



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA**  
**MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA**  
**CARRERA DE DERECHO**

**TITULO:**

***“REFORMA AL CÓDIGO PENAL Y PROCEDIMIENTO PENAL, EN RELACIÓN A LA REINCIDENCIA, COMO AGRAVANTE PARA TODO DELITO Y COMO CIRCUNSTANCIA A TOMARSE EN CUENTA PARA EL DICTAMEN DE MEDIDAS CAUTELARES Y CONCESIÓN DE REBAJA DE PENAS”.***

*Tesis previa la obtención del  
Título de Abogado*

**AUTOR:**

**EDUARDO ESTRADA DÍAZ**

**DIRECTOR:**

**DR. Mgs. MARIO ALFONSO GUERRERO**

**LOJA – ECUADOR**  
**2014**

## CERTIFICACIÓN

DR. MGS. MARIO ALFONSO GUERRERO, CATEDRÁTICO DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

### CERTIFICO:

Haber revisado el trabajo de investigación de tesis para la obtención del título de Abogado, realizado por el postulante **EDUARDO ESTRADA DÍAZ**, sobre el tema ***"REFORMA AL CÓDIGO PENAL Y PROCEDIMIENTO PENAL, EN RELACIÓN A LA REINCIDENCIA, COMO AGRAVANTE PARA TODO DELITO Y COMO CIRCUNSTANCIA A TOMARSE EN CUENTA PARA EL DICTAMEN DE MEDIDAS CAUTELARES Y CONCESIÓN DE REBAJA DE PENAS"***, el mismo que cumple con las exigencias académicas y reglamentarias para este tipo de trabajo, por lo que autorizo su presentación.

Loja, septiembre del 2014

  
.....  
DR. Mgs. MARIO ALFONSO GUERRERO

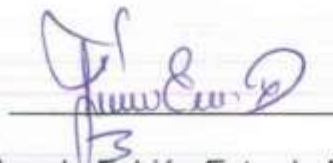
DIRECTOR DE TESIS

## AUTORÍA

Yo, Eduardo Fabián Estrada Díaz, declaro ser autor del presente trabajo de Tesis, y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes Jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

**Firma:**



**Autor:**

Eduardo Fabián Estrada Díaz

**Cédula:**

0704743814

**Fecha:**

Loja, septiembre de 2014

**CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.**

Yo, Eduardo Fabián Estrada Díaz, declaro ser autor(a) de la Tesis titulada: **"REFORMA AL CÓDIGO PENAL Y PROCEDIMIENTO PENAL, EN RELACIÓN A LA REINCIDENCIA, COMO AGRAVANTE PARA TODO DELITO Y COMO CIRCUNSTANCIA A TOMARSE EN CUENTA PARA EL DICTAMEN DE MEDIDAS CAUTELARES Y CONCESIÓN DE REBAJA DE PENAS"**; Como requisito para optar al Grado de ABOGADO; autorizo al sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero. Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 18 días del mes de septiembre del dos mil catorce. Firma el autor.

FIRMA:   
AUTOR: Eduardo Fabián Estrada Díaz

CÉDULA: 0704743814

DIRECCIÓN: El Oro, Las Lajas

CORREO ELECTRÓNICO: eduesdi19@hotmail.com

TELÉFONO CELULAR: 0968613657

**DATOS COMPLEMENTARIOS:**

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Mg. Mario Alfonso Guerrero

DIRECTOR DE GRADO: Dr. Mg. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez (PRESIDENTE)

Dr. Mg. Augusto Astudillo Ontaneda

Dr. Mg. Marcelo Armando Costa Cevallos

## **AGRADECIMIENTO**

Expreso mi profundo agradecimiento a Dios Todopoderoso por haberme dado el don más preciado que es la vida, dándome la suficiente inteligencia y perseverancia que me ha permitido concluir con éxito uno más de mis objetivos planteados dentro de mi vida personal.

Al Dr. Mg. Mario Alfonso Guerrero, por su acertada dirección y su incansable paciencia durante todo el desarrollo de la presente tesis.

A la Universidad Nacional de Loja, institución que me ha permitido acceder a una educación superior con los más altos niveles de enseñanza.

## DEDICATORIA

A la memoria de mi padre Ángel Estrada (+), quien me impulso a asumir este reto, me brindó su apoyo total e incondicional y me supo guiar con sus sabios concejos por el camino correcto.

A mis pequeños hijos que con su ternura se convirtieron en mi motivo de superación.

A mi esposa por su amor, su comprensión, su esfuerzo e invaluable sacrificio, para alcanzar la meta fijada.

A mi familia, quienes me entregaron su apoyo en los momentos difíciles.

## TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO
2. RESUMEN
- 2.1 ABSTRACT
3. INTRODUCCIÓN
4. REVISIÓN DE LITERATURA
- 4.1. MARCO CONCEPTUAL
- 4.1.1 DELITO
- 4.1.2 CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO
- 4.1.3 CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES
- 4.1.4 CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES
- 4.1.5 CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES
- 4.1.6 REINCIDENCIA
- 4.1.7 DICTAMEN
- 4.1.8 MEDIDA CAUTELAR
- 4.1.9 REBAJA DE PENA
- 4.2 MARCO DOCTRINARIO
- 4.2.1 PROTECCIÓN DE BIENES JURIDICOS
- 4.2.2 GARANTISMO PENAL
- 4.2.3 HISTORIA DEL DELITO
- 4.2.4 PRINCIPIOS QUE DEBEN REGIR EN EL PROCEDIMIENTO PENAL
- 4.2.5 SISTEMA DE REBAJA DE PENAS
- 4.2.6 REINCIDENCIA COMO CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE
- 4.3 MARCO JURÍDICO

- 4.3.1 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR
- 4.3.2 CÓDIGO PENAL
- 4.3.3 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL
- 4.3.4 CÓDIGO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y REHABILITACIÓN SOCIAL
- 5. MATERIALES Y MÉTODOS
  - 5.1 MATERIALES
  - 5.2 MÉTODOS
  - 5.3 TÉCNICAS
- 6. RESULTADOS
  - 6.1 RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE LA ENCUESTA
  - 6.2 RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE LA ENTREVISTA
- 7. DISCUSIÓN
  - 7.1 COMPROBACIÓN DE OBJETIVOS
  - 7.2 CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS
  - 7.3 FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA REFORMA
- 8. CONCLUSIONES
- 9. RECOMENDACIONES
  - 9.1 REFORMA JURÍDICA
- 10. BIBLIOGRAFÍA
- 11. ANEXOS
- ÍNDICE



## **1. TÍTULO**

**“REFORMA AL CÓDIGO PENAL Y PROCEDIMIENTO PENAL, EN RELACIÓN A LA REINCIDENCIA, COMO AGRAVANTE PARA TODO DELITO Y COMO CIRCUNSTANCIA A TOMARSE EN CUENTA PARA EL DICTAMEN DE MEDIDAS CAUTELARES Y CONCESIÓN DE REBAJA DE PENAS”.**

## **2. RESUMEN**

El auge delincencial en nuestro país, está desbordando todo límite de tolerancia. El poder punitivo del Estado también está siendo afectado por los constantes desbordes de violencia que se registran cotidianamente.

La falta de confianza en el sistema penal y las constantes desilusiones que sufre el usuario del sistema de justicia cuando acude a solicitar sus servicios, es frecuente. Se percata que poco o nada ha cambiado y que la corrupción, la lentitud y la incompetencia de los operadores del sistema e incluso las deficiencias de la misma ley, son males que persisten y que le afectan tremendamente.

Por ello es de suma importancia que se procure efectuar las reformas penales que protejan al ciudadano, de manera efectiva y práctica como una contribución para la lucha contra el azote delincencial que soportamos. Para que esto suceda, planteo el aumento de las sanciones penales a los delincuentes reincidentes o habituales como medio e instrumento de defensa social y ante todo, como un medio de respuesta punitiva para aquellos que han decidido quebrantar las normas de convivencia y transitar por caminos delictivos de manera recurrente y peligrosa.

La figura penal de la reincidencia se encuentra legislada en varios artículos del Código Penal vigente. Así, la norma penal que define a la reincidencia

expresa: Art. 77: “Hay reincidencia cuando el culpado vuelve a cometer un delito después de haber cometido uno anterior por el que recibió sentencia condenatoria”. Se complementa esta definición con lo dispuesto en la norma del Art. 80 que establece ciertas reglas para considerar que ha operado la reincidencia. No es lo mismo un delincuente que por primera vez incurre en la comisión del delito, que aquel que ya tiene un largo historial delictivo. A éste la ley lo debe sancionar con mayor severidad.

Para Giuseppe Zanardelli, escritor, abogado y político italiano, la reincidencia es una cierta condición de agravamiento político del delito. Al respecto señala que “La circunstancia subjetiva de la especial perversidad del agente, se convierte en circunstancia objetiva del delito, haciendo crecer el temor ante el pernicioso ejemplo de su obstinado desprecio por la ley”.

La respuesta punitiva del Estado es muy limitada para los casos de delincuentes que son reiterativos en la consumación delictiva de actos criminales. Lamentablemente esos delincuentes no han sido sancionados ejemplarmente y con mayor rigor para advertirles de las consecuencias que entrañan para ellos el reincidir en conductas dolosas que perjudiquen al conjunto social.

