



**UNIVERSIDAD DE OTAVALO**

**MAESTRÍA EN DERECHO PENAL MENCIÓN DERECHO**

**PROCESAL PENAL**

**ESTRUCTURA DEL TIPO OBJETIVO EN LOS DELITOS DE MERA**

**ACTIVIDAD, PERSPECTIVA EX ANTE**

**TRABAJO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE**

**MAGISTER EN DERECHO PROCESAL PENAL**

**SOFIA GABRIELA CLERQUE VELA**

**ANGEL MEDARDO ESTRADA OCHOA**

**TUTOR DE CONTENIDO: Dr. Fausto Ramiro Vásquez**

**Cevallos**

**Otavalo, abril 2022**

---

ANEXO 1.


**DECLARATORIA DE AUTORIA Y CESACIÓN DE DERECHOS  
DECLARACIÓN DE AUTORÍA y CESIÓN DE DERECHOS**

Nosotros, SOFIA GABRIELA CLERQUE VELA y ÁNGEL MEDARDO ESTRADA OCHOA, declaramos que este trabajo de titulación: ESTRUCTURA DEL TIPO OBJETIVO EN LOS DELITOS DE MERA ACTIVIDAD, PERSPECTIVA EX ANTE, es de nuestra total autoría y que no ha sido previamente presentado para grado alguno o calificación profesional.

Así mismo declaramos que dicho trabajo no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo como autores la responsabilidad ante las reclamaciones que pudieran presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de cualquier responsabilidad al respecto.

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

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



-----  
**SOFIA GABRIELA CLERQUE VELA**

c.c. 1003405295



-----  
**ANGEL MEDARDO ESTRADA OCHOA**  
C. 1002002127

## DECLARACIÓN DE AUTORÍA

**Nosotros; SOFIA GABRIELA CLERQUE VELA y ANGEL MEDARDO ESTRADA OCHOA**, declaramos que este trabajo de titulación es de nuestra total autoría y que no ha sido previamente presentado para grado alguno o calificación profesional.

La Universidad de Otavalo puede hacer uso de los derechos correspondientes, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente .



-----  
**SOFIA GABRIELA CLERQUE VELA**

c.c. 1003405295



-----  
**ANGEL MEDARDO ESTRADA OCHOA**  
C. 1002002127

## CERTIFICACION DEL TUTOR

Certifico que el trabajo de investigación titulado **“ESTRUCTURA DEL TIPO OBJETIVO EN LOS DELITOS DE MERA ACTIVIDAD, PERSPECTIVA EX ANTE”**, bajo mi dirección y supervisión, para aspirar al título de Magister en Derecho Penal, mención Derecho Procesal Penal, de los estudiantes **SOFIA GABRIELA CLERQUE VELAY ANGEL MEDARDO ESTRADA OCHOA**, y cumple con las condiciones requeridas por el programa de maestría.

**FAUSTO  
RAMIRO  
VASQUEZ  
CEVALLOS**

Firmado  
digitalmente por  
FAUSTO RAMIRO  
VASQUEZ  
CEVALLOS  
Fecha:  
2022.04.28  
20:27:55 -05'00'

Dr. Fausto

VásquezC.C.

1001786811

## **DEDICATORIA**

Este proyecto de investigación está dedicado primero a Dios, por habernos concedido una familia maravillosa, quienes siempre han confiado en nosotros brindándonos su ejemplo de superación, trabajo y dedicación, quienes han sembrado ideales de justicia para poder ejercer de forma personal como profesional, y ser una guía para nuestros hijos; y dejar una huella a seguir a la sociedad.

A toda nuestra familia en especial a nuestros hijos, padres y hermanos dedicamos este logro alcanzado debido a que sin su valiosa ayuda hubiera sido un poco más complicado el poder llegar a la meta.

## **AGRADECIMIENTO**

Agradecemos a nuestros padres por su gran apoyo incondicional con nuestros hijos, para así poder culminar con éxito este desafío que nos planteamos como profesionales, agradecemos la ayuda que nos brindaron moral y confortablemente; ha sido muy importante, estuvieron junto a nosotros en los momentos más difíciles siempre fueron la voz de aliento y de esperanza; así también a todos los docentes que en esta maestría nos enriquecieron con sus conocimientos y llenaron de sabiduría con cada clase impartida para poder culminar de la mejor manera esta nueva etapa de nuestros estudios.

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

<b>DECLARATORIA DE AUTORIA</b>	<b>II</b>
<b>CERTIFICACIÓN DE TUTOR</b>	<b>III</b>
<b>DEDICATORIA</b>	<b>IV</b>
<b>AGRADECIMIENTO</b>	<b>V</b>
<b>INDICE DE CONTENIDOS</b>	<b>VI</b>
<b>RESUMEN</b>	<b>X</b>
<b>ABSTRACT</b>	<b>XI</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>12</b>
<b>CAPITULO I. TEORIA DEL DELITO</b>	<b>13</b>
<b>1.1 Concepto</b>	<b>13</b>
<b>1.2 Análisis histórico del delito</b>	<b>15</b>
<b>1.3 El Delito</b>	<b>17</b>
<b>1.3.1 Elementos del delito</b>	<b>19</b>
<b>1.4 Acción y Omisión</b>	<b>25</b>
<b>CAPÍTULO II. ESTRUCTURA EL TIPO OBJETIVO</b>	<b>29</b>
<b>2.1 Elementos objetivos</b>	<b>29</b>
<b>2.2 Elementos normativos</b>	<b>33</b>

<b>2.3 Elementos descriptivos</b>	<b>34</b>
<b>CAPÍTULO III. TIPOS DE DELITOS</b>	<b>37</b>
<b>3.1 Delitos de resultado</b>	<b>38</b>
<b>3.2 Delitos de peligro</b>	<b>41</b>
<b>3.2.1 Delitos de peligro abstracto</b>	<b>43</b>
<b>3.2.2 Delitos de peligro concreto</b>	<b>44</b>
<b>3.3 Delitos de mera actividad</b>	<b>45</b>
<b>3.3.1 El tipo injusto de los delitos de mera actividad</b>	<b>48</b>
<b>3.3.2 Perspectiva ex ante</b>	<b>50</b>
<b>3.3.3 Análisis de ejemplos sobre los delitos de mera actividad</b>	<b>51</b>
<b>RESULTADOS</b>	
<b>CONCLUSIONES</b>	
<b>RECOMENDACIONES</b>	

## **RESUMEN**

El presente estudio investigativo titulado “Estructura del tipo objetivo en los delitos de mera actividad, perspectiva *ex ante*”, plantea analizar algunos delitos de mera actividad en su perspectiva *ex ante*, cuando cuentan con los elementos del tipo objetivo y del injusto para ser sancionados. La idea fundamental es realizar un análisis dogmático – jurídico penal del marco normativo, doctrinario, considerando si la perspectiva *ex ante* encaja en este tipo de delitos y hacer una breve referencia a la estructura general del injusto, la cual se determina según la función que cumple la norma jurídico-penal. Esta persigue lograr un efecto en la conducta de su destinatario, en el sentido de evitar la producción de un determinado estado de cosas o de lograr la producción de la conducta alguno. La pena establecida por el legislador en el enunciado legal no representa únicamente la definición de la sanción del delito de mera actividad, sino también el medio para influir en el destinatario de la norma. Es así que esta clase de delitos al no contar con una estructura total del tipo objetivo y al no tener un resultado fin no deberían ser conductas penalmente relevantes ni tratarse como delito meramente dicho, la propuesta es cambiar a una infracción como una contravención y que sean sancionados con una proporción del daño causado, es decir con una pena pecuniaria mas no con una pena privativa de libertad.

### **Palabras clave:**

Conducta, Perspectiva *ex ante*, Prevención, Delitos, Norma

## **ABSTRACT**

The present investigative study entitled "Structure of the objective type in crimes of mere activity, ex ante perspective", proposes to analyze some crimes of mere activity in its ex ante perspective, when they have the elements of the objective type and the unjust to be sanctioned. The fundamental idea is to carry out a dogmatic - criminal legal analysis of the normative, doctrinal framework, considering if the ex ante perspective fits in this type of crime and to make a brief reference to the general structure of the unjust, which is determined according to the function that it fulfills. the legal-criminal norm. This seeks to achieve an effect on the behavior of its recipient, in the sense of avoiding the production of a certain state of affairs or achieving the production of any behavior. The penalty established by the legislator in the legal statement does not only represent the definition of the punishment of the crime of mere activity, but also the means to influence the addressee of the norm. Thus, this class of crimes, by not having a total structure of the objective type and by not having a final result, should not be criminally relevant behaviors or be treated as a crime merely said, the proposal is to change to an infraction as a contravention and that they be sanctioned with a proportion of the damage caused, that is, with a pecuniary penalty but not with a custodial sentence.

### **Keywords:**

Conduct, ex-ante perspective, Prevention, Crimes, Rule

## **INTRODUCCIÓN**

La estructura del tipo objetivo en los delitos de mera actividad, no es únicamente la ejecución material del hecho, para que esta surta efecto exactamente debe aplicarse la perspectiva ex ante de los delitos de mera actividad; es decir siempre se debe analizar el antes de haber cometido el delito considerando que estos no tienen un resultado fin y en algunas conductas penales el bien jurídico no es afectado directamente, y en algunas conductas penales el bien jurídico no es afectado directamente, es por eso que en estos tipos de delitos no se estaría aplicando el principio de proporcionalidad, debido a que se les sanciona como delitos de resultado, y el juzgador no estaría analizando los elementos del delitos exigidos para ser sancionados como conductas penalmente relevantes, pues no cabe la comisión por omisión, la relación de causalidad, la imputación objetiva, las formas imperfectas de ejecución, la coautoría, la autoría mediata ni la comisión imprudente, de los delitos de mera actividad a ello se ha añadido que son delitos de mano propia, de peligro abstracto. El enfoque en el que se va a desarrollar el trabajo de investigación es en el método de investigación cualitativo debido a que acopia información dogmática jurídica basada en normas existentes actuales, para de esta manera interpretarlos mediante la aplicación de varios principios a través de lo cual se orienta la investigación hacia la descripción y comprensión lógica de un fenómeno o experiencia, teniendo en consideración que se realizará la valoración y recolección de información, que proporcionará un enfoque crítico de la situación problemática planteada, concretamente porque se sancionan a los delitos de mera actividad como delitos de resultado si los anteriormente mencionados no presentan un resultado fin. Así mismo con este enfoque se permite la revisión de fuentes de carácter documental, ya sean normativas, doctrinales en un contexto original, para facilitar la conceptualización de principios y elementos procesales como el principio de seguridad jurídica, el principio de proporcionalidad el principio de favorabilidad entre otros, así

como los elementos objetivos del delito. Con esta investigación demostraremos que no es proporcional el sancionar con penas privativas de libertad los delitos de mera actividad ya que estos podrían ser considerados como otro tipo de infracción esto es como una contravenciones y ser sancionados con penas pecuniarias ya que al no existir bienes jurídicos directamente afectados las penas o sanciones deben ser equitativas y favorables al infractor; pues así se investigara en el primer capítulo y para enriquecerse en una forma más amplia sobre la teoría del delito dentro de esta también se analizara la acción y la omisión pues al ser conductas humanas en el campo del derecho deben estar regladas por los marcos normativos penales ya sea para establecer una orden de mandamiento prohibitiva o permisiva o ya sea para establecer como norma prohibida y sancionada, en el segundo capítulo se analizara la estructura del tipo objetivo; este capítulo es muy importante ya que aquí se demostrará que la estructura no es la misma para los diferentes tipos de delitos que se están estudiando; los elementos objetivos tiene su estructura en la parte externa de la conducta los mismos que indica que son un elemento normativo, hay un sujeto activo que es la persona que comete el delito hay un sujeto pasivo que es en contra de quien se comete el delito hay un bien jurídico lesionado que es la norma o el derecho que se vulnera para que sea considerado delito y hay un nexo causal entre acción y resultado que son las circunstancias que se fueron presentando para poder llegar al resultado. y se observará la conducta que es el elemento de mayor importancia para que se llegue a sancionar, así en el tercer capítulo se conocerán los tipos de delitos su estructura y porque se les debe considerar contravenciones a los delitos de mera actividad, para considerarlos como posibles contravenciones ya que no son conductas penalmente relevantes y por lo tanto nuestra normativa esta desproporcionalizado su sanción con penas privativas de libertad rebasando el principio de proporcionalidad en relación a la acción versus el resultado.

## **CAPÍTULO I. TEORIA DEL DELITO**

### **CAPITULO I. TEORIA DEL DELITO**

#### **1.1 Concepto**

La teoría del delito, como ciencia es una contribución verdaderamente importante para cada uno de los sistemas judiciales penales del mundo que han aceptado y han acogido esta categorización penal, como parte elemental del derecho y de la parte sustantiva penal, aporte que nuestro sistema judicial penal también lo ha plasmado en el Código Orgánico Integral penal, y que es parte fundamental de esta investigación para determinar si los delitos de mera actividad, tienen una estructura completa del tipo objetivo para poder establecer que se trata de conductas penalmente relevantes que merecen una sanción o reproche por parte de estado a través de los juzgadores.

La teoría del delito según autores como Muñoz Conde & García Aran, (2004) "es un sistema categorial clasificatorio y secuencial en el que, peldaño a peldaño, se van elaborando, a partir del concepto básico de la acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito" (p. 205)

De acuerdo a los autores referenciados la teoría del delito dentro del quehacer del proceso penal y, más sucintamente, dentro del derecho penal, representa uno de los instrumentos más importantes para establecer la responsabilidad penal de una persona procesada por el supuesto cometimiento de un hecho delictivo. En este sentido, la teoría del delito señala una serie de parámetros que, en cada caso en particular, deben ser analizados con la finalidad de establecer si se ha dado la afectación a un bien jurídico protegido estimado primordial, y si fuera ese el caso se utilizara los medios adecuados para restablecer el bien jurídico que ha sido afectado.

