de que de la mera revisión de mensajes y otros contenidos que se encuentren en dispositivos electrónicos se puedan obtener indicios más contundentes acerca de organizaciones de personas que pretenden generar delitos en la sociedad. Por tanto, la presencia de contenido digital en redes de comunicación pueden ser un medio para

percibir de forma tangible los elementos objetivos y volitivos del delito de asociación ilícita.

Finalmente, la conclusión general que engloba este trabajo consiste en que la manera en cómo está redactada el delito de asociación ilícita en el Ecuador, origina altas dificultades en cuanto a la determinación flagrante de este hecho punible; pues a pesar de que la regulación de la flagrancia ha tenido varias reformas, no deja de ser casi incompatible con el delito que se analizó en este trabajo. No obstante, la práctica judicial permite observar que basta con la mera apreciación subjetiva de quienes realizan la aprehensión y la presencia de dos o más personas para que se califique como flagrante a la asociación ilícita, práctica que a criterio personal incurre en una indebida interpretación y aplicación de las disposiciones penales.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 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.
- Araya, A., Asencio, J., Pérez, M., & Neyra, J. (2016). El nuevo proceso inmediato para delitos en flagrancia y otras delincuencias: Decreto Legislativo No. 1194 y Acuerdo Plenario No. 2-2016. Jurista Editores.
- Arciniegas Tola, M. G. (2023). *El delito de receptación y su imposibilidad para ser calificado como flagrante en la Legislación Ecuatoriana a partir de la sentencia No. 14-15-CN/19 de la Corte Constitucional* (Bachelor 's thesis, Universidad del Azuay).
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2023). Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial nro. 180.
- Ávila Santamaría, R. (2011). El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008. Editorial Abya-Yala.
- Baigún, D. (2007). Los delitos de peligro y la prueba del dolo. B de F.
- Bazalar Paz, V. M. (2017). El beneficio de reducción de la pena por confesión sincera para el detenido en flagrancia presunta dentro del nuevo proceso penal inmediato. Instituto Pacífico.
- Bocanegra Márquez, J. (2023). La asociación ilícita de finalidad delictiva: ¿una figura condenada al ostracismo? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-01, 1-42.
- Buompadre, J. (2021). Tratado de Derecho P penal. Parte Especial, tomo 2. 3era Edición. Contexto.
- Cabanellas, G. (2008). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Heliasta.
- Caicedo Quishpe, L. P. (2021). *Vulneración al derecho de la seguridad jurídica en el delito de asociación ilícita* (Masters thesis).

- Calispa, J., & Olmedo, C. (2019). El delito de asociación ilícita frente al bien jurídico protegido según lo determinado en el Código Orgánico Integral Penal. Legislación penal de la República Argentina.
- Cancio Meliá, M., & Díez Gómez, C. (2006). *Derecho penal del enemigo*. Edisofer.
- Carnelutti, F. (1950). *Lecciones Sobre el Proceso Penal*. Bosch.
- Carnevali, R., & Cubillos, H. F. (2008). Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el art. 16 de la Ley N 20.000. *Política Criminal*, 6, 1-10.
- Cervantes Galván, C. G. (2024). *La pertinencia de la calificación de flagrancia en el tipo penal de asociación ilícita* (Master's thesis, Quito: Universidad de las Américas, 2024).
- Cordero, A. (2010). La detención y el delito flagrante, dentro de la Legislación Penal Ecuatoriana vigente. Universidad de Cuenca.
- Cornejo, A. (1992). Asociación ilícita. Ad-Hoc
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021, 1 de diciembre). *Sentencia No. 53-20-IN/21*. Juez ponente: Ramiro Ávila Santamaría. <https://www.corteconstitucional.gob.ec>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021, 2 de junio). *Sentencia No. 9-19-CN/21*. Jueza ponente: Teresa Nuques Martínez. <https://www.corteconstitucional.gob.ec>
- Crespi, A., Stella, F., & Zuccalà, G. (1986). *Commentario breve al codice penale* (Vol. 5). Cedam.
- Cuello Contreras, J. (2002). *El Derecho penal español. Parte general: Nociones introductorias. Teoría del delito*. 3era Edición. Dykinson.
- Chacho Juárez, A. A. (2022). *La privación de la libertad en los delitos flagrantes, una violación al principio de inocencia* (Bachelor's thesis, Universidad del Azuay).
- Dal Lago, A. (2000). *Personas y no-personas en Identidades Comunitarias y democracia*. Trotta.
- De la Oliva Santos, A., Martínez, S. A., Segovia, R. H., & Esparza, J. M. (2007). *Derecho procesal penal*. EDITORIAL RAMÓN ARECES.