Entonces, nos encontramos frente a un ordenamiento jurídico penal, que en cuestión de la reincidencia no es considerada para determinar el grado de

peligrosidad del imputado del delito, por lo que es necesaria una propuesta de reforma legal

## 2.1 ABSTRACT

The criminal boom in our country is overflowing all limits of tolerance. The punitive power of the State is also being affected by the constant outbursts of violence recorded daily.

Lack of confidence in the penal system and the constant disappointments suffered by the user of the justice system when they go to apply for their services is common. He realizes that little or nothing has changed and that corruption, slowness and incompetence of system operators and even the shortcomings of the same law, are evils that persist and affect him tremendously.

It is therefore important that efforts be made to make the penal reforms that protect the citizen, as an effective and practical contribution to the fight against criminal scourge way we support. For this to happen, I propose increasing penalties for repeat or habitual offenders as a means and instrument of social defense and foremost as a means of punitive response to those who have decided to break the rules of coexistence and transit through criminal ways recurrent and dangerous way. The criminal recidivism figure is legislated in several articles of the Penal Code. Thus, the criminal law expressly defines recidivism: Article 77: "There recidivism when blamed again commit an offense committed after

a previous one for which he received a conviction." This definition is complemented by the provisions of the rule of Article 80 which lays down rules to consider that has operated recidivism. Not the same as a first offender incurs the crime, and that he who has a long criminal record. To him the law should punish more severely.

To Giuseppe Zanardelli, writer, lawyer and politician Italian, recidivism is a certain condition worsening political crime. It states that "the opinion of the special circumstances of the agent perversity, becomes objective circumstances of the crime, growing fear of the pernicious example of his stubborn disregard for the law."

The punitive response of the State is limited to criminal cases that are repetitive in the criminal consummation of criminal acts. Unfortunately these offenders have been punished more severely exemplary and to warn them of the consequences they entail for backsliding in intentional conduct that may impair the social whole.

So we are facing a criminal law, which in a matter of recidivism is not considered in determining the degree of danger of the accused of the crime, so a proposal for legal reform is needed

### 3. INTRODUCCIÓN

La presente tesis titulada ***“REFORMA AL CÓDIGO PENAL Y PROCEDIMIENTO PENAL, EN RELACIÓN A LA REINCIDENCIA, COMO AGRAVANTE PARA TODO DELITO Y COMO CIRCUNSTANCIA A TOMARSE EN CUENTA PARA EL DICTAMEN DE MEDIDAS CAUTELARES Y CONCESIÓN DE REBAJA DE PENAS”***, ha sido realizada con el afán de afianzar a la reincidencia como una circunstancia agravante fundamental para ser tomada en cuenta tanto en la aplicación de medidas cautelares como en la concesión de rebaja de penas en el Ecuador.

La presente tesis se encuentra compuesta de una Revisión de Literatura, la cual realiza un estudio profundo y sistemático de la presente problemática con la realización del Marco Conceptual que realiza el estudio de varias definiciones inherentes al tema, el Marco Doctrinario, que realiza un estudio de las principales corrientes de los tratadistas del Derecho, culminando con el Marco Jurídico que trata del análisis de las disposiciones legales que tienen referencia con la reincidencia en el ámbito penal.

A continuación se presentan los materiales como los métodos utilizados, realizando después un análisis de los resultados de la investigación de campo, para luego realizar la discusión en donde se verifican cada uno de los objetivos planteados, se contrasta la hipótesis y se fundamenta la propuesta de reforma legal.

Finalmente se hacen constar las conclusiones a las que se llegaron, las recomendaciones que realizo y la propuesta de reforma legal al Código Penal y de Procedimiento Penal.



## 4. REVISIÓN DE LITERATURA

### 4.1 MARCO CONCEPTUAL

#### 4.1.1 DELITO

El jurisconsulto Francesco Carrara define al delito como "La infracción de la ley del estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".<sup>1</sup>

El jurista y criminólogo Raffaele Garofalo ve el delito desde el punto de vista natural o sociológico dice que el delito existe en la naturaleza y siempre ha sido así. Bajo esta premisa Garofalo define al delito como "El delito natural es una lesión en los sentimientos de piedad y probidad, según la medida media en que son poseídos por las razas superiores, medida que es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad".<sup>2</sup>

La Enciclopedia Jurídica señala respecto al delito que es "*parte capital del Derecho Penal y ha ocupado siempre un importante papel en su Parte General. Ello porque la adecuada construcción dogmática del mismo es esencial para la calidad científica del Derecho Penal, para la adecuada configuración de las garantías que éste ha de proporcionar en relación a los*

---

<sup>1</sup> <http://definicionlegal.blogspot.com/2012/03/concepto-de-delito.html>

<sup>2</sup> <http://definicionlegal.blogspot.com/2012/03/concepto-de-delito.html>

*derechos y a la seguridad jurídica de los ciudadanos y para el valor instrumental de la Parte General con respecto a la Especial. La teoría del delito recoge, de este modo, lo que de universal y común tienen las infracciones penales en particular y lo que los distingue de otros entes jurídicos.*<sup>3</sup>

#### **4.1.2 CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO**

Las circunstancias del delito son “acontecimientos que están presentes en la comisión del delito, que sin modificar la naturaleza del mismo influyen en la punibilidad ya sea agravándola o atenuándola. Del latín "circumstare", "circum", 'alrededor', "stare", 'estar'.”<sup>4</sup>

#### **4.1.3 CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES**

Las circunstancias atenuantes son acontecimientos que nos permiten disminuir la pena o suavizarla.

Las circunstancias atenuantes especiales son aquellos acontecimientos que disminuyen la pena en cada delito, si procede. Ej., se disminuye en el homicidio si es por emoción violenta de 10 a 6 años de reclusión. En otros casos se disminuye de una 3ra parte a la mitad, pero sólo hasta el mínimo

---

<sup>3</sup> <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/delito-concepto-y-clases/delito-concepto-y-clases.htm>

<sup>4</sup> <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/circunstancias-del-delito.html#sthash.CBB4Z8tP.dpuf>

legal. Se suavizan las penas de presidio a reclusión de la reclusión a la prestación de trabajo.

Son circunstancias atenuantes generales aquellos acontecimientos aplicables a todos los delitos y a la personalidad anterior y posterior del hecho que permite disminuir o suavizar las penas. Esos acontecimientos son: obrar por motivo honorable, miseria, obediencia o amenazas o cuando hubo comportamiento meritorio anterior al hecho o cuando se demostró arrepentimiento o el sujeto sea indígena sin instrucción y pueda comprobarse su ignorancia.

#### **4.1.4 CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES**

Circunstancias Agravantes. (Deriva del Latín "reincidere", caer.) Son cualificadores subjetivos que aumentan la pena. El homicidio puede agravarse si se mata con alevosía y ensañamiento con una pena de 20 a 30 años. La alevosía es el aseguramiento de la ejecución del delito sin riesgo para el autor. El ensañamiento es aumentar al mal del delito con otro mal innecesario o pagar un precio a otro para que ejecute el delito. La premeditación es la reflexión sobre las consecuencias del delito sobre sus pros y contras<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/circunstancias-del-delito.html#sthash.CBB4Z8tP.dp>

#### 4.1.5 CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES

“Son circunstancias eximentes de responsabilidad penal, aquellas que permiten que el delincuente no sea sancionado por la pena que la ley establece, sin perjuicio que el hecho constitutivo de delito se encuentre acreditado, la existencia de la circunstancia eximente de responsabilidad penal, hace que el delincuente no sea sancionado”<sup>6</sup>

“Circunstancia que libera de responsabilidad al autor de un delito penal. Entre las eximentes, algunas legislaciones incluyen la enajenación mental, la embriaguez no habitual ni buscada de propósito, la edad inferior a un mínimo determinado de años, la legítima defensa propia o de determinados parientes o, en ciertas condiciones, de un extraño; el estado de necesidad cuando concurren ciertos requisitos, la fuerza irresistible, el miedo insuperable de recibir un mal igual o mayor; la actuación en ejercicio legítimo de un deber, oficio o cargo, y la obediencia debida”<sup>7</sup>.

“Se denominan eximentes penales, a aquellas situaciones, condiciones o circunstancias, que de darse, hacen que quien haya cometido la conducta descrita en la figura delictiva, no resulte condenado por el hecho ilícito en cuestión, por quedar exento (liberado) de responsabilidad, al estar justificado

---

<sup>6</sup> [http://www.juicios.cl/dic300/EXIMENTES\\_DE\\_RESPONSABILIDAD\\_PENAL.htm](http://www.juicios.cl/dic300/EXIMENTES_DE_RESPONSABILIDAD_PENAL.htm)

<sup>7</sup> <http://www.definicion-de.es/eximente/>

su accionar o responder a desórdenes psíquicos que no le permitieron comprender lo que hacía.

Hay causales que eximen de responsabilidad penal por los rasgos particulares del sujeto, como ser menor de edad, haberlo cometido en estado de ebriedad o estar desequilibrado psíquicamente), lo que los hace directamente inimputables”<sup>8</sup>.