**Infracción penal.** - Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código.

En este sentido de acuerdo al Código Orgánico Integral Penal – de aquí en adelante COIP-, delito es una infracción penal típica antijurídica y culpable que la sanción se encuentra tipificada en el mismo catalogo penal antes mencionado; y desde la promulgación de este código hay que entender que las otras leyes están derogadas a

excepción de lo que tiene que ver en materia de niñez y adolescencia, este artículo sanciona a las particularidades de la acción y omisión del ser humano diferenciando los tipos penales existentes en nuestro ordenamiento legal, siempre encaminadas a no vulnerar derechos bajo el principio de legalidad así como lo señala en su art. 5 el mismo cuerpo legal “Artículo 5.- Principios procesales. - 1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla.” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

El catálogo penal manifiesta en su artículo 5 numeral 1 que las acciones de las autoridades de la fiscalía, la función judicial y demás deben estar apegadas a la Carta Magna, a la ley al derecho dentro de lo que les corresponda para evitar la violación y vulnerabilidad de los derechos fundamentales de las personas y puedan garantizar un trámite justo y la protección y el ejercicio de sus derechos asegurando la seguridad jurídica, pues bien se entiende al principio de legalidad como una regla de oro en el derecho público pues así se puede identificar un Estado de Derecho.

Existe cierta discusión al respecto, pero se acepta de forma mayoritaria que el delito se compone de tres categorías o elementos fundamentales: la tipicidad, la culpabilidad y la antijuridicidad. A partir de esta base se desglosan el resto de aspectos que constituyen el delito. A la hora de abordar el concepto de delito, se reconocen dos posturas históricas principales: la teoría causalista del delito y la teoría finalista del delito.

Según Zaffaroni (2020):

Para que el poder jurídico (jueces) habilite el ejercicio de poder punitivo debe verificar en cada caso la existencia de un delito. En consecuencia, la segunda pregunta básica que debe responder la parte general del derecho penal es cuáles son los caracteres que debe reunir un hecho para configurar un delito. Cabe aclarar que la respuesta a esta pregunta, en sentido estricto, no es un concepto o definición jurídica del delito. Esta precisión es necesaria porque el delito (en general) no existe en la realidad social ni tampoco en el derecho penal, dado que, ambos niveles, lo único que verdaderamente existe son delitos en particular (robos, hurtos, homicidios, lesiones, estafas. Etc.). Así, las leyes penales manifiestas (parte especial del CP, leyes penales especiales, disposiciones penales en leyes no penales) criminalizan primariamente ciertas conductas y sus resultados lesivos (pragmas conflictivos), pero no reiteran en cada caso los caracteres que debe reunir la

respectiva conducta criminalizada para configurar un delito, sino que estos se elaboran en un sistema que se pone a prueba frente a cada caso concreto (p.100)

Zaffaroni manifiesta que se debe investigar cada caso para establecer si es un delito o no y así poder activarse el sistema judicial, considerando la conducta que se ha desarrollado para el cometimiento del supuesto delito estas no van a ser las mismas ya que cada bien jurídico protegido tiene una acción diferente para sea infringido, y así después de que ya se haya establecido la existencia de la conducta sea esta de acción u omisión se procederá a verificar la tipicidad y posterior a esto la antijuridicidad y por último en la teoría del delito se analizará el resultado para así poder determinar si se procede a una sanción penal o no, para poder entender de mejor manera se desarrollara la información adecuada, para lo cual a continuación se estudiara la historia del delito y los cambios más importantes para el estudio del tema planteado

## **1.2 Análisis histórico del delito**

La parte histórica del delito ha sido materia de estudio por muchos años y además de controversias por parte de los doctrinarios ya que cada uno ha generado una discusión teórica por la variedad de aportes y de criterios que existen y las diferentes teorías que han desarrollado.

Para autores como Zabala (2019)

Históricamente, se puede hablar de dos corrientes o líneas: la teoría causalista del delito y la teoría finalista del delito. Para la explicación causal del delito la acción es un movimiento voluntario físico o mecánico, que produce un resultado el cual es tomado por el tipo penal, sin tener en cuenta la finalidad de tal conducta. La teoría finalista del delito entiende la conducta como un hacer voluntario final, en cuyo análisis deben considerarse los aspectos referidos a la manifestación exterior de esa finalidad. La primera corriente considera preponderantemente los elementos referidos al desvalor del resultado; la segunda, por el contrario, pone mayor énfasis, en el desvalor de la acción. Más recientemente, la teoría funcionalista intenta constituir un punto de encuentro entre finalistas y causalistas, destacando en esta línea Claus Roxin en Alemania y Paz de la Cuesta en España, entre otros (prr.3)

La enciclopedia Wikipedia mención sobre la teoría causalista del delito donde indica que la acción es una corriente voluntaria sea esta acción física o acción mecánica y en esta acción debe haber estrictamente un resultado el mismo que se convierte en un tipo penal, sin considerar cual es la finalidad de la conducta o acción; esta teoría discurre sobre los elementos referidos al desvalor del resultado, también habla sobre la teoría finalista en la que da a conocer que la acción es un hecho voluntario final y es aquí donde se realiza un análisis para establecer la conducta exterior de esa finalidad; esta teoría en el desvalor de la acción o conducta.

Al hacer un análisis de las teorías antes mencionadas debemos concluir que la teoría causalista basa únicamente su objetivo de análisis y sancionatorio en el resultado, mientras que la teoría finalista analiza cual es la conducta que lleva a ese resultado es decir, va más allá del hecho realizado o de la acción física de una persona, de esta manera podemos indicar que nuestro código orgánico integral penal acertadamente acogió la teoría finalista para no solo analizar un resultado fin sino establecer la conducta que llevo a ese resultado posteriormente tenemos la teoría funcionalista la cual construye y unifica las dos teorías anteriores que une tanto la teoría causalista y finalista y de esta manera tenemos como referente al profesor Claus Roxin quien es un referente moderno quien construye la teoría de la imputación objetiva.

Para el propio Zabala (2019)

Es conocida la división existente en el derecho romano entre “crimina” y delicta”, división que tiene su raíz esencial en cuanto a que solo los primeros tenían consecuencias penales y procedimientos especiales, más los “delicta” solo tenían significaciones de carácter indemnizatorio para la víctima, que exponía su caso ante el magistrado titular del órgano jurisdiccional civil. Los delicta eran, en consecuencia, infracciones civiles (p. 185)

El citado autor dentro del análisis histórico aporta a la investigación dando a conocer que en el Derecho Romano los crimina eran los únicos que tenían sanciones penales y se los realizaba mediante un procedimiento especial propios de ellos; y los delicta tenían sanciones de carácter indemnizatorios para la víctima, a los delicta se los conocían en un proceso de carácter civil. Así mismo el propio Zabala (2019) expone que:

Entre los delitos propiamente dichos existentes al inicio del derecho público romano se mencionan fundamentalmente tres: “la perduellio”, el “parricidium” y el “incensus”. Los dos primeros estaban sujetos a la “cognitio” de organismo de tipo judicial, eran

verdaderos procesos efectuados bajo control público, en los que no se llegaba a la aplicación de la pena, sino luego de comprobado el hecho. Pero no significa en ningún caso que la "cognitio" estuviere relacionado en algo con el principio de legalidad o con el origen de la tipicidad. No obstante, lo dicho, debemos reconocer cierto mérito a la Ley de las XII Tablas (433-451 a. de J.C.) que intentó constreñir y delimitar el alcance de cada uno de los delitos, acogiendo la "perduellio" y el "parricidium" y aumentando el prevaricato, el falso testimonio y el homicidio inintencional; pero tampoco puede otorgarse a este acto legislativo relación alguna como antecedente de la institución que ahora analizamos (p. 185)

Zabala también menciona cuales fueron los tres primeros delitos dentro del derecho público romano entre ellos se conoce "la perduellio", el "parricidium" donde estos dos delitos estaban pegados a la cognitio es decir cuando ya conocían de la existencia de una causa asistían donde el Pretor para que este analice la acción cometida y dar en posesión los bienes para que se pueda evitar el perjuicio, estos procesos eran realizados bajo estricto control público, donde después de haberse comprobado el hecho se aplica la pena, en estos delitos no se manejaban mediante el principio de legalidad y la tipicidad; luego en el año 433-451 antes de cristo tenemos la Ley de las XII tablas en donde se intentó reunir todos los delitos acogiendo la "perduellio" y el "parricidium" y aumentando el prevaricato, el falso testimonio y el homicidio inintencional de igual forma se sancionaba de una manera diferente a lo que en la actualidad conocemos.

### **1.3 El Delito**

**13**

Cuando hablamos de Delito estamos frente a uno de los uno de los conceptos más analizados y estudiados, se lo analiza y menciona tanto en la doctrina, como en las legislaciones que tienen un marco jurídico, primero estableciendo que es el Delito para pasar a relacionarlo con el principio de legalidad en los estados de derecho.

Para Cabanellas (2006) en cambio "etimológicamente, la palabra delito proviene del latín delictum, expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena. En general, culpa, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa" (p.22)

Guillermo Cabanellas define a delito e incorpora dentro de su concepto el elemento antijurídico, el elemento subjetivo como indica el dolo y así mismo indica el delito debe ser

castigado con una condena, no se ha tomado en consideración dentro de este concepto el elemento de tipicidad, pero si se hace una relaciona aun hecho, es decir a una conducta o una acción.

Aunado a ello Carrara (2004) lo ha definido como “la infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso” (p.43)

Carrara define un concepto tomando en un primer momento la tipicidad cuando se refiere a la infracción de la ley así mismo establece que existe un acto externo del hombre esto al referirse a una acción u omisión (acto), que indica que es moralmente imputable eso significa que a persona que realiza este acto debe tener el elemento de culpabilidad esto es que debe ser imputable al acto realizado.

En la búsqueda se encuentra a Correa y Collaguazo (2012), quienes describen el delito como “aquella conducta humana disruptiva que pone en grave peligro la convivencia y la cooperación de los individuos que constituyen una sociedad, y que está descrita como tal en las normas que constituyen el ordenamiento jurídico de un país”. (p. 35).

De acuerdo a lo manifestado el delito es la conducta humana guiada por la voluntad, hay que tomar en consideración en este punto que todo acto delictivo solo puede ser ejecutado por una persona la misma que debe tener la característica de ser imputable, además se refiere sobre la voluntad sin embargo el autor únicamente indica sobre este punto tener le ejecutante para que se considere como delito olvidando la conciencia que también es un paraje importante del acto punible, así también se menciona la tipificación en la ley con la amenaza de una pena esto haciendo relación o referencia al principio de legalidad.

El delito como la acción omisión típica. antijurídica. culpable y punible. Esta definición tiene carácter secuencial, es decir, el peso de la imputación va aumentando a medida que se pasa de una categoría a otra (de la tipicidad a la antijuridicidad, de la antijuridicidad a la culpabilidad, etc.), teniendo, por tanto, que tratarse en cada categoría los problemas que' son propios de la misma. Si del examen de los hechos resulta, por ejemplo, que la acción ti omisión no es típica, ya no habrá que plantearse si es antijurídica, y mucho menos si es culpable o punible (p.14)

Para Muñoz Conde, delito es la acción que el o los legisladores van a condenar mediante un reproche siendo este privativa de libertad o no privativas de libertad, de acuerdo a varios

principios, hace mención sobre el principio de legalidad el mismo que impone un punto importantísimo dirigido por el legislador garantizando la taxatividad de los presupuestos de la pena, siendo este principio una regla dirigida a los jueces los mismos que indican si se considera delito o no.

### **1.3.1 Elementos del delito**

En los elementos del delito algunos tratadistas y estudiosos mencionan que es una Acción, típica, antijurídica y culpable, otros en cambio mencionan que es una Conducta, Típica, Antijurídica y culpable. Sin embargo, todos concuerdan que debe tener el elemento de Tipicidad, Antijuridicidad y culpabilidad.

Sera aquí donde se desarrollará el estudio de los elementos del delito, y como primer elemento se estudiará la conducta como elemento principal para dar inicio a un posible delito.

Conducta penalmente relevante:

El art: 22 del Código Orgánico Integral penal, establece: - Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables. No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales.

El Código Orgánico Integral Penal establece en el Libro primero de la infracción penal a las Conductas penalmente relevantes y nos hace alusión a las acciones y omisiones que son resultado de los actos de voluntariedad interna en un primer momento y que se reflejan en los resultados externos de un hecho catalogado como infracción.

La norma jurídica penal pretende la regulación de conductas humanas y tiene por base la conducta humana que pretende regular. Para ello tiene que partir de la conducta humana tal como aparece en la realidad. De toda la gama de comportamientos humanos que se dan en la realidad, la norma selecciona una parte que valora negativamente y conmina con una pena. Es, pues, la conducta humana el punto de partida de toda reacción jurídico penal y el objeto al que se agregan determinados predicados (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), que convierten esa conducta humana en delito. Nuestro derecho penal es un derecho penal de acto y no de autor... La conducta humana, base de toda reacción jurídico penal, se manifiesta en el mundo externo tanto en actos positivos como en omisiones. Ambas formas de comportamiento son relevantes para el derecho penal; de ahí la distinción que el artículo 10 del Código Penal recoge entre

acciones y omisiones. Sobre ambas realidades ontológicas se construye el concepto de delito con la adición de los elementos fundamentales que lo caracterizan (Muñoz, 1999, pp. 17-18)

El mencionado autor hace referencia que la norma jurídico penal considera como conducta a toda acción humana; es así como manifiesta que son todos los comportamientos humanos que se producen en la realidad y los legisladores analizan las conductas negativas y a estas las sancionan; y aquí el inicio de un tipo penal debido a la existencia de una conducta negativa que se encuentra sancionada en los catálogos penales para en lo posterior si reúne los demás elementos vendría a convertirse en un delito, también se refiere a que las acciones humanas son tanto del hacer como del no hacer; estas dos acciones son muy importantes para nuestro ordenamiento legal debido a que también se sanciona en nuestra legislación el no hacer. Para autores como Mir (2021):

Toda conducta típica debe integrarse de los dos componentes necesarios de todo comportamiento: su parte objetiva y su parte subjetiva: Pero aquí no se trata de comprobar los caracteres generales de todo comportamiento que puede importar al derecho penal (carácter externo final), sino de examinar si, una vez confirmada la presencia de un tal comportamiento, el mismo reúne todos los requisitos de un determinado tipo penal. La parte objetiva y la parte subjetiva de la concreta conducta deben encajar en la parte objetiva y en la parte subjetiva del tipo para que concurra una conducta típica (p.227)

Santiago Mir manifiesta que la conducta se debe manifestar en la parte subjetiva como en la parte objetiva, entonces se considera que la conducta es todo acto humano y solo las personas son susceptibles de cometer un delito sea este de acción u omisión como ya lo analizamos anteriormente mediante la voluntad y el conocimiento se analiza si hay un cambio en el mundo externo y este cambio mediante la voluntad y el conocimiento va afectar a un bien jurídico protegido y así determinar si es una conducta típica.