- Donna, A. (2002). Derecho penal. Parte especial (T. II-C). Rubinzal-Culzoni.
- Donna, E. (2014). *Derecho Penal Parte General*. Tomo II. Rubinzal Culzoni.
- ECUAVISA. (2024, agosto 2). Quito | Un presunto delincuente fue linchado tras un intento de asalto en la Plataforma Sur. ECUAVISA Diario. <https://www.ecuavisa.com/noticias/quito/2024-08-02-delincuente-linchado-asalto-plataforma-sur-EK7783633>
- Galeno, K. (2020). *Los elementos de la flagrancia y su incidencia configuradora del*
- García Arias, N, Gutiérrez Medranda, J. L, Soria Mesías, C.F & Garcés Mayorga, D. V, (2022) Análisis crítico al principio de objetividad en el procedimiento directo. *Revista Universidad y Sociedad*, 14(S4), 359-367.
- Gracia Martín, L. (2005). Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y criminología*, (07-02), 1-43.
- Grisolía, F. (2004). El delito de asociación ilícita. *Revista Chilena de Derecho*, 31(1), 75-88.
- Hipólito, G. S. (2014). Derecho Penal, Parte General. *Editorial Jurídica Panameña. Panamá.*
- injusto*. Tirant Lo Blanch
- Jakobs, G. (1996). Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional *Universidad Externado de Colombia.* <https://publicaciones.uexternado.edu.co/gpd-sociedad-norma-persona-en-una-teoria-de-un-derecho-penal-funcional-9789586162937.html>
- Jakobs, G. (2000). Sobre la génesis de la obligación jurídica. *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (23), 323–348. <https://doi.org/10.14198/DOXA2000.23.12>
- Jakobs, G. (2003). Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. *Derecho penal del enemigo*, 1(1), 19-56.
- Lammoglia, D. E. Peligro de lesión al bien jurídico o peligro de lesión a la norma. *X Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal*, 37.



- Leiva, E. (2016). El proceso inmediato en casos de flagrancia. Grupo Editorial Lex&Iuris.
- Martín, L. G. (2005). EL HORIZONTE DEL FINALISMO Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO. *Derecho Penal I y Derecho Procesal Penal*, 249.
- Martínez, A. (1997). La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Cuadernos y debates, Madrid, (65).
- Maya, L. D. V., Salazar, C. F. B., Avilés, M. L. M., & Almache, F. A. G. (2022). Vulneración al derecho de libertad de las personas aprehendidas en supuesto delito flagrante en Ecuador. *Universidad y Sociedad*, 14(S4), 657-667.
- Muñoz Conde, F. (1976). Derecho Penal Parte Especial. Universidad de Sevilla
- Palacios-Cárdenas, E. A. (2021). Error de Prohibición y Asesoramiento Profesional—Caso Leo Messi. *UDA Law Review*, (3), 122-129.
- Peñalba, L. G. (2022). Derechos y Garantías Procesales en los casos de Flagrancia. *Anuario de Derecho*, 41(50), 297-307.
- Polaino-Orts, M. (2011). Verdades y mentiras en el Derecho penal del enemigo. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas*, 5(9), 417-454.
- Pozzolo, S. (2016). Neoconstitucionalismo= Neoconstitutionalism. EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad, 142-151.
- Primicias. (2023, junio 21). Un presunto ladrón fue quemado en un cantón de Tungurahua. Primicias. <https://www.primicias.ec/noticias/sucesos/presunto-ladron-quemado-tungurahua/>
- Requejo, R. (2020) Aspectos básicos del delito de asociación ilícita. Aranzadi S.A.U.
- Roxin, C. (2014). *Derecho Penal. Parte General. Parte General*. Tomo II. Civitas.
- Ruetti, G. J. (2004). La asociación ilícita del Código Penal, los delitos tributarios y la nueva tipificación especial en la ley penal tributaria. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2004(B), 889.
- Salazar, J. (2021). *Derecho Penal Parte General*. Edino.
- Salgado Pesantes, H. (2012). Lecciones de derecho constitucional. Universidad del Azuay.

- Sánchez Herrera, R. A. (2018). *El principio de presunción de inocencia en la aplicación de la aprehensión preventiva en la Unidad Judicial de Flagrancia del Complejo Judicial Albán Borja* (Doctoral dissertation, Tesis de grado. Universidad de Guayaquil. Repositorio Nacional en Ciencia y Tecnología).
- Sánchez Herrera, R. A. (2018). *El principio de presunción de inocencia en la aplicación de la aprehensión preventiva en la Unidad Judicial de Flagrancia del Complejo Judicial Albán Borja* (Tesis de grado. Universidad de Guayaquil. Repositorio Nacional en Ciencia y Tecnología).
- Ulrich, B. E. C. K. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Editorial PAIDOS.
- Villegas Paiva, E. (2017). *La detención policial en caso de flagrancia*. *Revista de Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. Gaceta Jurídica.
- Zaffaroni, E. R. (2005). *En torno de la cuestión penal*. B de F.
- Zaffaroni, E. R., & Croxatto, G. L. (2020). La asociación ilícita como método de clonación de procesos. *Vox Juris*, 38(1), 53-72. <https://doi.org/10.24265/voxjuris.2020.v38n1.03>
- Ziffer, P. S. (2005). *El delito de asociación ilícita*. Ad-Hoc.