#### **4.1.6 REINCIDENCIA**

Para Cabanellas *“Reincidencia es la repetición de la misma falta, culpa o delito; insistencia en los mismos. Estrictamente hablando se dice que reincidencia es la comisión de igual o análogo delito por el reo ya condenado. Agrava la responsabilidad criminal por demostrar la peligrosidad del sujeto, la ineficacia o desprecio de la sanción y la tendencia a la habitualidad”*<sup>9</sup>

Según Eizeine, la reincidencia es “la realización de un nuevo delito, por el mismo agente después de haber sido condenado por otro anterior, cuya

---

<sup>8</sup> <http://derecho.laguia2000.com/derecho-penal/eximentes-penales>

<sup>9</sup> CABANELLAS, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. Tomo VII. Pág. 112. Buenos Aires Argentina.

pena se haya sufrido en todo o en parte y antes de haber transcurrido un determinado tiempo fijado por la ley”<sup>10</sup>.

Jiménez de Asúa considera que “la *reincidencia* constituye un concepto tendiente a desaparecer, para ser substituido por el de la *habitualidad*; y de ahí que no deba reputarse como circunstancia ni de agravación ni de atenuación de la pena; puesto que demuestra que el delincuente habitual es insensible a la sanción, y se mantiene en un estado de peligrosidad del cual hay que defenderse con medidas especiales. Ello lleva implícito algo más que una agravante: la eliminación o el encierro perpetuo”<sup>11</sup>.

#### **4.1.7 DICTAMEN**

Del latín dictamen, un dictamen es un juicio desarrollado o comunicado respecto a alguna cuestión. El término no tiene una utilización demasiado frecuente en el lenguaje cotidiano, sino que está más asociado al ámbito judicial o legislativo.

El dictamen, por lo tanto, puede ser una sentencia de carácter judicial que pronuncia un tribunal o un juez. De este modo, se da por finalizado una causa o un litigio. Lo que hace el dictamen es reconocer el derecho de

---

<sup>10</sup> EZAINE, Amado. Diccionario de Derecho Penal. Sexta Edición, Ediciones Jurídicas Lambayeque, Chiclayo-Perú, 1977.

<sup>11</sup> <http://www.derechocambiosocial.com/revista009/reincidencia.htm>

alguno de los intervinientes en el proceso, estableciendo la obligación a la otra parte de aceptar la resolución y respetarla.

En el caso del derecho penal, el dictamen establece la condena o brinda la absolución al acusado. Si éste es encontrado culpable, el dictamen establece el castigo adecuado según lo tipificado por la ley.

El dictamen, por lo tanto, puede ser condenatorio (el juez acepta las pretensiones de quien demanda) o absolutorio (el juez otorga la razón al acusado). Otra clasificación habla de dictamen firme (no acepta la interposición de recursos) y dictamen recurrible (es posible la interposición de recursos).<sup>12</sup>

#### **4.1.8 MEDIDA CAUTELAR**

Bajo este concepto se comprende una serie de sentencias tendientes a evitar la modificación de la situación de hecho existente al tiempo de deducirse la pretensión, o la desaparición de los bienes del deudor que aseguran el cumplimiento de la sentencia de condena que pueda recaer en éste o en otro proceso. Las medidas cautelares no se agotan en las que son materia de regulación específica, como el embargo preventivo, la inhibición general de bienes y anotación de la litis, el secuestro, etc., sino que son aún

---

<sup>12</sup> <http://definicion.de/dictamen/>

mayores las facultades del juez, que se extienden a otras medidas cautelares que se han dado en llamar innominadas.

Encuentran su fundamento en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el juicio y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al mismo, asegurando en forma preventiva el resultado práctico o la eficacia de la sentencia principal recaída en un proceso de conocimiento o de ejecución.

Más que a hacer justicia, está destinada a asegurar que la justicia alcance el cumplimiento eficaz de su cometido.

Son sus caracteres a) provisoriedad o interinidad, pues están supeditadas al transcurso del tiempo que transcurre desde que es dictada hasta la ejecución de la sentencia recaída en un proceso de conocimiento o de ejecución y b) mutabilidad o variabilidad en el sentido que pueden ser revocadas o modificadas siempre que sobrevengan circunstancias que así lo aconsejen.<sup>13</sup>

La necesidad de que existan medidas cautelares en el proceso penal viene dada por la combinación de dos factores: por un lado, todo proceso con las debidas garantías se desarrolla siguiendo unas normas de procedimiento por lo que tiene una duración temporal; y por otro, la actitud de la persona a la que afecta el proceso, que si es culpable o así se siente, su tendencia

---

<sup>13</sup> <http://todoelderecho.com/Apuntes/Civil/Apuntes/medidascautelares.htm>



natural le llevará a realizar actos que dificulten o impidan que el proceso penal cumpla su fin (hará desaparecer los datos que hagan referencia al hecho punible, se ocultará, etc.). Por ello, la Ley faculta al órgano jurisdiccional a que adopte determinadas precauciones para asegurar que puedan realizarse adecuadamente los diversos actos que conforman el proceso, y para que al término del mismo la sentencia que se dicte sea plenamente eficaz.

En consecuencia, podemos definir las medidas cautelares como aquel conjunto de actuaciones "encaminadas al aseguramiento del juicio y a la efectividad de la sentencia que se dicte"<sup>14</sup>.

#### **4.1.9 REBAJA DE PENA**

La rebaja de pena Atraves de un sistema de rehabilitación que se encuentran vigentes permite a las personas privadas de libertad que tengan acceso a una reducción de la condena que cumplen hasta en un 50%, excepto para quienes para quienes cometieren delitos como plagio, asesinato, delitos sexuales, trata de personas, crímenes de genocidios, de lesa humanidad, guerra y agresión.

Esta rebaja se realizara mediante valoraciones de las actividades que realizan los privados de libertad.

---

<sup>14</sup> <http://todoelderecho.com/Apuntes/Civil/Apuntes/medidascautelares.htm>

Es decir que la disciplina, la voluntad de cambio, el trabajo dentro de los centros carcelarios y los procesos educativos que lleve adelante, son los principales que se toman en cuenta

## **4.2. MARCO DOCTRINARIO**

### **4.2.1 PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS**

Si bien la principal función del derecho penal es la de limitar el ejercicio del poder punitivo del Estado, y de hecho de esa forma nace el derecho penal moderno, no se puede desconocer que en ciertas ocasiones la ley penal sirve para proteger bienes jurídicos, pues si se atiende a los fines utilitarios de la pena, la prevención general, los ciudadanos se abstendrán de incurrir en determinadas conductas por el temor a ser condenados penalmente.

No cabe el menor análisis, esto no aplica como regla general, ya que las organizaciones criminales o incluso los delincuentes circunstanciales, no dejan de delinquir por la existencia o no del delito o el aumento de las penas. Pero sí, en cambio, puede servir como una forma de disuasión en delitos tributarios, de tránsito o el de la no afiliación de los trabajadores a la seguridad social.

En función de la teoría del origen contractualista, los Estados tienen la potestad de castigar a fin de mantener la convivencia en sociedad; sin embargo es imprescindible imponer límites a la potestad puniendi a través de un programa penal que establezca de manera clara y racionalmente justificada cuándo prohibir y cuándo y cómo castigar.

#### 4.2.2 GARANTISMO PENAL

Como decía en líneas anteriores, el Garantismo penal no es una teoría vanguardista, por el contrario, el derecho penal moderno nace con César Beccaria bajo este concepto, con el fin de garantizar el derecho de los ciudadanos y limitar el derecho de castigar de los Estados.

Ya en nuestros días el César Beccaria moderno, el italiano Luigi Ferrajoli, sintetizó de una manera excepcional el régimen penal necesario (no suficiente) para imponer una sanción en un Estado social y democrático de derecho. En su obra “Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal” dice que el Garantismo penal, es una teoría de legitimación o deslegitimación del derecho penal; en resumen, desarrolla un sistema que busca la racionalización del poder punitivo<sup>15</sup>

Su extensa obra Derecho y razón, se sintetiza en lo que él llama “los axiomas del garantismo”, que es un modelo de principios y garantías que designan una condición necesaria, no suficiente, para la atribución de responsabilidad penal y la imposición de una pena.

---

<sup>15</sup> Luigi Ferrajoli, Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal, Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 852.

De esta forma Ferrajoli se refiere a los sistemas penales como tendencialmente mínimos y previsibles, o tendencialmente máximos e imprevisibles. No existe un sistema penal que sea o absolutamente garantista o autoritario, sino que estos conviven en la legislación y en los sistemas de justicia de cada país, y el reto está precisamente en darle legitimidad al sistema penal, pues como dice Clause Roxin “el derecho penal es el sismógrafo de la Constitución”<sup>16</sup>, y ya hemos visto que cuando el sistema penal autoritario es el que predomina, se producen las grandes violaciones a los derechos humanos.<sup>17</sup>

#### **4.2.3 Historia del Delito**

Para Hegel el espíritu es un principio activo que pasa por tres estados: el subjetivo, el objetivo y el absoluto. Ubica al derecho en el momento del espíritu objetivo, como la relación entre dos personas que son libres porque al superar el momento subjetivo alcanzaron la autoconciencia.

Como no puede haber conducta sin relevancia jurídica si no importa una relación entre libertades, para averiguar si algo es delito, lo primero que habrá que hacer será averiguar si el agente era libre, es decir, si era imputable.