Como segundo elemento del delito se encuentra a la Tipicidad la misma que está tipificada en el art. 25 del Código Orgánico Integral Penal y refiere “Tipicidad. - Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes”

Aunque lo relatado en el artículo antes mencionado es muy escueto para establecer lo que es o se conoce como Tipicidad ya que únicamente hace mención a los tipos penales que describen conductas penalmente relevantes, se debe acudir a la doctrina penal para poder conocer de

forma clara y minuciosa que es la tipicidad. Los autores Valarezo, y Durán (2019) refieren lo siguiente:

(...) se refiere a la tipicidad como la descripción de la conducta, mientras el tipo es la clasificación de la conducta hecha por el legislador. El tipo selecciona los comportamientos y los clasifica por su relevancia de imputabilidad. Tipificar una conducta significa aplicar un caso particular a las acotaciones que hace la norma penal sobre ella. El concepto de tipo debe tenerse claro, para poder entender el significado de tipicidad. El juicio de tipicidad es la tarea que realiza el juez para establecer si la conducta particular y concreta encaja en el tipo penal; para ello se compara dicha conducta con la descripción típica (pr. 16)

De acuerdo a lo mencionado por el autor después de analizar la conducta y entender que existen conductas de acción y de omisión ahora se debe conocer que la conducta debe ser penalmente relevante para que se la pueda considerar como delito, pues este es uno de los elementos esenciales para la configuración del delito debido a que es el acoplamiento que se realiza a la conducta humana cuando se infringe una norma legal obteniendo un resultado donde este causa lesiones y vulnera a un bien jurídico protegido; por lo tanto la conducta es típica cuando cumpla con los elementos mediante los que esa figura delictiva define el comportamiento prohibitivo específico del delito basándose en el principio *nullum crimen sine lege*.

Peña y Almanza (2010) definen la tipicidad como:

Es la adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley penal como delito. Es la adecuación, el encaje, la subsunción del acto humano voluntario al tipo penal. Si se adecua es indicio de que es delito. Si la adecuación no es completa no hay delito. La adecuación debe ser jurídica, no debe ser una adecuación social (p.132)

Para los autores también la tipicidad es lo que se encuentra normado en los catálogos penales los mismos que sancionaran las acciones humanas voluntarias descritas de acuerdo a las afectaciones que se realice a un bien jurídico protegido.

Otros doctrinarios como Valarezo (2019) citando a Girón (2013), lo define como la característica o cualidad que tiene una conducta (acción u omisión) de encuadrar, subsumir o adecuarse a un tipo penal. Este acto de tipificar lo realiza el fiscal, la defensa, la policía o el estudiante; sin embargo, cuando lo hace el juez se le denomina tipificación judicial (pr. 21). Es así como se manifiesta a la tipicidad como una característica de la conducta donde esta debe

encajar en los catálogos penales para que sea considerada como delito es decir convertirse en tipo penal.

La ilicitud de una conducta (tipicidad) dependerá de poder fundamentar en el derecho vigente si la conducta realizada lesiona o pone en peligro bienes jurídicos que el legislador pretende proteger. Esto se consigue con la articulación de normas contenidas en la ley mediante criterios teóricos que sirven para sustentar cuales son las conductas que deben considerarse como prohibidas (Díaz-Aranda, 2007 ppr. 21)

Para Díaz Aranda la tipicidad es cuando existe una lesión a bien jurídico protegido y este daño es realizado mediante una conducta y mediante la tipicidad el legislador protege estos bienes, adentrándonos en los delitos de mera actividad en que momento el sujeto activo infringe el bien jurídico protegido y se le sanciona como delito de resultado, Díaz manifiesta que mediante las normas se sustentaran ciertas conductas las mismas que se las consideraran prohibidas.

La tipicidad es un elemento de suma importancia para que exista un tipo penal; como manifiesta Girón al considerarla como una característica de la conducta; pues la tipicidad es lo más esencial dentro de la teoría del delito debido a que en este elemento se hace mención a la categoría en donde se configura; si no llegaría a pasar este segundo filtro de la tipicidad no se le podría sancionar como tal y no estaría la conducta descrita en los catálogos penales y se demostraría que no hay una infracción a un bien jurídico protegido y esta no cumpliría con las formas el sujeto activo se vincula mediante un nexo causal con el sujeto pasivo lesionando el bien jurídico protegido.

Otro elemento relevante para el análisis es la Antijuricidad donde el Código Orgánico Integral Penal (2014) en el art 29, manifiesta lo siguiente. - “Antijuricidad. - Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código.” (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

El tercer filtro de la teoría del delito o categoría dogmática es la Antijuricidad, este elemento se debe analizar luego que el hecho factico se adecue al tipo penal y que exista una violación al bien jurídico que proeje la norma, sin embargo, el juzgador debe analizar la existencia o no de causas de justificación que podrían establecer causas de exclusión de la antijuricidad.

Según la opinión tradicional, la antijuricidad material de un hecho se basa en su carácter de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. A ello se añade la ausencia de un interés

prevalente que justifique el hecho. Ambos aspectos se han considerado características del hecho contemplado *ex post*, como resultado disvalioso (desvalor del resultado). En la actualidad se destaca la necesidad de atender también a la peligrosidad de la conducta desde una perspectiva *ex ante*, mientras que se discute el papel tradicional del desvalor de resultado. Por otra parte, hoy suele incluirse en lo injusto no solo el aspecto objetivo del hecho, sino también el aspecto subjetivo representado por la finalidad que guía la acción. También esto influye en el desvalor de la conducta. El carácter penal de la antijuricidad que importa el Derecho penal obliga, finalmente a incluir en su contenido material el significado de relevancia penal que aporta la tipicidad penal. (Mir, 2021, p.161)

Mir Puig manifiesta que la antijuricidad se refiere a lo opuesto al derecho, es el poner en peligro a un bien jurídico protegido, y la conducta está incumpliendo lo que se encuentra tipificado en el ordenamiento jurídico, es así como se los considera actos antijurídicos, y estos actos no los pueden justificar debido a que existe un incumplimiento de una norma y por ende están afectando un bien jurídico.

Las conductas típicas (que forman parte de un *pragma* conflictivo y. por ende, son antinormativas) puede que no sean contrarias al derecho, cuando el conflicto se haya resuelto en el mismo hecho del modo requerido o tolerado por el derecho (orden jurídico). Una conducta de lesiones leves antinormativa y conflictiva, pero es conforme al derecho si fue en legítima defensa contra el agresor que intentaba lesionar ilegítimamente a quien lo lesiono para defenderse; quien se defendió no habrá hecho otra cosa que resolver el conflicto de un modo jurídicamente satisfactorio y, por ende, su conducta no será antijurídica y la tipicidad de su acción no tendrá relevancia penal (Zaffaroni, 2020, p.105)

Como otro de los elementos de ineludible referencia se encuentra la culpabilidad. El artículo 34 del Código Integral Penal ecuatoriano del 2014 refiere a la culpabilidad estableciendo que “para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuricidad de su conducta.” (Código Integral Penal, 2014)

Este es el último filtro de la teoría del delito y es donde el juez analiza que la persona que ha infringido la norma debe ser sometida al juicio de reproche, pero también se debe considerar si esa persona autora del delito puede estar excluida de serlo por alguna causa de inculpabilidad, que podría ser por algún trastorno mental, responsabilidad en embriaguez o intoxicación, o sea una menor de edad o inimputable. Así lo refiere López (2012):

La sola producción causal del hecho no genera responsabilidad penal, pues desde el siglo XIX impera el *nulla poena, sine culpa*, ahora con basamento constitucional en el reconocimiento al derecho al libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad de la persona que es protegida, precisamente, por el principio de culpabilidad que opera funcionalmente como legitimadora de la pena y como medida de la pena, es decir por una parte condiciona la imposición de la pena y, por otra, determina el quantum de la misma. “Esto significa que solamente es legítima una pena cuando el autor ha obrado culpablemente, esto es, el principio no hay pena sin culpabilidad y, por otra parte, significa que la medida de la pena no puede superar la culpabilidad del autor (p.157)

De acuerdo a López Barja de Quiroga manifiesta que el producir un acto no genera responsabilidad penal, para que la actuación humana sea considerada culpable deberá pasar los filtros anteriormente vistos como son las categorías dogmáticas la tipicidad y la antijuridicidad para así recién poder determinar la culpabilidad considerando que este ha obrado con la intención de cometer el delito es decir lo pensó y lo ejecuto y así se llegaría a determinar la culpabilidad de la acción humana la misma que estará tipificada en el ordenamiento legal debido a que es contraria a derecho; para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta. Quiroz (2021) al respecto apunta:

La culpabilidad, es la tercera categoría dogmática del delito, la cual se analiza una vez que se ha justificado que la acción es típica y antijurídica. En esta categoría se realiza el juicio de reproche al actor, estableciendo la responsabilidad e imponiendo la sanción correspondiente de conformidad a la pena prevista en el tipo penal, al grado de participación y a las circunstancias de la infracción, esto es, las atenuantes o agravantes probadas. La culpabilidad también tiene elementos objetivos para llegar a la conclusión de que una persona es culpable o responsable de la infracción se deben reunir todos los elementos exigidos, pues existen casos en los que el actor a pesar de haber cometido un hecho típico y antijurídico queda exento de responsabilidad penal. p. 71

Dentro de los elementos del delito se estudia la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad; en la misma se encuentran varios elementos entre ellos sujeto activo sujeto pasivo, acción u omisión o la conducta, en la acción del delito se manifiesta que es toda conducta realizada con un sujeto activo el mismo que realiza el movimiento de forma voluntaria; se debe entender también que este mismo movimiento si es realizado por una persona demente no se

podrá juzgar debido a que no se encuentra estable mentalmente y los actos que este cometa no son sancionados; así mismo se estudia la tipicidad del delito que manifiesta que se sancionaran a los delitos que se encuentran expresamente tipificados dentro del ordenamiento legal es decir todo lo que no está permitido se encuentra tipificado en un catálogo penal; también se conoce la antijuridicidad del delito esto abarca a que la conducta que se realizó es contradictoria al ordenamiento jurídico y viola lo manifestado dentro del mismo y por ultimo encontramos a la culpabilidad del delito la misma que se establece de acuerdo al resultado que se ha obtenido al momento de cometer la infracción esta culpabilidad se determina de acuerdo a las conductas de acción u omisión.

#### **1.4 Acción y Omisión**

La acción y la omisión al ser conductas humanas en el campo del derecho deben estar regladas por los marcos normativos penales ya sea para establecer una orden de mandamiento prohibitiva o permisiva o ya sea para establecer como norma prohibida y sancionada, luego la acción no debe consistir en un movimiento corporal ya que es un movimiento que debe realizar un acto prohibido para que sea conocido como una conducta negativa a la norma penal; es por eso que se considera indispensable el estudio de estas dos conductas para poder entender cómo se relacionan con el tipo en los delitos de mera actividad y si estas conductas influye en un resultado o en una creación de riesgo de un derecho protegido por la ley penal.

debemos entender que tenemos dos momentos el pensamiento y la ejecución siempre antes de la ejecución el sujeto activo en su psiquis analiza la forma como va a llevar a cabo la ejecución de esa acción y posteriormente ejecuta el hecho material cambiando la forma externa del universo para poder evidenciar una acción material; es por eso que a continuación se profundiza la acción dentro de la conducta siendo el elemento primordial de la teoría del delito, es importante manifestar que la acción humana para que sea relevante en materia penal debe ser libre, es decir, debe ser una acción consiente y voluntaria.

Tanto la acción y la omisión son conductas realizadas únicamente por seres humanos para que sean sancionadas mediante una norma penal; la acción es el hecho de hacer algo mientras que la omisión es dejar de hacer algo que la norma obliga a realizar dependiendo de la posesión de garante en la que se encuentra el sujeto activo así a continuación analizaremos a cada una de las conductas.

Edgardo Dona, citando a Quiroz indica: “De modo que no puede haber responsabilidad si el hecho no puede ser atribuido a la voluntad del autor” (Quiroz, 2021, p. 27)

Donna al manifestarnos que la acción es atribuida a la voluntad del autor no hace referencia a la conciencia que debe tener el sujeto activo al momento de cometer un hecho penalmente relevante ya que la teoría si hace regencia tanto al elemento cognitivo como al elemento volitivo

“Se llama acción a todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante y la voluntad implica siempre finalidad ” ( Muñoz, 2019, p 215)

Muñoz Conde hace referencia sobre la finalidad de la voluntad de la persona en la acción de un hecho; sin embargo, tampoco se hace mención al elemento cognitivo del sujeto activo, en lo que se coincide con Muñoz Conde es que el manifiesta en este concepto a la existencia de los actos penalmente relevantes. Así mismo, autores como Gómez (2015) sobre la acción penal, han sido enfáticos al establecer:

La acción (o la comisión, de la que hablan algunos autores) es la modalidad característica de la gran mayoría de delitos. Se manifiesta como un movimiento humano externo, como un hacer perceptible sensorialmente, que causa el resultado dañoso. Se puede afirmar que al cometerse estos delitos se incumple una norma prohibitiva, una obligación de no hacer para no producir un daño (p.125)

Cuando se habla o se refiere a la Acción como una conducta humana de hacer o realizar una modificación en el mundo exterior se debe entender que esta realización siempre tendrá un fin, esta acción esta manifestada en dos fases una interna y otra externa. La fase interna está en el pensamiento que se analiza cómo se va a realizar el hecho y los medios a emplearse y la segunda fase es la ejecución y esta es la que se puede percibir generalmente a través de los sentidos al dejar un cambio de lo que se encontraba antes de ser ejecutada; para poder entender de mejor manera esta conducta se estudiara a continuación a la omisión.

El Código Orgánico Integral Penal, reconoce a la Omisión únicamente como dolosa es decir así como se encuentra redactado haría presumir que solo se puede sancionar el comportamiento de una persona que decide voluntariamente no evitar un resultado al cual está obligado hacerlo por encontrarse en posición de garante y esta omisión se la conoce como Omisión impropia, sin embargo nuestro Código Integral penal no hace referencia a la omisión propia, que también están establecida en la doctrina que también es una manera de sancionar un hecho omisivo.

**Art. 23.- del Código Orgánico Integral Penal. - “Modalidades de la conducta. - La conducta punible puede tener como modalidades la acción y la omisión.**

No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

Como ya se analizó anteriormente el código integral penal tipifica en este artículo como modalidades de la conducta a la acción y la omisión, además se hace una referencia puntual sobre la omisión al manifestar que el no impedir un acontecimiento, o un hecho al cual se está obligado hacerlo esta conducta equivale a ocasionarle; de esta manera se entiende como una conducta reprochable a la omisión

Así también la norma penal en su artículo 28 de la citada norma tipifica la Omisión dolosa estableciendo que:

La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante.

Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

La conducta omisiva como lo tipifica el código orgánico integral penal hace únicamente referencia en el concepto a la omisión impropia u omisión por omisión y en este sentido atribuye a varios hechos que se pueden tener un resultado como por ejemplo el medico que tiene la posición de garante de salvar la vida de una persona que ha sufrido un accidente y no lo hace adecua a s du conducta a esta omisión impropia sin embargo nuestro código orgánico integral penal no contextualiza a la omisión propia sin embargo existe dentro de nuestra norma

penal el artículo 276 un tipo penal que hace referencia a la omisión impropia al indicar que el personal de salud tiene la obligación de denunciar un hecho para que sea investigado, en sentido y como resumen los delitos de omisión impropia son conocidos como delitos de resultado ya que al no hacer o dejar de hacer algo existe en esta clase de omisión un resultado fin es decir un hecho que cambia el mundo exterior; en cambio la omisión propia dentro de la legislación ecuatoriana es conocida como delitos de mera actividad debido a que el no realizar un acto que contraviene el bien jurídico que ya ha sido vulnerado se consideran como tal; el sujeto activo no es el principal autor del hecho que se produjo.

### **OMISIÓN PROPIA. -**

Esta clase de delitos según: Quiroz Raza manifiesta en su libro a Muñoz Conde el mismo que indica que esta clase de delitos “castiga la simple infracción de un deber de actuar, sin más estos delitos de omisión propia, equivalen a los delitos de simple actividad. (2019; p 29)

Se ha citado a Muñoz Conde con este concepto en los delitos de omisión propia ya que tiene clara relación con el proyecto de investigación al referir que estos delitos de simple actividad son los delitos de mera actividad justamente es la parte principal del análisis de la falta de los elementos objetivos en esta clase de delitos que no tiene un resultado del autor.

Para poder entender esta clase de Omisión es importante indicar que en el art. 276 del Código Orgánico Integral Penal (2014) tipifica los siguiente:

Omisión de denuncia en razón de la profesión, cargo u oficio. - La persona que, en razón de profesión, cargo u oficio, en los ámbitos de educación, salud, recreación, religioso, deportivo o cultural, conozca de hechos que constituyan graves violaciones a los derechos humanos o delitos contra la integridad física, psicológica, sexual y reproductiva o muerte violenta de una persona y no denuncie el hecho, será sancionada con pena privativa de libertad de dos a seis meses (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

Con este ejemplo podemos entender que esta clase de omisión sin que exista un resultado fin por la conducta del profesional solo con el no hacer lo que le determina la norma es sancionado, el profesional no actúa directamente en el hecho o tipo penal de las clases de lito que nos menciona el artículo 276 de código integral penal, sin embargo se encuentra en posición de garante de realizar una conducta que la ley le ordena.

## **OMISIÓN IMPROPIA O COMISIÓN POR OMISIÓN**

Como se había observado en líneas anteriores la omisión impropia requiere un mayor análisis de acuerdo a la norma que se infringe; pues así se concluye que los delitos de omisión propia son delitos de mera actividad debido a que el sujeto activo no tiene una relación directa con el bien jurídico que se ha vulnerado mientras que los delitos de omisión impropia se reflejan en los delitos de resultado ya que el sujeto activo es el que omite e infringen y tiene una consecuencia directa con el bien jurídico protegido; una vez que se ha concluido el primer capítulo siendo la secuencia del proyecto de investigación a continuación se estudiará como es la estructura del tipo objetivo según la doctrina y el código orgánico integral penal y cuál es la diferencia de la misma estructura en los delitos de resultado como en los delitos de mera actividad.

## **CAPÍTULO II. ESTRUCTURA EL TIPO OBJETIVO**

### **2.1 Elementos objetivos**

Los elementos objetivos están dentro de la tipicidad que es el segundo elemento de la teoría del delito, este es muy importante debido a que se guía bajo el principio de legalidad debido a que la tipicidad se encuentra en los catálogos penales de las diferentes legislaciones desarrollando normas prohibitivas que infringen bienes jurídicos protegidos por los estados; dentro de la tipicidad hay varios elementos el primero es el objetivo y el segundo el subjetivo, se analizara dentro del proyecto de investigación el elemento objetivo y sus derivados los mismos que son el sujeto activo; sujeto pasivo, verbo rector, bien jurídico protegido o tutelado y los elementos normativos y descriptivos; estos subelementos antes mencionados cumplen un rol importante en cada norma penal ya que los jueces para determinar la vulneración de un bien jurídico protegido o un posible delito deberán analizar el cumplimiento de las categorías dogmáticas y así, antes de la tipicidad existe una conducta la misma que para que sea considerada delito deberá pasar al siguiente filtro el cual es materia de investigación; y la ausencia de uno de estos elementos objetivos se atribuiría a que no existe la tipicidad dentro de un hecho factico.

Como se había indicado en líneas anteriores la importancia del principio de legalidad la Constitución de la República del Ecuador 2008 indica: Nadie podrá ser juzgado ni sancionado

por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

El principio de legalidad “*nullum crime sine lege*” -no hay pena sin ley- constituye un papel importante dentro de los elementos objetivos considerando que mediante este principio se debe garantizar la taxatividad de los presupuestos de la pena debido a que este principio va dirigido directamente a los jueces los mismos que analizarán si una conducta pasa por todas las categorías dogmáticas y cumple con los requisitos de cada una de ellas; es así como se considera importante el estudio de los delitos de mera actividad ya que el juzgador al emitir una sanción a este tipo de delitos no cumple con la taxatividad de la pena ni con el principio de proporcionalidad debido a que estos delitos no cumplen con los elementos objetivos de la tipicidad y la ausencia de uno de ellos no se atribuirá que sea una norma penal. Es así que por sujeto activo se entiende:

Que es aquel que realiza la conducta descrita por el legislador. Se expresa generalmente en los tipos con la frase “el que hiciera tal cosa”. Tiene importancia fundamental para los conceptos de participación y autoría, pues, solo puede establecerse diferencias entre las formas de participación criminal haciendo referencia al que realice efectivamente la conducta tipificada. (Zavala, 2019, p 198)

El sujeto activo como primer elemento objetivo siempre se va a referir a una persona quien realiza una conducta que está prohibida por la ley, al sujeto activo según la doctrina también se lo conoce como agente dependiendo del tipo penal, es decir que reúna diferentes características como ejemplo se denominaría funcionario público en un delito de enriquecimiento ilícito. El Código Orgánico Integral Penal en el artículo 41 menciona la participación de la misma manera indica las personas participan en la infracción como autores y cómplices en el art 42 del mismo cuerpo legal establece los autores y hace una subdivisión de la autoría directa, la autoría mediata y la coautoría.

Dentro de la autoría directa refiere a quien comete la infracción de manera directa e inmediata, o quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo. En el primer punto se refiere a conductas de acción mientras que en el segundo se refiere a conductas de omisión. En la autoría mediata refieren a las personas que instiguen o aconsejen a otras para cometer infracciones a quienes ordene la comisión de

infracción valiéndose de otra persona, a quienes por violencia física o abuso de autoridad amenaza u otro medio coercitivo obliguen a un tercero a cometer una infracción y a quienes ejercen un poder de mandato en la realización delictiva esto en relación a la autoría mediata.

Por otra parte, la coautoría se refiere a quienes coadyuven a la ejecución de un modo principal practicando deliberadamente e intencionalmente algún acto; para finalizar el artículo 43 del mismo ordenamiento jurídico establece la complicidad e indica el código que responde como cómplice la persona que en forma dolosa participe o coopere con actos secundarios anteriores o simultáneos en la ejecución de una infracción.

En este orden de ideas es necesario también referirse al sujeto pasivo. Autores como Zabala (2019) lo identifican como:

todo tipo penal implícita o explícitamente se refiere al sujeto que recibe los efectos de la conducta típica. Es el perjudicado y receptor de la acción del autor. Y, en consecuencia, el titular del bien atacado por el ejecutor de la conducta. Núcleo o verbo del tipo: Los tipos penales expresan y describen las conductas típicas mediante verbos que las representan. El hacer o el omitir típicos están descritos mediante un verbo que pasa a ser el núcleo del tipo penal, pues es el que da la estructura propia de cada especie (p 198)

El sujeto pasivo dentro de un tipo penal es la víctima o la titular del bien jurídico protegido, persona que se ve afectado directa o indirectamente por la conducta del sujeto activo realizada sobre ella, debemos diferenciar al sujeto pasivo del delito y al sujeto pasivo de la acción, que son individuos totalmente diferentes, el primero se refiere a la persona directamente afectada mientras que el segundo se refiere a una persona en la que se comete una acción negativa, para entender lo dicho anteriormente estableceremos un ejemplo, la persona que Hurta a un niño del coche que lleva su madre, el sujeto pasivo de la acción es el niño, mientras que la madre es el sujeto pasivo del delito.

Se considera el elemento más importante del tipo penal, o núcleo del delito y está relacionada con la acción u omisión que determina las conductas, siempre el verbo rector es una palabra que describe el accionar del sujeto activo. En la Constitución de la república del Ecuador el art 66 al referirse al bien jurídico protegido o tutelado por el Estado está relacionado con el sujeto pasivo y el resultado que se ocasiona en la afectación como titular del bien ofendido. Este bien jurídico violenta o daña un derecho que intrínsecamente tenemos las personas, como el derecho a la vida, a la libertad sexual, a la salud, etc.

Otro elemento que es menester analizar es la imputación objetiva, la que se centra en:

(...) la necesaria constatación de la realización de la conducta típica productora de un riesgo relevante y prohibido, que se concreta en un resultado que se encuentra dentro del ámbito de protección del tipo penal el cual es imputado al tipo objetivo. Circunstancias de tiempo modo y lugar: Son una serie de referencias sobre las circunstancias en que debe determinado delito debe cumplirse para que se constituya. Así por ejemplo no cualquier homicidio es asesinado. (Zavala, 2019, p 198)

De acuerdo con el autor los elementos del tipo no son independientes para que se constituya como delito ya que deben estar en conjunto y son esenciales para que sea como tal, es muy importante reunir ciertos elementos debido que al momento de emitir su decisión consideran que hayan existido los elementos del delito en conjunto. El elemento objetivo tiene su estructura en la parte externa de la conducta los mismos que indica que son un elemento normativo hay un sujeto activo que es la persona que comete el delito hay un sujeto pasivo que es contra de quien se comete el delito hay un bien jurídico lesionado que es la norma o el derecho que se vulnera para que sea considerado delito y hay un nexo causal entre acción y resultado que son las circunstancias que se fueron presentando para poder llegar al resultado.

Un referente dentro del amputación objetiva moderna tenemos al profesor Claus Rossin quien ha empleado esta teoría para relacionarla y expandir el ámbito de la tipicidad dentro de las categorías dogmáticas y se refiera a la verificación de la relación de la conducta típica que produce un riesgo prohibido y que se determina en el resultado que está bajo el ámbito de protección de la norma y que es imputado al tipo objetivo. Dicho en otras palabras, el sujeto activo responde únicamente a la conducta realizada directamente más no a las circunstancias que devinieren ajenas a su participación. Como ejemplo tenemos: A dispara a B, causándole una herida en el brazo, el momento que B es trasladado a una casa de salud en una ambulancia esta sufre un accidente y B muere a consecuencia del accidente, aquí A responderá únicamente por las lesiones usadas en B más no por la muerte de B.

Los elementos que deben tomarse en cuenta para verificar la tipicidad objetiva sistemática son los siguientes: a) el resultado de la conducta (o mutación del mundo inherente a toda conducta que se exterioriza en el mundo, b) el nexo causal entre la conducta y el resultado, c) la imputación del resultado como obra propia de la persona autora de la conducta y d) otros elementos eventuales del tipo objetivo (otros datos fenoménicos de la conducta, requeridos en algunos tipos) (Zaffaroni, 2020, p. 128)

Zaffaroni indica que los principales elementos objetivos que se deben considerar para la existencia de la tipicidad de un delito son como primer elemento el resultado de la conducta, ya se ha analizado con anterioridad que el resultado es el cambio en el mundo exterior, pero también se ha indicado que en la conducta de omisión propia no hay un cambio en el mundo exterior, ejemplificando que el profesional de salud tiene la obligación únicamente de informar si se ha producido o no un acto de violencia ante otra persona y así se verifica que el profesional en el caso que no informe estará incurriendo en un delito de omisión pero no hay un cambio en el mundo externo con la conducta que él ha creado, debido a que la relación que él tiene con el sujeto pasivo que fue la persona ante quien se vulnero el bien jurídico protegido no es una relación directa y por esta razón se le denomina a los delitos de omisión propia delitos de mera actividad.

Como segundo elemento refiere a que, debe haber un nexo causal que relacione a la conducta con el resultado con el ejemplo antes mencionado el nexo causal si tiene relación con el resultado ya que por la vulneración que sufrió el sujeto activo llego donde el profesional quien crea la conducta de omisión propia, como tercer elemento refiere la imputación del resultado como obra propia de la persona autora de la conducta seguimos analizando el ejemplo mencionado al profesional de salud se le imputara de acuerdo a Zaffaroni como delito de omisión porque no es autor del cambio realizado en el mundo exterior del sujeto activo sino por la omisión creada pero la falencia enorme que existe en nuestra legislación es la forma de imputar estos diferentes delitos porque no se les puede sancionar de la misma manera a quien si comete un cambio en el mundo exterior como al que no comete un cambio en el mundo exterior del sujeto activo provocando una vulneración a varios principios constitucionales que afectan la seguridad jurídica de la persona que creo la conducta.

## **2.2 Elementos normativos**

Estos elementos que se van a estudiar dentro del proyecto de investigación son importantes en los delitos de mera actividad ya que en forma general son necesarios para una valoración de la conducta la misma que es importante para una decisión; es por eso que a continuación se explicaran como desempeñan estos elementos en el actuar al momento de crear una conducta desaprobada.