---

<sup>16</sup> Luigi Ferrajoli, Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal... p. 93.

<sup>17</sup> Clause Roxin, Derecho Procesal Constitucional, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 10.

Por eso, la teoría del delito de los hegelianos comenzaba con una investigación acerca del autor para pasar luego al hecho, sólo en caso de verificarse que éste era libre. El criterio sistemático, por ende, era el subjetivo / objetivo.

Esto traía una serie de dificultades sistemáticas, pero sobre todo no era práctico, porque exigía un dispendio de esfuerzo, quien pretendía resolver un caso debía comenzar por averiguar la capacidad del autor antes de saber si había un conflicto lesivo que imputarle<sup>18</sup>.

Los autores hegelianos fueron Kôstlin, Abegg, Hâlscher y Berner en Alemania y Enrico Pessina en Italia, todos del siglo XIX. Desde ese tiempo esta sistemática fue abandonada. Nunca se la sostuvo en América Latina.

Siguiendo la primaria clasificación de caracteres que surge cada vez que se trata de analizar un fenómeno humano, la mayoría de la doctrina se inclinó por separar lo objetivo de lo subjetivo (criterio objetivo/subjetivo). Siguiendo esta línea, von Liszt fue el autor de la teoría dominante de fines de siglo XIX y comienzos del XX; el delito era un acto antijurídico (injusto), culpable y punible.

El injusto era lo objetivo y la culpabilidad lo subjetivo. Toda la teoría pretendía ser descriptiva, o sea que descomponía el delito en características verificables en la realidad.

---

<sup>18</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Segunda Edición. Año 2006. Buenos Aires – Argentina Pág. 300 – 302.

La conducta, acción o acto, era un hacer voluntario porque, a diferencia del acto reflejo, respondía a una inervación muscular y ponía en marcha una causalidad que mecánicamente producía el resultado.

El injusto era causación física del resultado socialmente dañoso y la culpabilidad era la causación psíquica de ese mismo resultado, que podía asumir la forma de dolo (cuando se quería causar el resultado antijurídico) o de culpa (cuando sobrevénía como consecuencia de negligencia).

Como dentro del injusto no se distinguía la tipicidad de la antijuricidad, había muchas conductas antijurídicas y culpables que no eran delitos. Para evitar esta insuficiente caracterización del delito era necesario agregar otro requisito, que era la punibilidad.

Desde el punto de vista práctico seguía siendo un esfuerzo inútil analizar todos los caracteres del delito y solo por último toda una casa y esperar hasta llegar a la terraza para averiguar si es la que se debía pintar.

Debido a la dificultad que presentaba esperar hasta la punibilidad para saber si interesaba el hecho como posible delito, sin alterar en nada el esquema objetivo/subjetivo, Beling enunció en 1906 su teoría del tipo, con la que, dentro del injusto (siempre considerado objetivo) distinguió entre la tipicidad y la antijuricidad).

De este modo la prohibición pasó a ser sólo la de causar el resultado típico, en tanto que la antijuricidad era el choque de la causación de ese resultado

con el orden jurídico, que se comprobaba mediante la ausencia de todo permiso para causarlo.

A partir de esta cesura el delito pasó a ser una conducta (acción o acto) típica, antijurídica (injusto objetivo) y culpable (algunos siguieron conservando la punibilidad dentro de la teoría del delito, pero sin la función que tenía antes de Beling).

La teoría del delito conforme a esta sistemática así modificada se conoce como sistema de Liszt – Beling. No tiene sostenedores actuales.

Los neokantianos produjeron dos sistemáticas del delito: la de Mezger y la de von Weber. Con Mezger alcanzó su mayor desarrollo la corriente que apuntalaba el esquema objetivo/subjetivo con argumentos valorativos. Weber abandonó ese esquema.

Para Mezger la conducta era un concepto jurídico – penal con una voluntad sin contenido o finalidad y el delito violaba dos normas: una de prohibición y otra de determinación. La primera se dirigía a la generalidad, la segunda era personalizada. El injusto comprobaba la violación de la norma de prohibición: la culpabilidad de la norma de determinación.

El tipo seguía siendo objetivo (aunque emparchado con elementos subjetivos cuando con los objetivos no alcanzaba para verificar la tipicidad).

El dolo y la culpa (la voluntad de producir el resultado y la negligencia) seguían siendo elementos de la culpabilidad y esta era extendida siempre normativamente, aunque al igual que en Frank el reproche contenía el objeto



reprochado, que era precisamente la voluntad de producir el resultado o la negligencia (dolo o culpa).<sup>19</sup>

#### **4.2.4 PRINCIPIOS QUE DEBEN REGIR EN EL PROCEDIMIENTO PENAL**

##### **Publicidad**

El Art. 168.5 de la Constitución establece que salvo los casos expresamente señalados por la ley, los juicios serán públicos. Toda restricción a esta libertad es contradictoria con la publicidad de las audiencias, sin perjuicio de ciertas excepciones básicamente vinculadas a la seguridad y al adecuado desarrollo.

La publicidad se considera una garantía de la justicia en cuanto permite que la colectividad controle su administración, al tiempo que ofrece a las partes un entorno adecuado para el pleno ejercicio de sus derechos, principio que también está consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos entre las garantías judiciales mínimas. El juicio debe realizarse en presencia de la comunidad, toda persona tiene derecho a presenciar el juicio y observar de qué manera jueces y abogados ejercen su labor dentro del tribunal, principio que puede tornarse en un peligro o desventaja cuando el procesado es desprestigiado por el solo hecho del procesamiento, cuya difusión pública en los protagonistas del proceso a buscar un lucimiento con

---

<sup>19</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Segunda Edición. Año 2006. Buenos Aires – Argentina Pág. 300 – 302.

desmedro de la eficacia de su papel procesal, la posibilidad de que se busque la publicidad del proceso como un fin en sí, desvirtuando su naturaleza, abusando del derecho y burlando el derecho material, resultando violentado el principio de presunción de inocencia.

Con respecto a este principio el Art. 14 numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos admite expresamente que la prensa y el público puedan ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios, cuando dice “por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las personas o en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto, la publicidad pudiere perjudicar a los intereses de la justicia”. Nuestra legislación prohíbe la transmisión de las diligencias judiciales por los medios de comunicación, así como su grabación por personas ajenas a las partes y a sus defensores<sup>20</sup>.

Propiamente no se trata de una reserva sobre la información, sino de una limitación sobre el empleo de ciertos medios para difundirla, se ve claramente en ella la intención de preservar la majestad del recinto judicial y el normal decurso de actos procesales.

La ley procesal contempla tres situaciones de excepción al principio de publicidad:

---

<sup>20</sup> Edward, Carlos Enrique. Garantías Constitucionales en Materia Penal. Ed. Astrea, Buenos Aires-Argentina

- a). la reserva durante la indagación previa, sin afectar el derecho a la defensa;
- b) En los delitos contra la seguridad del Estado y de los delitos sexuales; y,
- c) La prohibición a los jueces o magistrados hacer declaraciones públicas o privadas a los medios de comunicación social antes del fallo dictado en una causa sometida a su resolución

Es una garantía constitucional que dispone al porgado judicial el deber, para que los jueces desempeñen su actividad procesal en un ámbito de publicidad y transparencia y dar a conocer las actuaciones realizadas en el proceso.

Exige que las actuaciones de un proceso penal sean públicas para el procesado e incluso para la sociedad. De este modo, la publicidad es una característica de los procesos modernos, y constituye una superación del secreto de los procedimientos inquisitivos, que llegó al extremo de guardar reserva frente al inculpado sobre los actos y actuaciones del proceso. Los juicios deben ser públicos porque no puede existir credibilidad en la justicia si el trámite de los expedientes es realizado a puertas cerradas.

Para la doctrina existen dos clases de publicidad, una interna cuando corresponde a las partes de un proceso y una externa en lo referente a que es el derecho de los ciudadanos de conocer las etapas fundamentales del proceso.

Publicidad interna: se refiere a que las partes conozcan todos los actos llevados a cabo por el juez en el proceso. Así, por ejemplo, el demandado no se entera de manera directa de la demanda sino que se entera de ella mediante la notificación del auto que la admite. Es por esto que la publicación se cumple mediante la notificación de la providencia.

Publicidad externa: es la posibilidad de que personas extrañas al proceso sepan lo que está ocurriendo en el mismo y presencien la realización de determinada diligencia. Ejemplo: la audiencia pública de juzgamiento, en materia penal, y la recepción de pruebas, en el área civil y laboral.

Con esta garantía se asegura la transparencia de las decisiones judiciales, pues así estarán sometidas a un control popular. La publicidad tiende a asegurar la defensa en su sentido más amplio.

### **Juicio previo**

El Código de procedimiento penal establece que la condena a de ser la consecuencia de un juicio, es decir de un proceso dentro del cual hayan sido probados los hechos y declarada la responsabilidad del imputado, se concreta, desde la perspectiva de los intereses de éste, en un derecho al juicio rodeado de ciertas características que se concretan bajo la forma de garantías procesales consideradas indispensables por la Constitución y los Instrumentos Internacionales en materia de derechos humanos, entre estas

características están las siguientes garantías que han sido ya invocadas en líneas anteriores.