Según la teoría de Beling donde la existencia de estos elementos normativos es discutible al extremo en la doctrina, niega su existencia. Se denomina así aquellos elementos que encierran una valoración jurídica determinada. Tales son las expresiones, por ejemplo, de “cosa ajena”; “instrumentos públicos”; “monedas en curso legal”, etc. Estas expresiones no encierran normatividad alguna, pues, nada dicen con respecto a la antijuridicidad de la acción... Los elementos normativos “que contienen los tipos penales, son aquellos que, por estar cargados de desvalor jurídico, resaltan específicamente la antijuridicidad de la conducta (Zabala, 2019, p.196)

Para Zavala los elementos normativos del tipo penal son definiciones conceptos términos en el tipo penal que requieren de una valoración, donde su comprensión o entendimiento requieren del contenido de una norma de cualquier índole ya sea una norma jurídica, una norma científica, una norma cultural, por eso también nos indica que estas normas requieren de un juicio cognitivo atendiendo a conocimientos generales.

“En los elementos normativos se debe hacer un juicio de valor. El juez se debe remitir a normas y patrones valorativos extraños al tipo penal que se encuentran en otros ordenamientos del orden jurídico como la ética social vigente en la sociedad o en los usos y costumbres... Mir sostiene que también el peligro es un concepto normativo, ya que exige una valoración para determinar las condiciones que debe tener en cuenta una persona de inteligencia normal y cuáles son, según la experiencia, los cursos causales conocidos en una época (Donna,1995, p.82)

Alberto Donna manifiesta que estos elementos se entienden a partir de una valoración especial. Es decir que su significado no se deduce directamente de juicios de experiencia, sino a través de juicios de valoración jurídica o social. El conocimiento que debe tener el autor de los elementos normativos del tipo es simplemente el de significado a nivel profano, la "valoración paralela en la esfera del profano", mas no el de su estricta significación jurídica, porque, el Derecho, más allá del conocimiento medio exigible del mundo circundante, no puede exigir al autor el exacto conocimiento de sus mandatos o prohibiciones pues de lo contrario implicaría la negación de la posición de desigualdad de condiciones de los sujetos y una clara violación del principio y garantía constitucional.

Los elementos normativos que se encuentran descritos en los tipos penales están relacionados con la antijuridicidad es así que los encontramos de diferentes maneras relacionado con la conducta como por ejemplo, en el delito de Robo del art 189 del COIP se

describe como - La persona que mediante amenazas o violencias, estos elementos atañen hechos que el juzgador debe analizar para poder determinar si se cumplen con los requisitos del delito de robo y determinar que la conducta es contraria a la norma

### **2.3 Elementos descriptivos**

A diferencia de los elementos normativos tenemos a los elementos descriptivos que son como su nombre lo indica descripciones de un hechos que se debe cumplir para diferenciar de una conducta prohibida a una conducta que no está prohibida por las normas penales, se los describe dentro de los tipos penales, hacen relación y se refieren a hechos facticos como lugares, tiempo, modo, etc. y podemos mencionar como algunos ejemplos , el día, la noche o en el despoblado, son realidades naturales que pueden ser apreciadas con los sentidos.

Quiroz (2020) los define como:

Son aquellos que pueden ser aprendidos o comprendidos solo con su percepción sensorial. Tal sería el caso de expresiones como “vehículo a motor”, “monte”, “mujer”, etc. Estos elementos no presentan mayores dificultades dentro del tipo pues no resulta difícil su aprehensión; su alcance suele ser unívoco (p.36)

Para el autor los elementos descriptivos son los que no presentan ninguna dificultad para identificarlos debido a que estos se los relaciona a simple vista con la percepción sensorial, así menciona a vehículo, monte, mujer que son adjetivos que se identifican con claridad en cualquier conducta que se realice y se debe considerar que los elementos descriptivos se encuentran tanto en los delitos de resultado como en los delitos de mera actividad y en ningún tipo objetivo podrá ausentarse los elementos descriptivos ya que son elementos como su nombre lo indica que describen sea el lugar donde se realizó la conducta, puede ser el género de quien realizo la conducta, las circunstancias en las que se creó la conducta.

Sobre ello Zavala (2020) indica que:

Siendo como es tipo penal un concepto eminentemente descriptivo, son elementos principales de él, los que convergen a una descripción de una conducta determinada. Es decir, proporciona la descripción de las bases que fundamentan la responsabilidad criminal. “Se trata, por tanto, de estados y procesos externos, susceptibles de ser determinados especial y temporalmente perceptibles por los sentidos, objetivos, fijados en la Ley por el legislador

en forma descriptiva y que han de ser apreciados por el Juez mediante la simple actividad de conocimiento (195)

Zavala en su libro teoría del delito manifiesta que los elementos descriptivos son muy principales en el tipo penal indicando que el tipo penal es particularmente descriptivo en sí, señalando que el tipo facilita la descripción para de esta manera llegar o no a sancionar a la conducta que se ha creado, la descripción se enmarca de acuerdo a Zavala en los cambios extremos y que son perceptibles para todos en espacio y tiempo los mismos que en su momentos serán verificados por el juzgador.

En los elementos descriptivos el legislador se refiere a seres, objetos o actos que en general son percibidos por los sentidos, de manera que, tal como lo sostiene Cereso Mir, la valoración del sujeto se reduce considerablemente; por ejemplo, el concepto de árbol o de automotor, en los delitos contra la propiedad, o el de mujer en el caso de estupro. (Donna, 1995, p.82)

La idea es que estos elementos no requieren de un especial proceso intelectual y valorativo para su comprensión, debido a que estos elementos se los puede reconocer todavía mediante otro intento de definición, que en este caso opera por exclusión: los términos descriptivos son aquellos comprensibles sin necesidad de remitirse a algún -cualquier- género de normas. Ello puede ocurrir porque a través de él se enuncia directamente una realidad sensorial, o porque las palabras por las que se expresa pertenecen al lenguaje normal y no pretenden ofrecer una significación diferente de aquella que se deduzca de su lectura, o porque son parte del saber empírico y lógico de los hombres y han sido previamente incorporados, de un modo más o menos uniforme, en el mundo de conocimientos y experiencias de los sujetos de una determinada comunidad. Todas estas no son más que causas que determinan lo esencial, lo característico, que consiste en que en los términos descriptivos no es necesario referirse a alguna norma para precisar su significado y contenido.

Para entender de mejor manera la falta de elementos objetivos en los delitos de mera actividad se analizará el siguiente ejemplo relacionándolo con el delito de resultado el mismo que si cumple con todos los elementos objetivos, como delitos de resultado se encuentra el delito de homicidio el mismo que se encuentra tipificado en el art. 144 del código orgánico integral penal donde el sujeto activo es la persona que realiza la conducta, el sujeto pasivo es la persona a la que afectan con la conducta del sujeto activo, el verbo recto es matar y el bien jurídico protegido es la vida, de esta manera se encuentra ante un

delito de resultado debido a que si cumple con todos los elementos objetivos del tipo considerándole así típica la conducta que se ha realizado por el sujeto activo, el mismo que cometió el homicidio, ahora se analizará el tipo penal de tenencia de arma el mismo que se encuentra tipificado en el ordenamiento legal ecuatoriano en el art. 360 del código orgánico integral penal donde el sujeto activo es la persona que tenga sin autorización un arma, el sujeto pasivo no está determinado, el verbo rector es la tenencia el elemento normativo es sin la autorización, elemento descriptivo es en determinado lugar, dirección particular domicilio o lugar de trabajo y el bien jurídico protegido dentro de este tipo penal no se encuentra determinado, ya que la seguridad del estado no se encuentra vulnerado pues al estar un arma en un lugar sin que sea manipulada o que se encuentre al alcance de una persona no violenta bienes jurídicos tutelados por el estado en este ejemplo se tiene muy claro que la conducta realizada por el sujeto activo no cumple con todos los elementos objetivos por esta razón se encontrarían ante un delito de mera actividad y por la existencia de una creación de riesgo desaprobado no se le debería sancionar como un delito a la conducta porque se estarían vulnerando principios de proporcionalidad y el principio de legalidad así como también el principio de seguridad jurídica; es por este motivo que lo acorde para garantizar la seguridad jurídica del infractor sería una sanción no privativa de libertad sino una sanción pecuniaria y ser tratada como una infracción de contravención lo que estaría acorde a la proporcionalidad del tipo penal debido

### **CAPÍTULO III. TIPOS DE DELITOS**

En la legislación ecuatoriana se encuentran tipificadas conductas penalmente relevantes las mismas que pueden ser delitos de resultados, como delitos graves delitos menos graves delitos leves y delitos de mera actividad para la elaboración del proyecto investigativo se estudiarán las delitos de mera actividad para así encontrar una respuesta lógica al porque se les sanciona como delitos a las conductas desaprobadas que no cumplen con los elementos objetivos requeridos para que sean considerados delitos y en el transcurso de la misma se justificara la forma correcta en la que se deben sancionar este tipo de conductas desaprobadas.

Para poder entender que son los delitos de mera actividad es importante primero conocer las clases de delitos o su categorización según la doctrina y poder diferenciar entre los delitos de Resultado, de peligro y de mera actividad, según VON ROHLAND el Derecho Penal no solo debe hacer frente al daño real producido a los bienes jurídicos, sino también a la posibilidad de que se cause este daño, es decir, nos habla del peligro como objeto importante de la investigación criminal

Es necesario al momento de estudiar los delitos de resultado y los delitos de mera actividad diferenciar porque su denominación, los delitos conocidos como delitos de resultados de les impone ese nombre debido a que la conducta que el sujeto activo crea produce una afectación a un bien jurídico protegido y esta causa un cambio en el mundo exterior produciendo así un resultado; en cambio a los delitos de mera actividad se los denomina de esta forma debido a que el sujeto activo crea una conducta y en algunos casos no hay un sujeto pasivo afectado directamente así como también en otros casos no hay un bien jurídico que se afecte en forma directa pues este vacío implica la ausencia de elementos objetivos en la tipicidad; los mismos que si bien en cierto causan una vulneración a un derecho del sujeto activo por la conducta desaprobada y por esta misma conducta que en los delitos de resultado la vulneración fue directa y en los delitos de mera actividad fue indirecta al no cumplir con todos los elementos de la estructura del tipo se estaría también vulnerando principios que afectan si directamente al sujeto activo quien no tiene garantías de que este sancionado en una forma correcta ya que el uno si tiene un resultado fin y el otro no tiene un resultado fin para lo cual con ejemplos se explicara y se sustentara por qué este tipo de conductas se deberán sancionar únicamente como contravenciones mas no como delitos.

### **3.1 Delitos de resultado**

También conocidos como delitos que tienen un resultado fin es decir que la conducta se vea reflejada en la finalidad de un hecho, al producirse un efecto separado espacio-tiempo de la conducta y que su finalidad es palpable a los sentidos en la que el juzgador mediante varias formas puede tener conocimiento evidente del hecho cometido.

Los delitos de resultado son aquellos tipos cuyo contenido consiste en la producción de un efecto separado espacio-temporalmente de la conducta. La producción de ese resultado constituye la consumación formal del tipo; debido a la existencia de este lapso de tiempo desde la realización de la acción hasta la producción del resultado, se admiten, caben otros riesgos, intervenciones posteriores de terceros, del autor o de la propia víctima, que pueden ser dolosas, imprudentes o fortuitas, comisivas u omisivas y que pueden tener importantes consecuencias en la imputación del resultado pudiendo llegar incluso a condicionar la necesidad del castigo. Las lesiones (arts. 152 COIP), por ejemplo, son delitos de resultado, pues exigen la producción de un menoscabo en la salud de una persona.

Según Zaffaroni:

No todos los tipos objetivos individualizan los resultados, algunos tipos objetivos exigen un resultado o mutación del mundo bien precisa y determinada (así, no hay homicidio si no hay un muerto). Suelen llamárselos tipos de resultado material; pero hay otros tipos objetivos que se limitan a describir la conducta, cualquiera sea la mutación del mundo que cause y todas capaces de lesionar el bien jurídico. La confusión se produce porque la doctrina llama a los últimos delitos de mera conducta, cuando en realidad el delito siempre tiene un resultado, nunca es una pura conducta, solo que hay tipos que únicamente describen la conducta, y dan por descontado que producirán algún resultado prima facie ofensivo a un bien jurídico. Si se quiere, serán tipos que solo describen la conducta, pero no delitos de mera conducta, porque estos últimos no existen (Zaffaroni, 2020, p.129)

Para Zaffaroni los delitos de resultado son los que producen un cambio o una mutación en el mundo exterior e indica que no hay delito de resultado sin un resultado, manifestando que siempre debe haber una conducta que se exterioriza en el mundo exterior, de esta manera concordamos totalmente con lo manifestado por Zaffaroni ya que toda conducta penalmente relevante debe tener un resultado fin; pero no estamos de acuerdo en lo manifestado sobre las conductas denominadas delitos de mera actividad ya que el manifiesta que como no hay un resultado estos delitos no deberían existir, pues en la legislación ecuatoriana existe sanciones para infracciones como contravenciones y delito; las conductas encajadas en los delitos de mera actividad al no tener un resultado se deberían sancionar únicamente como contravenciones mas no como delitos

En tal sentido la ausencia de la finalidad y de algunos elementos objetivos del tipo se atribuirían claramente a que no se encuentran ante normas penales relevantes que han causado

un cambio en el mundo exterior es así que en el ejemplo anteriormente mencionado en la tenencia de armas no hay un resultado por el mero hecho de tener un arma en un domicilio y esto no atribuye un cambio físico ni tampoco exterioriza una conducta que infrinja o atente a bienes jurídicos protegidos. Sin embargo, hay que tomar en consideración que nuestra norma penal no solo sanciona conductas que tengan un resultado, sino que también sanciona conductas que, aunque estén ausentes de un resultado impliquen un riesgo a los bienes tutelados por el estado y es aquí donde causa justamente una controversia en el proyecto de investigación ya que muchas veces estas conductas de mera actividad son sancionadas con penas similares a los delitos que tienen un resultado fin. Según la autora Albertini (2018):

(...) en los delitos de resultado se reconoce un evento “material” como consecuencia causal de la acción, el que podría llegar a acaecer en tiempo y lugar distintos de los de la completa ejecución de la acción descrita por el tipo en cuestión. Esto se puede ver a propósito del delito de homicidio (considerado como ejemplo paradigmático de delito de resultado). Si A dispara su arma contra B en un tiempo  $t_1$ , causando su posterior muerte por desangramiento en un tiempo  $t_2$ , A ha finalizado la ejecución de su acción en  $t_1$ , a pesar de que al momento de disparar (i.e. al momento de jalar el gatillo), la muerte de B no se haya producido. Así, B muere en tiempo y lugar distintos de aquéllos en que la acción de A fue ejecutada. (pr 41)

Es decir que, en los delitos de resultado existe un cambio en el mundo exterior con la conducta que ha realizado el sujeto activo estos cambios son muy diferenciados en espacio y tiempo, es decir los delitos de resultado siempre producirán cambios y este cambio que se realiza causa una afectación a un bien jurídico protegido del sujeto pasivo, entonces si existe una conducta que no produzca un cambio de espacio y tiempo es posible que no se esté ante los delitos de resultado. Con respecto al ejemplo antes indicado en un delito de homicidio A dispara en contra de B causando la muerte por desangramiento en otro lugar y con el disparo B muere, pero en diferente tiempo y lugar, pero hay un resultado fin hubo un cambio en el mundo exterior y los elementos del tipo objetivo están completos hay un verbo rector y hay un bien jurídico protegido.