- El derecho a un juicio sin dilaciones:
- El derecho a un Tribunal independiente e imparcial
- Derecho a no ser distraído de su juez natural
- El derecho a una tutela judicial efectiva
- Non bis in ídem
- El derecho a una instancia plural
- La prohibición de la reformatio in pejus

### **Juez natural**

El Principio de Juez Natural, funciona como un instrumento necesario de la imparcialidad y como una garantía frente a la posible arbitrariedad de la actuación del poder penal del Estado en perjuicio del acusado que podría facilitarse mediante la asignación posterior al momento del acaecimiento del hecho que se le imputa, de un juez especialmente designado, no para juzgarlo imparcialmente (es decir, libre de mandatos políticos, de prejuicios o de presiones sobre el caso), sino para perjudicarlo.

El Órgano Judicial debe presentar 4 caracteres indispensables:

- a) Competencia o la aptitud que la ley le confiere para ejercer su jurisdicción en un caso concreto.
- b) Independencia, implica que no se encuentre subordinado a ninguna de las partes del proceso.
- c) Imparcialidad, el Juez es un tercero neutral para decidir el proceso con objetividad; y
- d) Estar establecido con anterioridad por la Ley, debe haber sido designado previamente al hecho que motiva el proceso, de acuerdo al mecanismo constitucional para su nombramiento.

Este derecho al Juez legal encierra una doble garantía, por un lado, para el justiciable a quien se le asegura que en momento alguno podrá ser juzgado por un órgano distinto de los que integran la jurisdicción, y por otro lado, constituye una garantía propia de la jurisdicción, pues impide que el Poder Ejecutivo disponga a su antojo la constitución y funcionamiento de los tribunales.

El derecho a un Juez legal o predeterminado por la ley comprende:

- Que el órgano judicial haya sido creado previamente, respetando la reserva de ley de la materia. Existe la imposibilidad de constituirlo post factum.
- Que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador del proceso judicial.

- Que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle como un Juez adhoc o excepcional. Prohibición de jueces extraordinarios o especiales.
- Que la composición del órgano judicial venga determinado por ley, siguiéndose en cada caso concreto los procedimientos legalmente establecidos para la designación de sus miembros.

Mientras la preconstitución legal del Juez y la inalterabilidad de las competencias, son garantías de imparcialidad, la prohibición de Jueces especiales y extraordinarios es, sobre todo, una garantía de igualdad, que satisface el derecho de todos a tener los mismos Jueces y los mismos procesos. Así pues, ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación<sup>21</sup>.

Establece que un Juez ha sido nombrado por la forma prevista por la constitución, está facultado para resolver un proceso penal; empero está prohibido ejercer función jurisdiccional si no tiene competencia emanada de la Ley, para conocer de procesos penales.

---

<sup>21</sup> Consejo Nacional de la Judicatura, Estado Social de Derecho. Escuela Judicial, Módulo 1 Penal

## **Imparcialidad e independencia**

Actualmente el principio de independencia judicial se encuentra establecido en el numeral 1 del Art. 168 de la Constitución según el cual los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conlleva responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley.

La imparcialidad se expresa en la necesidad de que un juez se encuentre en un estado completamente libre de compromisos para con alguna de las partes en disputa respecto del conflicto que debe ser resultado. El juez en el desempeño de su rol es el protector legítimamente constituido de los derechos individuales y sociales, de allí la importancia que sea, parezca y le dejen ser imparcial, en tanto que mientras el resultado del trabajo judicial sea predecible para el pueblo, pues el caso, la norma jurídica y lo actuado llevan a una necesaria resolución que no requiere esfuerzo, y el desarrollo de la gestión judicial sea transparente atento el comportamiento personal y profesional de la autoridad judicial, se generará credibilidad social en el Poder Judicial. Al interferirse en la independencia judicial se afecta a todo el Poder Judicial por no ser el juez presionado el único que cae en descrédito sino la Función toda, ya que no se realiza operaciones de separación entre el ente y el organismo, generaliza la actitud al conocer el resultado parcializado y con tal distorsión se pierde la confianza pública afectándose gravemente el sistema democrático. Este principio guarda armonía o relación con el de independencia judicial en la que se destacan como complementos al respeto institucional: la garantía de estabilidad de los



cargos; las remuneraciones proporcionadas a la responsabilidad del cargo; y, el prestigio profesional. El principio de imparcialidad de la actividad judicial debe desarrollarse sin discriminaciones; pues constituye un corolario del principio de igualdad, en aplicación del cual, frente a circunstancias iguales o equiparables, la Justicia debe adoptar comportamientos idénticos. Expresión práctica de ese principio es la exigencia de concursos abiertos, para el ingreso a la función Judicial<sup>22</sup>.

Asimismo, la imparcialidad constituye un corolario del principio de transparencia de la actuación judicial, en cuanto control democrático de los ciudadanos, sobre la acción de la misma. La violación del principio de imparcialidad conduce a la ilegitimidad del acto, bajo el perfil del exceso de poder, por ausencia de una ponderada comparación entre los diversos intereses, públicos y privados, sobre los que el acto incide.

Con el principio de imparcialidad no se trata de establecer o asegurar que la Administración no se constituya en parte de las actuaciones judiciales; sino lo que se garantice, es la independencia de la administración de influencias políticas de todo tipo; o sea que se trata de asegurar la independencia de la Administración de la acción de partidos políticos, tendencias ideológicas, grupos de presión, etc.

La imparcialidad e independencia judicial en materia penal es el derecho del procesado a ser juzgado por jueces imparciales, está consagrado en

---

<sup>22</sup> Consejo Nacional de la Judicatura, Estado Social de Derecho. Escuela Judicial, Módulo 1 Penal

diversos tratados internacionales y es reconocido como constitutivo de la jurisdicción, ya que la misma esencia de la jurisdicción supone que el titular de la potestad jurisdiccional no puede ser, al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión.

En toda actuación del derecho por la jurisdicción han de existir dos partes enfrentadas entre sí, que acuden a un tercero imparcial que es el titular de las potestades, es decir, el Juez. Esta calidad de no parte ha sido denominada imparcialidad. Por consiguiente, este derecho a la imparcialidad del juzgador es una exigencia de la administración de justicia.

La condición de tercero es uno de los requisitos básicos, estructurales que debe cumplir cualquier Juez para ser considerado como tal. La imparcialidad es exigencia ineludible para desempeñar un papel supra partes como corresponde al Juez en esta fórmula heterocompositiva de resolución de conflictos.

La imparcialidad es la condición de tercero del juzgador, es decir, de no ser parte, ni estar involucrado con los intereses de ésta, ni comprometido con sus posiciones; y la actitud de mantener durante el proceso la misma distancia de la hipótesis defensiva, hasta el acto mismo de la sentencia.

La imparcialidad del juzgador se compone de elementos subjetivos y objetivos.

La imparcialidad subjetiva del Juez en el caso concreto se presume mientras no se pruebe lo contrario. A diferencia de ella, la imparcialidad objetiva exige

que el Tribunal o Juez ofrezcan las suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso. Esta imparcialidad objetiva es la que mayores problemas ha traído en su interpretación, pues para muchos juristas la imparcialidad siempre es subjetiva.

En la concepción del Estado Constitucional de Derechos se requiere mucho más, es decir que la independencia del Juez en este contexto, no sólo se exige frente a las partes y a las injerencias de los otros poderes, sino que se exige una independencia frente al sentido político del ordenamiento, o sea que sólo con la facultad de situarse al margen de valoraciones y ponderaciones que realizan los poderes políticos con potestad normativa, es posible apreciar su posible desviación o ilegitimidad respecto de la Constitución.

La independencia del Juez significa además que su accionar sólo está sometido a la Constitución, a la Ley y a su criterio de conciencia. Esto ocurre porque el Poder Judicial en esencia, tiene una función de equilibrio entre los otros poderes y está facultado para controlar y limitar el ejercicio del poder del Estado, por ello se le otorga la facultad de control constitucional difuso, como consecuencia de reconocer la supremacía de la Constitución sobre las demás normas legales.

Finalmente, la independencia jurisdiccional de los Jueces implica que ninguna autoridad, ni siquiera los jueces de instancias superiores pueden

interferir en su actuación. Y el otro pilar en que se basa la independencia judicial lo constituye la elección de los magistrados mediante un procedimiento transparente y por un órgano no político y autónomo.

### **Plazo razonable y celeridad**

También conocido como el derecho a un procedimiento sin dilaciones o demoras indebidas. Implica la obligación de los jueces de actuar en un plazo razonable o de reconocer la demora y restablecer inmediatamente el derecho a la libertad. Es un derecho que asiste a todos los sujetos procesales además del imputado aunque se pone más celo en su vigencia en el supuesto de la privación de libertad. Es un derecho autónomo respecto del derecho a la tutela jurisdiccional y su violación implica el derecho de resarcimiento indemnizatorio por el "funcionamiento anormal de la justicia" o por "error judicial".

El reproche judicial viene ya viciado por extemporáneo aunque la garantía no se identifica con el mero incumplimiento de plazos sino tiene que evaluarse en función de cada caso concreto, pues aparte del incumplimiento de éstos, ese retardo o dilación debe ser indebido, lo que para ser evaluado deberá tomar en cuenta la complejidad del asunto, el comportamiento del agente y la actitud del órgano judicial.