Esto lo nota Roxin, que llega a la poco feliz conclusión de que la distinción atiende a una cuestión de hecho. “Hay que tener claro que no todos los tipos se pueden encuadrar claramente en los delitos de resultado o de actividad, sino que a veces hay que distinguir caso por caso: así las lesiones son un delito de mera actividad si consisten en una

bofetada, pero son un delito de resultado si se producen lanzando una piedra, Roxin tendría que afirmar que si es que se intenta abofetear a otra persona sin acertar el golpe, se estaría ante una tentativa acabada (delito frustrado) de lesiones, ya que sólo en los delitos de resultado existe la posibilidad de tentativa inacabada (tentativa), solución que resulta a lo menos poco intuitiva, considerando que en el caso del que tira una piedra sin acertar podría sin más reconocerse tentativa acabada. (Albertini, 2018, prr. 46)

Albertini al citar a Roxin hace un énfasis en que no todos los tipos encajan adecuadamente en los delitos de resultado y en los delitos de actividad y hay que tener mayor cuidado al momento de establecer si es de resultado o de mera actividad para eso ha puesto un ejemplo de lesiones donde indica que si hay una bofetada será un delito de mera actividad; pero si se realiza una conducta lanzando una piedra no es un delito de mera actividad sino se encontrarían ante un delito de resultado; pues al parecer no es acorde el ejemplo realizado por Roxin debido a que se tiene claro que los delitos de resultado son las conductas que tienen un resultado fin y en el caso de una conducta producida como una bofetada, se estaría evidenciando el resultado que es la bofetada, y el cumplimiento de los elementos del tipo objetivo sujeto activo quien realiza la acción de abofetear, quien recibe la bofetada es el sujeto pasivo, verbo rector lesionar, bien jurídico protegido el derecho a la integridad física; entonces es tan cierto que el delito de lesiones es un delito de resultado mas no como lo indica Roxin que por recibir una bofetada se estaría realizando un delito de mera actividad; los delitos de mera actividad son aquellos que no han cumplido con el requerimiento de los elementos del tipo objetivo y no tienen un resultado fin solo se ha creado una conducta reprochable pero no hay resultado.

### **3.2 Delitos de peligro**

Al parecer estos delitos de peligro también podrían encajar en los delitos de mera actividad debido a que no tienen un resultado fin y el legislador al momento de crear la norma protege bienes jurídicos sin que estos se vean afectados directamente con el simple hecho de realizar una acción penal; es decir que los delitos de peligro sancionan únicamente el riesgo que podría consumarse si hubiere un resultado fin. Así lo indica Albán (2015)

Lo característico de estos delitos es, precisamente, la creación de una situación general

de amenazas a determinados bienes jurídicos así mismos generales: la salud pública, por ejemplo. Estos delitos no producen por lo tanto un daño concreto a ningún bien jurídico individual. Hay dos tendencias en relación a este punto. Según la primera, la tentativa no sería posible por cuanto esta consiste en actos que amenazan un bien jurídico perfectamente individualizado, no colectivo, y por qué no podría haber el peligro de un peligro. (p.220)

Una vez más Albán Gómez manifiesta que la característica principal de estos delitos es el sancionar una intención de amenaza a los bienes jurídicos protegidos enfatizando que estos delitos de peligro no causan un daño específico a ningún bien jurídico protegido y de acuerdo a la doctrina y la legislación ecuatoriana lo que se sanciona en estos delitos es la creación de peligro que han generado al realizar una conducta y de acuerdo al ordenamiento legal ecuatoriano la sanción para estos tipos de delito es mediante una infracción por contravención mas no de una infracción por delito.

Ante la identificación de la característica de los delitos de peligro hay que mencionar que el código orgánico integral penal diferencia a los delitos y a las contravenciones es así que desde el punto de vista doctrinario se analizara a los delitos y las contravenciones debido a que en la doctrina no existe una diferenciación de las contravenciones y delitos y se le considera a todas conductas penales como delitos es por eso que Santiago Mir Puig menciona el ejemplo de la persona que conduce un vehículo dentro del kilometraje establecido está dentro de un riesgo pero este riesgo es permitido; hay que indicar porque se encuentra en un riesgo permitido porque nada nos asegura que al manejar un vehículo no estamos exentos de no atropellar a alguien nunca sabemos las condiciones que está el peatón que transita por el mismo lugar que va el vehículo; y también indica que la persona que condujere un vehículo fuera del kilometraje permitido ha creado un riesgo no permitido, el riesgo no permitido que se ha creado al conducir

un vehículo fuera del kilometraje permitido es más probable que pueda atropellar a una persona que va por el mismo lugar que transita el vehículo; esta conducta es sancionada de acuerdo a la legislación ecuatoriana como una contravención mas no como un delito, es así donde una vez más se demuestra que al no existir un resultado fin como en el ejemplo antes indicado creando la conducta no permitida se está sancionando como contravención mas no como delito y por esta razón se considera importante el modificar la sanción de acuerdo al principio de proporcionalidad en los delitos de mera actividad por una infracción de contravención mas no como una infracción de delito.

### **3.2.1 Delitos de peligro abstracto**

Los delitos de peligro abstracto, no requerirían ningún peligro efectivo, por lo que serían incluso dudoso que se explicasen como verdaderos delitos de peligro. Deberían hablarse, a lo sumo, de delitos de peligro presunto. Sin embargo, hoy se discuten que persista la tipicidad en los delitos de peligro abstracto en el caso extremo de que se prueben que se había excluido de antemano todo peligro. En favor de negar su subsistencia cabe alegar que deja de tener sentido castigar una conducta cuya relevancia penal proviene de la peligrosidad que se supone en ella, cuando tal peligrosidad aparece como inexistente desde el primer momento. (Mir, 2021, p.238)

De acuerdo a lo manifestado anteriormente, los delitos de peligro abstracto no requieren un peligro efectivo pues así una vez más se estarían encajando en los delitos de mera actividad de acuerdo a las características del tipo objetivo, se ha indicado que los delito de peligro no tiene un resultado y la único que se considera para que exista una sanción es el peligro que se genera al realizar la conducta y los delitos de peligro abstracto como se indicó en líneas anteriores no crean ningún tipo de peligro efectivo.

Otros autores como Navarro (2015), citando a Johannes, consideran que:

delitos de peligro abstracto son aquellos cuyo tipo penal no sólo no requiere la causalidad de un daño, sino que tampoco exige la causalidad efectiva y cierta de un peligro. Más bien, lo que ocurre es que, en la base de estas figuras, existe la suposición legal de que se trata de conductas que representan normalmente un peligro para determinados bienes jurídicos. Por ello, algunos autores han indicado que se trata de una presunción “juris et de jure” de peligro; es decir, una presunción que no admite prueba en contrario. En estos delitos, como dice Wessels, “la peligrosidad de la acción no es característica del tipo, sino tan sólo fundamento para que la disposición exista, de suerte que el juez no ha de examinar si realmente se ha producido un peligro en el caso particular. (p.180)

Es claro que para Navarro los delitos de peligro abstracto no exigen la causalidad efectiva y cierta de un peligro, si no lo único que existe es una suposición de peligro a los bienes jurídicos protegidos pero una vez más se está enfatizando en que lo único que sanciona es evidentemente la suposición del peligro que se creó con la conducta o sea la intención de, mas no se sanciona un resultado de la conducta producida pues se está indicando que los delitos de peligro abstracto al no tener un resultado fin y tener la suposición de afectación a un bien jurídico protegido se verifica que encuadran en los delitos de mera actividad ya que una vez más se demuestra que no cumplen con los elementos del tipo objetivos.

### **3.2.2 Delitos de peligro concreto**

Para poder entender mejor a los delitos de peligro concreto es necesario manifestar que los mismos requieren la existencia de una proximidad a lesionar un bien jurídico protegido y esta intención se la consideraría como el resultado a continuación se profundizara en el tema para un mayor entendimiento.

“Delitos de peligro concreto son aquellos en que el respectivo tipo penal exige la causación efectiva y cierta de un peligro. En consecuencia, tales delitos sólo se consuman cuando se ha producido realmente el peligro, lo cual obliga a demostrar esa circunstancia en cada caso particular.” (Madrigal Navarro, 2015 p. 179)

Madrigal Navarro una vez más manifiesta sobre los delitos de peligro concreto señalando en contrario a los delitos de peligro abstracto que estos delitos si exigen una causación efectiva y cierta de un peligro, es decir indica que el resultado de estos delitos es cuando se ha creado realmente un peligro y no como en los anteriores delitos cuando hay una intención de lesionar un bien jurídico protegido en estos delitos de peligro abstracto ya se crea la intención directa de lesionar el bien jurídico protegido pero así mismo se queda en la intención con la diferencia que el riesgo para afectar el bien jurídico es real.

Sobre la teoría de delitos de peligro concreto, Bacigalupo (1999) indica que:

La teoría ha distinguido tradicionalmente entre delitos de peligro concreto, en los que el bien jurídico debe haber sufrido un riesgo real de lesión, y delitos de peligro abstracto, en los que ese riesgo real no es necesario. La realización del tipo objetivo en los delitos de peligro concreto requiere, además de la acción, el peligro real sufrido por el bien jurídico protegido. Por el contrario, en los delitos de peligro abstracto es suficiente la comprobación de la acción. Por este motivo, estos últimos no se diferencian de los delitos de pura actividad. La distinción entre delitos de peligro abstracto y concreto resulta acaso superflua: sólo interesan los delitos de peligro concreto. (p. 312)

Lo dicho anteriormente por el autor concuerda con lo señalado por Madrigal Navarro e indica que los delitos de peligro concreto son los que necesitan la existencia real de un peligro que sea evidente que con ese peligro puede sancionar a un bien jurídico, por esta razón hay que tener claro que la consumación de estos delitos es cuando se ha producido realmente un peligro

obligando a demostrar las circunstancias del peligro en el caso particular. Para concluir debemos indicar que los delitos de peligro abstracto si bien contiene una violación o puesta en peligro del bien jurídico este no requiere un resultado propio de la acción del autor a diferencia de los delitos de peligro concreto este peligro y riesgo se evidencia con el accionar del autor que pone en peligro real bienes jurídicos sin determinar o especificar estrictamente uno de ellos.

### **3.3 Delitos de mera actividad**

Con en el estudio anteriormente realizado es claro evidenciar que los delitos de mera actividad son los delitos que no tienen un resultado fin y carecen de los elementos del tipo objetivo por lo que se estarían deteniendo en la tipicidad, filtro de las categorías dogmáticas donde se determina para que una conducta desaprobada sea considerada o no delito. Según Modolell (2016)

La tipicidad objetiva en los delitos de mera actividad consiste en determinar si la conducta realizada está abarcada por el ámbito de lo prohibido normativamente. Para ello debe precisarse si, desde un punto de vista *ex ante*, una persona media situada en la posición del autor hubiese contado con la existencia de los elementos típicos. Adicionalmente, en el caso de que se trate de un tipo penal de mera actividad y de peligro abstracto, debe analizarse, igualmente a partir de un punto de vista *ex ante*, si la conducta es estadísticamente peligrosa. Incluso, si se trata de un tipo de lesión de mera actividad, pudiera estudiarse la relevancia penal de dicha lesión. Por lo tanto, para la adecuación típica (objetiva) se toman en cuenta dos aspectos: a) si desde un punto de vista *ex ante* un observador objetivo contaría con la existencia de los diversos elementos (objetivos) exigidos por el tipo para su configuración (imputación al autor de las circunstancias típicas fundamentadoras de la conducta prohibida); y b) si, desde un punto de vista *ex ante*, la conducta tiene la aptitud de ser peligrosa o lesiva para el objeto

del bien jurídico (prr. 66)

Como se ha explicado anteriormente Modellell Gonzales señala que los delitos de mera actividad son los que determinan si una conducta cumple o no con todos los elementos del tipo objetivo, este autor manifiesta también que los delitos de peligro abstracto se los considera delitos de mera actividad desde un punto de vista ex ante, es por esto que manifiesta que para la adecuación de los elementos del tipo objetivo se debe considerar dos aspectos el primero que si desde una perspectiva ex ante se tendrías todos los elementos del tipo objetivo y el otro aspecto es que desde un punto de vista ex ante la conducta que se ha creado tiene la capacidad de ser lesiva para el bien jurídico protegido. Así también Acalé (2002) acertadamente enfatiza que:

(... ) si los delitos de mera actividad se definen como delitos sin resultado y éste como el efecto de la acción sobre el objeto material, aquellos, como si de un silogismo se tratara, serían delitos sin objeto material; el razonamiento se presenta pues de forma escalonada: delitos de mera actividad como delitos sin efecto exterior, sin efecto sobre el objeto material, sin objeto material y, finalmente, como se verá, sin bien jurídico. En nuestra opinión hay que partir de que el estudio sobre el objeto material se centra en la acción más que en el resultado: esto es, es el objeto material de la acción del autor, en virtud del cual se define la conducta típica. Al serlo de la acción y al ser definidos los delitos de mera actividad como delitos de acción carentes de resultado natural, no hay por qué hacer afirmaciones categóricas al respecto, pues solucionan poco. (p.17)

Acale Sánchez manifiesta que los delitos de mera actividad al ser delitos sin resultado estos serían delitos sin objeto material, e indica que estas conductas no tendrían un efecto en el mundo exterior sobre determinado objeto material. El objeto material dentro de la investigación es muy importante y hasta determinante ya que manifiesta que si no hay afectación directa a un objeto material no hay un cambio en el mundo exterior y no hay la afectación de un bien jurídico

protegido ya que desde ahí se verifica cual ha sido la conducta típica, con ese criterio se estaría demostrando que dependiendo de determinadas conductas siempre al existir la ausencia de un elemento objetivo de la tipicidad se estarían hablando de delitos de mera actividad los mismo que no estarían encajando en la tipicidad por la misma ausencia de algún elemento determinado para cada conducta.

Para concluir los delitos de mera actividad de acuerdo a los criterios de algunos autores los mismos que manifiestan que siempre la conducta realizada se la va adecuar al tipo objetivo la misma que aceptara criterios valorados similares a los de la imputación objetiva considerando que también debe valorarse el baremo de la perspectiva ex ante en este tipo de delitos debido a que la misma valora el pensamiento y la ejecución para así poder caracterizar al autor los elementos descriptivos y normativos, también es importante manifestar que el análisis de la perspectiva ex ante en esta clase de delitos produce una afectación del objeto directa al bien jurídico protegido, sin olvidarnos que para que sean considerados delitos de mera actividad de acuerdo a la información obtenida debe existir la ausencia de algún elemento objetivo del tipo los mismos que no le tipifican la conducta realizada.

### **3.3.1 El tipo de injusto de los delitos de mera actividad**

“Para encontrar justificación en sede de injusto a los delitos de mera actividad, sería fácil partir de una concepción monístico subjetivista que desplazara—todo lo más— a la punibilidad al resultado y al desvalor de resultado, en la medida en que, de esta forma, el prototipo delictivo sería precisamente el que presentan los delitos examinados. ...En este sentido, se afirma que, si no existe un resultado natural, no habrá desvalor de resultado y por tanto los delitos de mera actividad al ser calificados como delitos sin resultado natural carecerían de desvalor de

resultado, lo que daría lugar a tipos penales sostenidos en el mero desvalor de acción o, como afirma Huerta Tocildo, siguiendo a Maurach, tendrían un desvalor de resultado neutro.” (Acale Sánchez, 2002, p. 17)

Se entiende que en los delitos de mera actividad la conducta realizada no produce un resultado natural es decir no hay un cambio en el mundo exterior y por lo tanto no hay desvalor del resultado debido a que no presentan un resultado fin cosa que no ocurre con los delitos de resultado ya que la conducta que se realiza en este tipo de delitos si causa un cambio en el mundo exterior, pues para Acale Sánchez lo único que se establece al existir este tipo de delitos es que los tipos penales están ligados a sancionar la acción pero no un resultado ya que no existe resultado y se evidencia una vez más la ausencia del bien jurídico protegido porque solo sanciona la acción.

(...) los delitos de mera actividad serían siempre delitos de peligro abstracto, pues en estos últimos no se puede deducir la efectiva afección al bien jurídico a través del resultado; las críticas a partir de este momento se refieren conjuntamente a los delitos de mera actividad y a los de peligro abstracto que, terminan convirtiéndose en una categoría única: los delitos de mera actividad peligrosa o de mera peligrosidad. (Alcale, 2002, p. 17)

Para algunos estudiosos y doctrinarios esta clase de delitos se consuman con la realización de la acción, sin que se requiera de un resultado fin, sin embargo otros estudiosos del derechos penal los relaciona o se compara con los delitos de peligro abstracto, para la realización de este proyecto de investigación es necesario mencionar que esta clase de delitos no están relacionados con los delitos de peligro ya que en los delitos de mera actividad no existe un peligro evidente

ya que el sujeto activo no realiza ninguna conducta que conduzca a entenderse como peligrosa, lo que el legislador ecuatoriano a tipificado y sanciona son conductas que no están completamente relacionadas con el peligro a un bien jurídico, lo que conlleva a evidenciar que ciertas clases de conductas que no determinan un peligro estarían mal llamadas o tipificadas como conductas penalmente relevantes y los que se estaría haciendo es una interpretación errada a la norma violentando las categorías dogmáticas especialmente la tipo objetivo y sus elementos ya que al no contar con los elementos mencionados por el coip y la doctrina se está tipificando actuaciones que no deberían ser catalogadas ni sancionadas como delitos.

Cuando no preferimos al resultado natura estamos indicando el resultado que producen las conductas una vez que se produce una acción y es justamente en los delitos de mera actividad que no necesariamente se debe probar precisamente como punto central o controvertido el negar o afirmar la relevancia típica de un resultado producido por una acción, resultado natural que es del que carecen los delitos de mera actividad

### **3.3.2 Perspectiva ex ante**

Dentro del proyecto de investigación la perspectiva ex ante tendrá un análisis profundo en cuanto a los delitos de mera actividad debido a que esta perspectiva anterior a un hecho debe ser estudiada y relacionada dependiendo de cada hecho factico ex ante a una acción de una conducta presuntamente prohibida a un hecho relacionada a la temporalidad y relatividad de una creación de acción o riesgo y de esta manera se ira valorando con los ejemplos que se analizaran y se demostrara por qué estas conductas que no tienen relación con la perspectiva ex ante no se las sancionaran como delitos sino como contravenciones de acuerdo a la legislación ecuatoriana.

Para fundamentar la necesidad del uso de la perspectiva *ex ante* en el tipo de mera

actividad debe hacerse una breve referencia a la estructura general del injusto, la cual se determina según la función que cumple la norma jurídico-penal. Esta persigue lograr un efecto en la conducta de su destinatario, en el sentido de evitar la producción de un determinado estado de cosas o de lograr la producción de alguno. Obviamente, se entiende que destinataria del mandato jurídico-penal, de la amenaza penal, solo puede ser la colectividad a quien se dirige el precepto normativo para influir en ella ("no matar", "no hurtar", "se debe socorrer a una persona en situación de peligro", etc.), y no únicamente el juez que aplica la ley penal. (Modolell, 2016, prr 7)

La perspectiva *ex ante* tiene su análisis y valoración antes de producirse un hecho, es aquí donde se debe situar al sujeto activo de la acción y si su accionar o conducta son directamente relacionadas con el injusto producido, es evidente que *ex ante* el sujeto debe tener un conocimiento de la cusa y el efecto que se produce es decir actuar con conciencia y voluntad de producir un daño y si está relacionado con la temporalidad y relatividad habrá que analizar el momento de producir un efecto y si este es relativo al daño ocasionado

La pena establecida por el legislador en el enunciado legal no representa únicamente la definición de la sanción del delito, sino también el medio para influir en el destinatario de la norma. La amenaza penal tiene como propósito intimidar jurídicamente a este (prevención general negativa), así como fomentar el respeto jurídico al valor protegido por ella. Esta visión de la pena lleva a entender el delito mediante una teoría de la norma penal que la defina a través de esas dos funciones: una función de determinación y una de valoración. La primera de ellas se relaciona directamente con el llamado desvalor de conducta, derivado de una visión *ex ante* del delito, mientras que la segunda función rescata la importancia del bien jurídico, del valor que protege el tipo penal. (Modolell, 2016, prr 7)

Ejemplo A causa a B una fuerte impresión al comunicarle la muerte de su hijo, noticia que,

habida cuenta del delicado estado del corazón de B, le produce la muerte. Una vez comprobados los extremos del hecho producido, no cabe duda de que A aparece como causante de la muerte de B ; en cambio, ex ante, en el momento de darse la noticia la conducta de A no se presentaba como peligrosa para la vida de B. ¿Ha infringido A la prohibición de matar? Si se adopta la perspectiva ex post, habrá que decir que sí, pero si la prohibición se refiere al momento de la acción (ex ante), y se pregunta si en aquel instante el Derecho prohibía a A comunicarle a B la muerte de su hijo, la respuesta deber ser negativa.

### **3.3.3 Análisis de delitos de mera actividad tipificados en el Código Orgánico**

#### **Integral Penal**

#### **Ejemplo 1. Delito de Tenencia de arma**

Art. 360.- Tenencia y porte de armas. - La tenencia consiste en el derecho a la propiedad legal de un arma que puede estar en determinado lugar, dirección particular, domiciliaria o lugar de trabajo, para lo cual se requiere autorización de la autoridad competente del Estado. La persona que tenga armas de fuego sin autorización, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año. El porte consiste en llevar consigo o a su alcance un arma permanentemente dentro de una jurisdicción definida, para lo cual se requiere autorización de la autoridad competente del Estado. La persona que porte armas de fuego sin autorización, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

En el delito de tenencia de armas verificaremos si cumple con los todos los elementos antes expuestos para que sea considerado delito de resultado de acuerdo a la sanción que tipificada el mismo ordenamiento legal; como sujeto activo encontramos a la persona que se encuentra en tenencia del arma sin autorización, el sujeto pasivo en incierto no hay el cumplimiento del segundo elemento objetivo de la tipicidad porque con la tenencia de arma sin autorización no

hay una afectación a un objeto material en este caso el sujeto pasivo, el verbo rector es tener, el bien jurídico protegido tampoco se identifica con la tenencia meramente del arma, el elemento normativo es la no autorización, el elemento descriptivo en determinado lugar.

Como se ha indicado en este tipo de delitos no hay el cumplimiento de los elementos objetivos de la tipicidad debido a que presenta la ausencia del sujeto pasivo y del bien jurídico protegido es decir esta creación de peligro no tiene un resultado fin sino solo la acción de tener un arma, por este motivo Zaffaroni indicaba que estos delitos que no presentan un resultado no deberían existir; pero la propuesta que se plantea es que no se eliminen del catálogo penal sino que tengan un tratamiento diferente a los delitos y que se podrían considerar como contravenciones y que la sanción no sea con penas privativas de libertad sino penas pecuniarias, porque en este ejemplo puntual no hay una conducta desaprobada hay solo una acción que en la perspectiva ex ante de la acción el tener una arma en el domicilio carece de la relación con la temporalidad y relatividad en relación al hecho histórico que supone produce el sujeto que infringe la norma.

### **Ejemplo 2.- Delito de Violación a la propiedad privada**

Art. 181.- Violación de propiedad privada. - La persona que, con engaños o de manera clandestina, ingrese o se mantenga en morada, casa, negocio, dependencia o recinto habitado por otra, en contra de la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirla, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año. Si el hecho se ejecuta con violencia o intimidación, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. La persona que, en ejercicio de un servicio público, sin la debida autorización o fuera de los casos contemplados legalmente; o que con una orden falsa de la autoridad pública; o que con el traje o bajo el nombre de uno de sus agentes, viole un domicilio o lugar de trabajo, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. En la violación de domicilio se presume que

no hay consentimiento del dueño o de la dueña o su encargado cuando no están presentes en el acto que constituya la infracción.

En el delito de violación a la propiedad se verificará si cumple o no con los elementos objetivos de la tipicidad como sujeto activo se encuentra quien ingresa a la propiedad, como sujeto pasivo el dueño de la propiedad, el verbo rector es ingresar y el bien jurídico protegido la propiedad los elementos normativos el engaño o la manera clandestina y los elementos descriptivos es la casa negocio dependencia o recinto habitado por otra, como se observa en este delito si existen los elementos objetivos de la tipicidad pero no hay un resultado que afecte al objeto material y el ordenamiento legal esta sancionando el peligro que crea el ingresar a la propiedad y como se analizó en los delitos de peligro abstracto la doctrina los considera a estos delitos de mera actividad porque crean un peligro incierto no real debido a que la acción no causa un cambio en el mundo exterior es decir no hay un resultado por eso se deberían sancionar como contravenciones mas no como delitos; considerando también que la perspectiva ex si tiene relación con la acción pues tuvo el pensamiento de ingresar y lo ejecuto; pero no hay una relación con la perspectiva ex ante de la conducta debido a que es ajeno a la temporalidad y a la relatividad del porque ingreso.

### **Ejemplo 3.- Delitos de omisión**

Art. 276.- Omisión de denuncia en razón de la profesión, cargo u oficio. - La persona que, en razón de profesión, cargo u oficio, en los ámbitos de educación, salud, recreación, religioso, deportivo o cultural, conozca de hechos que constituyan graves violaciones a los derechos humanos o delitos contra la integridad física, psicológica, sexual y reproductiva o muerte violenta de una persona y no denuncie el hecho, será sancionada con pena privativa de libertad de dos a seis meses. Si la omisión es por parte de quien sea el propietario, responsable o representante legal de la institución pública o particular, se aplicará el máximo de la pena. Si la

omisión se produce sobre delitos contra la integridad física, psicológica o sexual de niños, niñas y adolescentes, se aplicará el máximo de la pena aumentada en un tercio. No se podrá alegar secreto profesional y objeción de conciencia para justificar la falta de denuncia.

En los delitos de omisión el sujeto activo es el profesional quien omite la denuncia de violaciones a derechos humanos conocidos por él, el sujeto pasivo en estos delitos no existe debido a que no hay una relación directa con el sujeto activo ya que el sujeto activo no se relacionó con el hecho ya cometido que llega a su conocimiento, el verbo rector denunciar, el bien jurídico protegido se ausenta en este tipo penal, los elementos normativos la integridad física, psicológica, sexual y reproductiva o muerte violenta, los elementos descriptivos la razón de profesión, se evidencia que en este tipo penal hay dos ausencias de los elementos objetivos de la tipicidad y no hay un resultado razón suficiente para considerarlos delitos de mera actividad por la falta de resultado y de elementos indispensables para la tipicidad, en razón de su profesión no es proporcional la pena que se impone como sanción por falta de relación directa y violación a varios principios se deberían considerar contravenciones únicamente, aun mas cuando la perspectiva ex ante tampoco se ve relacionada en la temporalidad y la relatividad debido a que el delito que llega a conocimiento del personal de salud es un hecho realizado y consumado en otro tiempo y ajeno a la relatividad de la acción.

## **Resultados**

La teoría del delito es una ciencia que cada vez va adquiriendo mayor énfasis de conocimiento y estudio en varias legislaciones entre ellas la legislación ecuatoriana no es la excepción ya que en el año 2014 con la vigencia del COIP ya se estipula y tipifica a la teoría del delito y a la teoría finalista que es la que enmarca nuestra legislación penal. Este cambio normativo entre el Código penal o Código de procediendo penal al COIP nos obliga a los estudiantes, profesionales del derecho y administradores de justicia tener mayores conociendo sobre la teoría del delito sus elementos saber que es el delito como está estructurado las

categorías dogmáticas como la Conducta la Tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, además de conocer como están contruidos cada uno de sus elementos, para poder realizar en el caso de abogados en libre ejercicio una verdadera defensa técnica a los patrocinados, en el caso de jueces, saber aplicar cada una de estos filtros dependiendo del delito en que deben conocer y en el caso de fiscales saber aplicar el principio de objetividad y técnico para cada caso que investigan.