El proceso penal debe realizarse dentro de un plazo razonable a fin de que se resuelva la situación procesal del imputado, quien tiene derecho a

obtener un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre y de innegable restricción a la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.

Este principio tiene relación con el principio de celeridad procesal que consiste en que antes de formalizar la denuncia penal, se debe corroborar que se ha individualizado al presunto autor, que el delito no ha prescrito y que exista un nexo entre el delito y el agente, además de cumplir con el plazo previsto en la instrucción y realizar la audiencia en el menor número de sesiones, sin vulnerar los demás principios. Si bien es cierto el principio de celeridad procesal resulta de importante aplicación en los procesos judiciales, especialmente en los procesos penales, esto no puede entenderse que este principio deba ser interpretado sin tener en cuenta el principio de dignidad humana

### **Oportunidad**

Se denomina así al reconocimiento de poderes discrecionales a la Fiscalía para decidir sobre la conveniencia o no de ejercitar la acción en un caso concreto. En este sentido se contrapone al principio de legalidad, en cuya virtud el Fiscal que conoce que se ha cometido un delito tiene la obligación de actuar con prescindencia de cualquier consideración relativa a las posibilidades reales de prueba o a la poca significación sobre el hecho.

Engloba en realidad dos dimensiones cualitativamente distintas: la apreciación de las posibilidades de prueba (oportunidad técnica) y la consideración de factores relativos a la conveniencia social de procedimiento

(oportunidad plena), si la determinación de estos factores está librada a la apreciación del Fiscal, se hablará de oportunidad discrecional y si tales factores están expresamente señalados en la ley, se tratará de una oportunidad reglada. Al respecto el Art. 195 de la Constitución en su primer inciso asigna el papel que le corresponde en el proceso penal, expresando el principio de oportunidad técnica en el ejercicio de la acción penal.

Si la constitución exige que el fiscal, para acusar, debe hacerlo con fundamento y después de haber investigado, quiere decir que no considera suficiente para el ejercicio de la acción penal a la sola noticia criminis, allí se expresa el principio de oportunidad técnica que es la base del sistema acusatorio.

El fiscal tiene la discrecionalidad para resolver si se inicia o no la etapa de instrucción y la discrecionalidad para acusar o pedir el sobreseimiento que le hace depender exclusivamente del mérito para promover juicio contra el acusado. Adicionalmente para el ejercicio de esta discrecionalidad la fiscalía observará necesariamente los principios generales impuestos por la Constitución existiendo algunos que limitan su ejercicio como son el de proporcionalidad e igualdad, siendo indispensable la intervención judicial cuando la víctima cuestione la abstención o cuando el procesado considere que determinadas obligaciones o lineamientos reparatorios son desproporcionados.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Wray Alberto, Los principios Constitucionales del Proceso Penal

Todos los casos que se llevan a conocimiento de la fiscalía para que sean investigados y posteriormente acusados ante los jueces de garantías, requieren del Estado una gran inversión en tiempo, dinero, esfuerzos por parte de los operadores de justicia, fiscales, policías, defensores públicos. Pero no todos los problemas tienen el mismo grado de interés para la sociedad, bien sea por el daño causado o por el peligro corrido o por la alarma que han generado, no para todas las infracciones existe el mismo beneficio social en su sanción, de allí viene la posibilidad de desistir de la facultad de procesar o de continuar con el proceso iniciado porque no se halla beneficio en iniciar el proceso o en mantenerlo, su fundamento no es la impunidad sino el dedicar los medios investigativos y de persecución procesal con los que cuentan los operadores de justicia a descubrir y procesar delitos y delincuentes que han irrogado perjuicio o han causado peligros de trascendencia para el convivir social. Principio que ha sido recogido como principio de procedimiento penal pero con restricciones.

### **Contradicción**

El Art. 168. 5 de la Constitución señala explícitamente que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo, principio reconocido en el ordenamiento procesal penal para conocer y controvertir las pruebas. En un entorno de juego justo, el juicio implica que las partes puedan realizar toda la actividad que esté a su alcance para controvertir el caso de la contraparte y presentar su propio caso. Uno de los logros más fundamentales del modelo

acusatorio es que la contradictoriedad de la prueba unida a la inmediación de los jueces, va a producir información de mejor calidad para resolver el caso.

En el ámbito de la litigación en juicios orales, la contradicción de las pruebas exige técnicas y destrezas muy específicas cuyas posibilidades deben ser salvaguardadas a nivel normativo. Si la Constitución declara contradictoriedad como un valor fundamental del sistema, entonces no cualquier intervención de las partes respecto de la prueba presentada, basta para dar por satisfecho este principio,

### **Igualdad de armas**

En virtud de este principio todas las personas gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades. La igualdad no significa las diferencias inherentes al distinto papel que cada sujeto procesal están en la obligación de cumplir, así tenemos que atribuir la carga de la prueba a la acusación particular, no constituye discriminación, sino consecuencia inevitable del estado de inocencia que goza toda persona que está siendo investigada o procesada, lo que se pretende es que las partes procesales litiguen en igualdad de condiciones disponiendo oportunidades similares para sustentar y defender sus tesis. Al respecto el tratadista César San Martín Castro en su obra de Derecho Procesal Penal dice “que ambas partes procesales, gocen de los medios de ataque y de defensa y de la igualdad de armas para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, cuya vulneración produce indefensión”, de allí que la igualdad entre los sujetos procesales sea todavía



necesaria en el proceso oral, cuya esencia y eficacia residen, en su carácter contradictorio, siendo determinante el papel del juez en cuanto a precautelar la igualdad procesal, amenazada de ordinario, no por un tratamiento desigual en la ley, cuanto en los hechos, es decir, en el decurso mismo del proceso, cuyas existencias pueden crear situaciones de ventajas indebidas a favor de alguna de las partes.

Esta garantía, condiciona estructuralmente el proceso, conjuntamente con el principio de contradicción. Una contradicción efectiva en el proceso y la configuración de parte que se da a los sujetos del proceso, exige desde la ley fundamental que tanto la acusación como la defensa actúen en igualdad de condiciones; es decir, dispongan de iguales derechos procesales, de oportunidades y posibilidades similares para sostener y fundamentar lo que cada cual estime conveniente. La igualdad procesal se encuentra íntimamente relacionada con el derecho de defensa y la posibilidad de contradecir, lo que impone que exista una paridad entre las partes.

Este derecho tiene por objeto evitar una situación de privilegio o supremacía de una de las partes, garantizando así la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del actor y del demandado en la alegación y pruebas de los hechos controvertidos para lograr la plenitud del estado probatorio

### **No auto incriminación**

Toda persona que está siendo acusada de un crimen, no está obligada a testificar. La libertad a no atestiguar es parte de su privilegio contra autoincriminación. El privilegio significa que quien está siendo imputado o

procesado puede testificar si lo desea, pero no tiene que ser llamado como testigo contra su propia voluntad en su propio juicio. El privilegio también quiere decir que si no testifica, el Juez o Tribunal no podrá tomar la acción contra el investigado. A los juzgadores no le es permitido que supongan que porque el acusado no testifique, él o ella probablemente sean culpables.

Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal, pero si esa declaración es voluntaria será considerada como prueba válida.

### **Derecho a la libertad personal**

La libertad como comprensiva de las libertades concretas referidas a las distintas manifestaciones de la personalidad es uno de los derechos que el estado garantiza a toda persona. La constitución regula los casos y la forma en que puede ser limitada la libertad cuando dice en su Art. 77.1 que “La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinte y cuatro horas<sup>24</sup>”.

---

<sup>24</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 77.1

Como limitación a la libertad el mismo procedimiento penal establece la pena como culminación de un proceso y la medida cautelar personal que son la detención (con propósitos investigativos que no puede exceder de 24 horas) que de acuerdo a la norma constitucional antes invocada es inconstitucional y la prisión preventiva (se aplica antes de que exista sentencia firme y constituye por lo mismo una excepción al derecho a la libertad durante el proceso).

Aunque se persiga alguno de los objetivos procesales señalados, la prisión preventiva no podrá adoptarse sino de manera excepcional, es decir cuando no haya otra alternativa procurando siempre ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, para esto el Código de Procedimiento Penal en el Art. 160 ha establecido once medidas que sin bien son restrictivas de la libertad no son privativas de la libertad. Esta es una consecuencia del derecho a la libertad durante el proceso.

Para asegurar el cumplimiento de los objetivos procesales sin sacrificar excesiva e innecesariamente el bien superior de la libertad los sistemas procesales han establecido las medidas alternativas, medidas que se aplican no de acuerdo a las circunstancias estrictamente procesales relativas a la condición personal del procesado sino de la gravedad del delito, como lo invoca el Art. 171 de la ley procesal.