Tener claro cómo se estructura el tipo objetivo dentro de la Tipicidad ha sido el aporte dentro del segundo capítulo de nuestra investigación, conocer y analizar que en cada conducta penal deben tener un sujeto activo, sujeto pasivo un verbo rector, un bien jurídico que protege la norma afectado, los elementos normativos y elementos descriptivos que identifican a cada conducta, como cada uno de ellos se debe ir analizando y en el caso de no contar con alguno de ellos no se estaría frente a una conducta penalmente relevante, así mismo en el capítulo III de nuestro proyecto de investigación lo medular ha sido recoger varios conceptos doctrinarios de los diferentes tipos de delitos que se conocen en la doctrina como los delitos de resultado, de peligro, la diferencia entre peligro abstracto y concreto, los delitos de mera actividad que es parte de investigación de nuestro proyecto y que se ha enfocado en establecer si esta clase de delitos cuenta o no con los elementos objetivos del tipo penal o son meramente conductas que se podrían establecer como no relevantes y tener un tratamiento diferente frente a la penal o la sanción que se establece en el coip, finalizamos explicando qué es la perspectiva ex ante y como este actuar factico debe igual ser analizado desde la temporalidad y la relatividad dentro de los delitos de mera actividad para determinar que algunos delitos que se encuentran en nuestro catálogo penal no se deberían llamar delitos proalmente dichos sino posibles contravenciones y tener sanciones leves que podrían ser hasta pecuniarias y no privativas de libertad por no afectar directamente a bienes jurídicos y no constituir un peligro a la sociedad.

De esta manera hemos estudiado 3 ejemplos que se encuentran tipificados en el código orgánico integral penal y los hemos sometido a este análisis de la teoría del delito y se ha demostrado que no están cumpliendo con la totalidad de los elementos objetivos y peor aún que tengan una valoración ex ante en relación al actuar del sujeto activo.

Como resultados obtenidos dentro del proyecto de investigación se ha PODIDO EVIDENCIAR que en nuestro ordenamiento legal no existe una clasificación adecuada para sancionar tipos penales con resultado fin y tipos penales sin resultado, además también es importante mencionar que no hay un estudio adecuado para sancionar cuando un tipo penal cumple con todos los elementos del tipo objetivo y cuando un tipo penal carece de estos mismos elementos; de acuerdo a nuestra valoración las penas impuestas en estos diferentes tipos de delitos son inconstitucionales ya que vulneran varios principios entre ellos el primero y más importante la vulneración al principio de seguridad jurídica ya que no garantiza un debido proceso en el tratamiento del análisis de los elementos del tipo objetivo, análisis este importante porque aquí es ahí donde se debería clasificar los tipo de resultado y los tipo de mera actividad para posterior a esto y guiados por el principio de proporcionalidad imponer una pena adecuada de acuerdo a la acción que ha creado una conducta y la propuesta planteada en el proyecto de investigación es la modificación de la sanción con penas pecuniarias no privativas de libertad a los delitos de mera actividad y así también se evitaría los hacinamientos en las cárceles de nuestro país.

### **Conclusiones**

1.- Con la entrada en vigencia del código orgánico integral penal en el año 2014 dentro de la normativa ya se puntualizó lo que es la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad por lo tanto los jueces al analizar una conducta y si esta debe ser sancionada y reprochada están obligados a aplicar el análisis de las categorías dogmáticas y establecer que

se encuentran frente a delitos de resultado y de mera actividad y de esta manera evidenciamos que estos tipos de delitos son sancionados con similares características a los de resultado por lo que deberían tener un tratamiento diferente.

2.- Los hechos históricos que entran en contacto con las normas penales y el sujeto destinatario de la norma, se caracterizan por ser sino realidades sociales producidas en un determinado tiempo y lugar. Por lo que se pudo concluir que el juzgador en todos los casos debe hacer un análisis de los elementos objetivos y la perspectiva ex ante para establecer si se trata de conductas penalmente relevantes o son meramente conductas que no lesionan ni ponen en peligro bienes jurídicos.

3.- Con la investigación realizada se pudo establecer que existen varios tipos penales que no cumplen con los elementos objetivos de la tipicidad evidenciándose un vacío dentro de este primer filtro de la teoría del delito, lo que nos lleva a concluir que no estaríamos frente a conductas penalmente relevantes, es decir que están afectando o lesionando directamente bienes jurídicos y que al estar normados como infracciones penales estarían excediendo su naturaleza de aplicación o tipificación como delitos analizando una vez más que la perspectiva ex ante no influye en la consumación del hecho tipo del resultado.

4.- Dentro de los principios constitucionales, como son, la proporcionalidad, la favorabilidad, la seguridad jurídica, el principio de mínima intervención penal y el debido proceso se concluyó que no hay una garantía de la aplicación equitativa de los tipos penales antes descritos los mismos que mediante una reforma legal a través de la Asamblea Nacional se podrían reformar los tipos penales y pasar de penas privativas de libertad a penas pecuniarias, además cambiar las infracciones de delitos a contravenciones lo que conllevaría a la aplicación de los principios constitucionales antes mencionados y establecer tipos penales que mantengan armonía con la

Constitución de la República del Ecuador y los tratados internacionales.

## **RECOMENDACIONES**

1.- Ciertos tipos penales en el código orgánico integral penal son analizados de igual forma sin considerar la ausencia de elementos objetivos de la tipicidad se recomienda que deben ser cambiados estos artículos a través de una reforma a la ley para que sean tratados no como delitos sino como contravenciones a través de la asamblea nacional o mediante la corte constitucional mediante una consulta a la corte constitucional para que revise si existe una violación al principio de proporcionalidad y seguridad jurídica en los ejemplos expuestos anteriormente.

2.- Para evitar la vulneración al principio de proporcionalidad en la imposición de penas privativas de libertad a los delitos de mera actividad analizados anteriormente se recomienda que en lo posible la sanción sea penas pecuniarias y no penas privativas de libertad con lo que se evitaría hacinamientos en los centros de rehabilitación de nuestro país.

3.- Que en consejo de la judicatura a través de capacitaciones a información realice seminarios simposios u otros para capacitar a jueces fiscales defensores públicos abogados en libre ejercicio para que el análisis de las categorías dogmáticas y teoría del delito sean más técnicos y no simplemente se letra muerta en nuestro código orgánico integral penal.

## **Bibliografía**

Alban, E. (s.f.). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Tomo II*. Quito: Ediciones Legales .

Alban, E. (2011). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Tomo II*. Cámara Ecuatoriana del Libro, Agencia Ecuatoriana del ISBN. Este impreso ha sido publicado por Ediciones Legales EDLE en el año 2011 en la ciudad de Quito, en Ecuador.

- Albertini, A. (2018). El delito de hurto como tipo de delito de resultado. *Política criminal*, 13(25), 175-207. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000100175>
- Acale, M. (2002). Los delitos de mera actividad. *Revista de derecho penal y criminología*, 2.a, Época, n.º 10 (2002). Doi: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2002-10-5010&dsID=Documento.pdf>
- Arias, B. (1995 pag. 141,). *Delitos de resultado*.
- Arguello, J. (2016). *Derecho Penal Paraguayo. Apuntes, Parte General*. Paraguay.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal, Parte General*, II edición. Editorial Hammurabi.
- Bucheli, M. (2015). *Estructura del Tipo Penal: Una reseña de los elementos que componen el delito*. Obtenido de DerechoEcuador.com: <https://derechoecuador.com/estructura-del-tipo-penal-una-resena-de-los-elementos-que-componen-el-delito/>
- Benavides, M. (2019). Teoría del delito. *Revista de Ensayos Penales*. Edición No. 6. Doi: <http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/EP/06.pdf>
- Cabanellas, G. (1993). *Diccionario Jurídico*. Heliasta .
- Cabanellas, G. (2003). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Castillo, L. (2005). *Análisis documental*. Recuperado el 22 de julio de 2020, de uv.es Web site: <https://www.uv.es/macass/T5.pdf>
- Carrara, F. (2000). *Curso de derecho criminal*. San Jose de Costa Rica: Juridica Continental.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). Registro Oficial N° 180. Quito, Ecuador.

Diccionario Prehispanico Español. (2016). *Diccionario prehispanico español*,. Asuncion

Paraguay

Donna, E. (1995). *Teoria del delito y de la pena 2*,. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

Donna, E. (1996). *Teoria del delito y de la pena 1*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

Enciclopedia Concepto. (2016). *Enciclopedia Concepto*. Obtenido de Enciclopedia Concepto:  
<https://concepto.de/delito/>

Enciclopedia juridica. (2020). *Enciclopedia juridica*. Obtenido de Enciclopedia juridica:  
<http://www.encyclopedia-juridica.com/d/delitos-materiales-y-formales/delitos-materiales-y-formales.htm#:~:text=Delitos%20materiales%20son,homicidio%20las%20lesiones%20la%20estafa>.

Gómez, A. (2015). Manual de derecho penal ecuatoriano, Parte General, Ediciones legales. Quito, Ecuador.

Jeltsch, A. (1968). *Doctrina d los delitos de omisión*. Santiago de Chile : Universitaria .

Kadushing, A. (2014). *La entrevista en el trabajo social*. México: Extemporaneos.

Kelzen, H. (1940). *Derecho penal y filosofía del derecho*. Alemania.

Lopez, A. (2012). Connotación constitucional del principio de culpabilidad en el derecho penal. En la obra colectiva Derecho Constitucional, IDEMSA, Lima Perú 2012

Machicado, J. (2014). Apuntes jurídicos. La escuela clasica del derecho penal. accedido 21 junio de 2022, párr. 2, <https://bit.ly/2Kl76dx>

Martínez, M. (2018). *SCRIBD*. "Elementos Normativos del tipo penal". Doi:

<https://es.scribd.com/doc/137084573/Elementos-Normativos-Del-Tipo-Penal>

Marquez, R. (2003). *Teoría de la antijuricidad*. Mexico D. F.: DR © 2003. Universidad Nacional Autónoma de México.

Milicic, A. (s.f.). *El principio de la lesividad y la peligrosidad en nuestro código penal*. Doi:

<https://www.terragnejurista.com.ar/doctrina/milicic2.pdf>

Mir, S. (2020). La perspectiva «ex ante» en Derecho penal. *La perspectiva «ex ante» en Derecho penal*. Barcelona , España.

Mir, S. (2021). “ Derecho penal parte general”. 10ma edición editorial reppertor 2021.

Muñoz, F. (2012). *Teoria General del delito, tercera edición* . EDITORIAL TEMIS S. A.

Santa Fe de Bogotá 1999.Doi:

[https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/06\\_mu%C3%91oz\\_conde\\_t\\_del\\_delito.pdf](https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/06_mu%C3%91oz_conde_t_del_delito.pdf)

Muñoz, F. & Garcia, M. (2019). *Derecho Penal parte General 8* . Madrid España: Editorial Juridica del Pacífico.

Muñoz, S. (2017). *Diccionario Panhispanico del español juridico*. Obtenido de Diccionario

Panhispanico del español juridico: <https://dpej.rae.es/lema/delito-de-resultado>

Modolell, J. (2016) “El tipo objetivo en los delitos de mera actividad”. *Polít. crim.* Vol. 11, N° 22 (Diciembre 2016), pp. 368-390.

[[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_11/n\\_22/Vol11N22A2.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A2.pdf)]

Navarro R. (2015). *Metodologia de la investigacion bibliografica, archivista y documental*.

México: McGraw Hil.

Ossandón, M. (2009). "Los elementos descriptivos como técnica legislativa. consideraciones críticas en relación con los delitos de hurto y robo con fuerza". *Revista de Derecho*, Vol. XXII - N° 1 - Julio 2009. Doi:

[https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502009000100008](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502009000100008)

Peirano, O. (1966). *La omisión y los delitos de omisión*. Concepción Chile,: Editorial Universitaria .

Peña, O. (2010). *Teoria del delito Manual Practico para su plicacion en la teoria del caso*,. Perú: Editorial Nomos & Thesis E.I.R.L.

Peña, O. & Almanza, F. (2010). *Teoria del delito Manual Practico para su aplicacion en la teoría del caso*. Lima Perú: Deposito Legal en la Bibliioteca Nacional de Perú.

Quintero, O. (1999). *Delitos de mera actividad*..

Quiroz , Ch. (2020). *El delito y su estructura en el Codigo Organico Integral Penal*. Quito: Global MArket by Majesticomunic Logistica Cia. Ltda.

Robles, R. (2006). *Desvalorar e imputar sobre la imputacion objetiva en el derecho penal*. Euros Editores.

Rodriguez , T. (2004). *Delitos de peligro dolo e imprudencia*

Robles, R. (2006). Normativa e imputacion objetiva,. *Revista para el analisis de derecho*,, 13.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal* . Madrid: Civistas. Tomo I.

Roxin, C. (2008). *Derecho Procesal Penal*,. Buenos Aires,: Editores del Puerto.

Roxin, C. (2014). *La teoria del delito en la discusion actual* . Perú: editora juridica Grijley E. I. R. L.

Teran , W. (2020). *Dominio de las ciencias* . Obtenido de Dominio de las ciencias :

<http://dx.doi.org/10.23857/dc.v6i3.1210>

Trujillo, J. (2020). Principio de legalidad penal. *Principio de legalidad penal: 'nullum crimen*

*sine lege penale'*. San augustin , Arequipa, Peru. Doi: <https://lpderecho.pe/principio-legalidad-penal-nullum-crimen-sine-lege-penale/>

Valarezo T, Valarezo E, & Durán, A. (2019). Algunas consideraciones sobre la tipicidad en la teoría del delito. *Revista Universidad y Sociedad*, 11(1), 331-338. Epub 02 de marzo de 2019. Doi: [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2218-36202019000100331&lng=es&tlng=es](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202019000100331&lng=es&tlng=es).

Vega, P. (2011). Apuntes sobre la evolucion histórica de la dogmática jurídico-penal.

*Perspectivas de las Ciencias Economicas y Jurídicas* , 57-76.

Villabella, C. (2015). *Los metodos de la investigacion juridica* . México : Universidad Nacional Autónoma de México .

Von Beling, E. (1944). *Esquema de Derecho Penal La Doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires

Von Liszt, F. (1881). *Tratado del derecho penal aleman*.

Von Rohland, W. (2008). *enciclopedia juridica*. Obtenido de enciclopedia juridica .

Wilheim, G. (1959). *La teoría del delito en su momento actual* . Madrid: Editorial Bosch.

Wolfgang F. (2015). *Imputacion objetiva del resultado* . España: Atelier Libros.

Zaffaroni., R. (2020). *Lineamientos de derecho penal*. Buenos Aires: Copyright by editora Ar S. A.

Zavala, J. (2019). *Teoria del Delito y Sisitema Acusatorio*. Quito Ecuador: Murillo Editores.