Como garantías del derecho a la libertad personal constan las siguientes:

- 1.- Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales;
- 2.- Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por la Constitución o por las leyes dictadas conforme a ellas:
- 3.- Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios:
- 4.- Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
- 5.- Toda persona detenida o retenida debe ser llevada sin demora, ante un juez o jueza y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad sin perjuicio de que se continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio:
- 6.- Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente a fin de que se decida sobre la legalidad de su arresto o detención a fin de que ordene su libertad si ésta ha sido ilegal
- 7.- Se prohíbe la detención por deudas, este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios

## **Excepcionalidad**

Este principio es una consecuencia del derecho a la libertad, porque aunque se persiga alguno de los objetivos procesales señalados, la prisión preventiva debe adoptarse de manera excepcional, es decir cuando no haya otra alternativa o remedio adecuados al propósito procesal y la consecución de éste se vea realmente amenazada, así lo dispone nuestra Constitución y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 77.1 y 9, respectivamente es una consecuencia del derecho a la libertad durante el proceso, para asegurar el cumplimiento de los objetivos procesales sin sacrificar excesiva o innecesariamente el bien superior de la libertad.

Los sistemas procesales han establecidos medidas alternativas, conforme lo establece el Código de Procedimiento Penal en sus artículo 160 cuando señala las medidas cautelares de carácter personal y el Art. 171 la sustitución de la prisión preventiva para algunas personas de mayor vulnerabilidad, como el arresto domiciliario cuando la persona procesada sea mayor de sesenta años o para una mujer embarazada o parturienta hasta noventa días después del parto, cuando tenga una enfermedades considerada catastróficas y personas con capacidades especiales, la obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad judicial, prohibición de salir del país, de la localidad en la que vive o del ámbito territorial que el juez señale.

#### **4.2.5 SISTEMA DE REBAJA DE PENAS**

El sistema de rebaja de penas por meritos se encuentra en vigencia desde julio de 2008, mediante una reforma al Código de Ejecución de Penas que introdujo en la Asamblea Constituyente de Montecristi.

Antiguamente la reducción de la pena se realizaba de la siguiente manera 180 días por cada quinquenio cumplido por los privados de libertad, mismo que se encontraba vigente desde septiembre de 2001 el que a su vez remplazo al conocido 2x1 que consistía en rebajar 180 días automáticos por cada año de prisión cumplido.

Son los directores de los departamentos de diagnóstico, quienes envían los informes de las actividades que realiza el interno, los cuales sirven como base para poder establecer los porcentajes de rebaja de penas que pueden oscilar entre el 1% y el 50%.

La rebaja de penas vigentes desde el 2008, se otorga a quienes tengan pagada en un 60% su pena y deben cumplir también con requisitos tales como buen comportamiento, participación en programas de rehabilitación y que además no deberán otros procesos pendientes

Por ejemplo, quienes participen en procesos culturales, educativos, recreacionales y deportivos se benefician con el 30% de rebaja.

Por el desempeño laboral se otorga el 30% y el de convivencia el 20%. Finalmente, para procesos de salud física, mental y tratamiento de adicciones se fija el 20%.

#### **4.2.6 REINCIDENCIA COMO CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE**

La doctrina señala que se castiga la reincidencia por la inclinación de una persona a cometer nuevos delitos.

Para la escuela clásica la pena no ha sido suficiente, por lo tanto hay que aumentar la pena para los delitos posteriores, pues la reincidencia es efecto de que existan penas cortas al momento de condenar a los infractores, lo que causa que el delincuente primario sufra el contagio criminal.

En el Derecho Penal de un Estado constitucional de Derechos y justicia, la reincidencia sólo puede hallar su fundamento en una mayor gravedad de la culpabilidad, pues el sujeto actúa no sólo con un conocimiento seguro de la antijuridicidad, sino también de la punibilidad de su conducta.

en unos casos se fundamenta en la mayor peligrosidad del sujeto, mientras que en otros casos se los hace en una mayor culpabilidad, pero en todo caso la reincidencia supone generalmente una mayor gravedad de la culpabilidad esto porque el grado de la culpabilidad suele ser mayor.

La doctrina señala, que el reproche puede fundarse en que el sujeto tuvo la posibilidad de motivarse en ellas, no cometiendo un nuevo delito y no obstante lo volvió a hacer.

Serrano Gómez señala que la jurisprudencia para justificar la reincidencia se fundamenta en los siguientes parámetros: mayor peligrosidad, mayor culpabilidad, mayor culpabilidad y mayor peligrosidad, mayor perversidad, y

suficiencia de la pena anterior, habitualidad, hábito criminoso, consideración criminológica, social, peligrosidad, hábito criminógeno y no recuperabilidad social.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> <http://derechoecuador/> García Falconi/ La Reincidencia Penal



## 4.3 MARCO JURIDICO

### 4.3.1 CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

El Art. 3 de la Constitución establece:

*“Son deberes primordiales del Estado:*

- 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.*
- 2. Garantizar y defender la soberanía nacional.*
- 3. Fortalecer la unidad nacional en la diversidad.*
- 4. Garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico.*
- 5. Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza para acceder al buen vivir.*
- 6. Promover el desarrollo equitativo y solidario de todo el territorio mediante el fortalecimiento del proceso de autonomía y de centralización.*
- 7. Proteger el patrimonio natural y cultural del país.*
- 8. Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción.”<sup>26</sup>.*

Como vemos nos encontramos frente a los deberes primordiales del Estado ecuatoriano, dentro de los cuales se efectiviza el derecho a una seguridad integral de los seres humanos, así como a una cultura de paz, razones

---

<sup>26</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Año 2008

suficientes para que los ciudadanos busquemos siempre la defensa de nuestros derechos cuando existe amenaza o cuando los mismos han sido vulnerados.

En su título II, la Constitución de la República establece los siguientes derechos constitucionales:

El Art. 11, numeral 2, señala:

*“Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.*

*El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.”<sup>27</sup>*

Art. 11, numeral 3:

*“Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e*

---

<sup>27</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Año 2008

*inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.*

*Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.”<sup>28</sup>.*

Los derechos de las personas que vivimos en este país democrático son plenamente reclamables y justiciables, por lo tanto no se pueden violar o tampoco se podría alegar falta de conocimiento, para ello se encuentran las garantías jurisdiccionales en salvaguarda de posibles vulneraciones o reparaciones a la vulneración de derechos establecidos en la Constitución.

Art. 11, numeral 7:

*“El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.”<sup>29</sup>*

Las disposiciones transcritas anteriormente son de vital importancia, y están en armonía con tales preceptos los Arts. 426, 427 y 428 de la Constitución de la República.

---

<sup>28</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Año 2008

<sup>29</sup> IBÍDEM

El Art. 424 de la Constitución establece la supremacía de la misma y su prevalencia sobre cualquier otra norma que se le oponga.

Art. 11, numeral 9:

*“El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.*

*El estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuado administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.*

*Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.”<sup>30</sup>*

---

<sup>30</sup>CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Año 2008

#### 4.3.2 CÓDIGO PENAL

En el Código Penal encontramos algunas disposiciones que deben analizarse:

*“Art. 56.- Toda condena a reclusión mayor ordinaria o extraordinaria, o a reclusión menor extraordinaria, lleva consigo la interdicción del reo, mientras dure la pena. La interdicción surte efecto desde que la sentencia causa ejecutoria, y priva al condenado de la capacidad de disponer de sus bienes, a no ser por acto testamentario.*

*Los condenados a reclusión menor ordinaria, en el caso de reincidencia, o en el de concurrencia de varios delitos que merezcan pena de reclusión, quedarán también sujetos a interdicción.*

*El nombramiento del correspondiente guardador se hará conforme a las reglas del Código Civil para la curaduría del disipador”.*<sup>31</sup>

Este artículo, se señala que respecto a la reclusión mayor ordinaria o extraordinaria, también se dicta la interdicción, sin embargo de ello también existirá interdicción cuando exista reincidencia en los condenados a reclusión menor ordinaria.

*“Art. 77.- Hay reincidencia cuando el culpado vuelve a cometer un delito después de haber cometido uno anterior por el que recibió sentencia condenatoria”.*<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> CÓDIGO PENAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Año 2013.

<sup>32</sup> CÓDIGO PENAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Año 2013.

Ya en este artículo podemos observar cómo se señala un concepto respecto a lo que es la reincidencia en el Ecuador, la cual se señala es cuando un culpado vuelve por dos ocasiones o más a cometer un delito anterior, siempre y cuando exista sentencia condenatoria.

*“Art. 78.- En las contravenciones hay reincidencia cuando se comete la misma contravención u otra mayor, en los noventa días subsiguientes a la condena por la primera falta”<sup>33</sup>.*

En cambio este artículo se refiere al caso de las contravenciones, en donde de existir reincidencia, pero dentro de los siguientes noventa días en donde se condenó la contravención.

*“Art. 79.- Las sentencias condenatorias expedidas en el extranjero se tomarán en cuenta para la reincidencia.*

*Igualmente, se tomarán en cuenta las sentencias condenatorias pronunciadas por los tribunales militares pero sólo al tratarse de delitos de la misma naturaleza; y, en este caso, solamente se considerará el mínimo de la pena que podía haberse impuesto en la primera condenación, y no la que se hubiere en realidad aplicado”<sup>34</sup>.*

Este artículo hace referencia a que existe y se toma en cuenta también la reincidencia en las sentencias condenatorias dictadas en el extranjero, las cuales también surten efecto en el Ecuador. En el caso de tribunales militares en la actualidad ya no existen en el país.

---

<sup>33</sup> CÓDIGO PENAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Año 2013.

<sup>34</sup> CÓDIGO PENAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Año 2013.

*“Art. 80.- En caso de reincidencia se aumentará la pena conforme a las reglas siguientes:*

*1. El que habiendo sido condenado antes a pena de reclusión cometiere un delito reprimido con reclusión mayor de cuatro a ocho años, sufrirá la misma pena, pero de ocho a doce;*

*2. Si el nuevo delito está reprimido con reclusión mayor de ocho a doce años, el delincuente será condenado a reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años;*

*Derogado.*

*3. Si un individuo, después de haber sido condenado a pena de reclusión, cometiere un delito reprimido con reclusión menor de tres a seis años, sufrirá la misma pena, pero de seis a nueve;*

*4. Si el nuevo delito cometido es de los que la ley reprime con reclusión menor de seis a nueve años, el transgresor será condenado a reclusión menor extraordinaria;*

*5. Si el que fue condenado a reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años cometiere otra infracción reprimida con la misma pena, será condenado a reclusión mayor de doce años;*

*6. Si el que ha sido condenado a reclusión cometiere un delito reprimido con prisión correccional, será reprimido con el máximo de la pena por el delito nuevamente cometido; y, además, se le someterá a la vigilancia de la autoridad por un tiempo igual al de la condena;*

*7. Si el que ha sido condenado a pena correccional reincidiere en el mismo delito, o cometiere otro que merezca también pena correccional, será reprimido con el máximo de la pena señalada para el delito últimamente cometido; y,*

*8. Si un individuo condenado a pena correccional cometiere un delito reprimido con reclusión, se le aplicará la pena señalada para la última infracción, sin que pueda reconocérsele circunstancias de atenuación”<sup>35</sup>.*

En el artículo anteriormente citado vemos como se toma en cuenta la reincidencia en el cometimiento de la infracción, sin embargo de ello claro que agrava la situación, pero estas reglas no son suficientes para que la reincidencia sea una circunstancia grave, ya que el continuar en una conducta delictiva no es tomado en cuenta como algo sumamente grave y preocupante en la sociedad ecuatoriana.

#### **4.3.3 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL**

En el Código de Procedimiento Penal, es importante analizar los siguientes artículos:

*“Art. 1.- Juicio previo.- Nadie puede ser penado sino mediante una sentencia ejecutoriada, dictada luego de haberse probado los hechos y declarado la responsabilidad del imputado en un juicio, sustanciado conforme a los principios establecidos en la Constitución Política de la República y en este Código, con observancia estricta de las garantías*

---

<sup>35</sup> CÓDIGO PENAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Año 2013.



*previstas para las personas y de los derechos del imputado y de las víctimas*<sup>36</sup>.

En cuanto al juicio previo, este derecho señala y prescribe que únicamente una persona podrá ser condenada al cumplimiento de una pena, cuando exista un juicio debidamente llevado y siempre que no haya vulnerado ninguno de sus derechos.

*“Art. 2.- Legalidad.- Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado como infracción por la Ley Penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida. La infracción ha de ser declarada y la pena establecida con anterioridad al acto. Deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones; y, si ha mediado ya sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse. Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa.*

*En general, todas las leyes posteriores que se dictaren sobre los efectos de las normas del procedimiento penal o que establezcan cuestiones previas, como requisitos de prejudicialidad, procedibilidad o admisibilidad, deberán ser aplicadas en lo que sean favorables a los infractores*<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Año 2013.

<sup>37</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Año 2013.

*“Art. 3.- Juez natural.- Nadie puede ser juzgado sino por los jueces competentes determinados por la ley.”<sup>38</sup>*

Esta disposición hace referencia al hecho de que las personas deben ser juzgadas por un juez natural, es decir por el competente, en el área penal siempre será un juez de garantías penales.

*“Art. 4.- Presunción de inocencia.- Todo imputado es inocente, hasta que en la sentencia ejecutoriada se lo declare culpable”.<sup>39</sup>*

Este principio de orden constitucional e internacional también se encuentra presente en este código que es la protección de inocencia de toda persona mientras no haya sido declarado culpable.

*“Art. 5.- Único proceso.- Ninguna persona será procesada ni penada, más de una vez, por un mismo hecho”.<sup>40</sup>*

Esta garantía, la cual cumple con el precepto de que nadie podrá ser juzgado dos veces por la misma causa se encuentra revestido de una importancia única, ya que una de las malas prácticas de los abogados era justamente el hecho de presentar cuanta denuncia sea posible para buscar cual era el mejor resultado.

*“Art. 6.- Celeridad.- Para el trámite de los procesos penales y la práctica de los actos procesales son hábiles todos los días y horas;*

---

<sup>38</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Año 2013.

<sup>39</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Año 2013.

<sup>40</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Año 2013.

*excepto en lo que se refiere a la interposición y fundamentación de recursos, en cuyo caso correrán solo los días hábiles.”<sup>41</sup>*

*“Art. 7.- Extradición.- Es obligación del juez solicitar en la forma prevista por la ley y los convenios internacionales, la extradición del prófugo en los casos de prisión preventiva o de sentencia condenatoria ejecutoriada”.*<sup>42</sup>

Siempre el Estado ecuatoriano ha luchado y deberá luchar porque el cometimiento de los delitos y su debida persecución sea adecuada y eficaz, y que los mismos no queden en la impunidad, ya que esta situación agrava el combate en contra la delincuencia.

*“Art. 11.- Inviolabilidad de la defensa.- La defensa del imputado es inviolable.*

*El imputado tiene derecho a intervenir en todos los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y a formular todas las peticiones y observaciones que considere oportunas. Si el imputado está privado de la libertad, el encargado de su custodia debe transmitir acto seguido al juez, al tribunal de la causa o al Ministerio Público las peticiones u observaciones que formule”.*<sup>43</sup>

En cuanto al derecho a la defensa se ha establecido su inviolabilidad, lo cual abarca la intervención del imputado tanto a lo incorporado como prueba en

---

<sup>41</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Año 2013.

<sup>42</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Año 2013.

<sup>43</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Año 2013.

su contra, observando y refutando ya que será eficaz su defensa y la misma dependerá de la legalidad del procedimiento en su contra.

#### **4.3.3 CODIGO DE EJECUCION DE PENAS Y REHABILITACION SOCIAL**

Respecto al análisis de este Código se puede indicar lo siguiente:

*“Art. 11.- El objetivo que persigue el Sistema Penitenciario es la rehabilitación integral de los internos, proyectada hacia su reincorporación a la sociedad, y a la prevención de la reincidencia y habitualidad, con miras a obtener la disminución de la delincuencia”<sup>44</sup>.*

Este Código ha sido creado y debe ser aplicado siempre para la rehabilitación de cada uno de los privados de la libertad, y justamente luchar para que no exista reincidencia, lamentablemente en nuestro país esto no sucede y más bien las cárceles y centros de rehabilitación se han convertido en verdaderas escuelas delictivas.

*“Art. 33.- Reducción meritoria de penas.- En todos los Centros de Rehabilitación Social deberá existir un archivo que contenga los expedientes individualizados por cada interno en el que se certifique los méritos acumulados durante su internamiento. Este expediente será público y de libre acceso para el interno y su defensor. Una vez que el interno considere que su expediente contiene una evaluación de méritos que corresponda a una rebaja que de hacerse efectiva le*

---

<sup>44</sup> Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social. Actualizado al 2013.

*permita salir en libertad, solicitará al juez competente la revisión de su caso y la concesión de la libertad*

*El juez, so pena de las sanciones que correspondan por el retardo en la tramitación de estas peticiones, verificará que se cumplan los requisitos formales para la concesión de la libertad y la concederá o negará de ser el caso. Su resolución deberá ser emitida en el plazo de cuarenta y ocho horas tras la recepción de la petición. La resolución que niegue la rebaja de la pena podrá ser apelada ante la sala correspondiente de la Corte Superior”.*<sup>45</sup>

Como vemos en este artículo para la concesión de rebaja de penas, se analiza tanto el tiempo que se encuentra privado de la libertad como los méritos realizados pero jamás se analiza la reincidencia y de eso deviene que salgan a cometer más infracciones y eso se convierta en delincuencia permanente, ya que la reincidencia solamente es tomada en cuenta para la imposición de la pena, más no para analizar si realmente debe salir antes del cumplimiento de la pena este delincuente que afecta a la sociedad en general.

---

<sup>45</sup> Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social. Actualizado al 2013.  
<sup>45</sup>

## **5. MATERIALES Y MÉTODOS**

### **5.1. Materiales**

Los materiales que he empleado para el desarrollo de la presente tesis fueron en el acopio teórico, fichas bibliográficas, fichas nemotécnicas, diccionarios, textos jurídicos, internet, la biblioteca en carta disponible, entre los principales.

Para la recopilación empírica utilicé, cuestionarios impresos para las encuestas, grabadora para las entrevistas y fichas de estudio para estudio de casos y un cuaderno de campo.

El desarrollo y recopilación de datos de la presente investigación, la realicé personalmente, cumpliendo con los términos establecidos en el cronograma previsto en el proyecto de investigación.

### **5.2. Métodos**

El presente trabajo de investigación lo realice mediante la utilización del método científico dentro del cual la observación, el análisis, la síntesis y la experimentación fueron los procesos lógicos requeridos para alcanzar el conocimiento científico.

El Método Hipotético Deductivo, lo emplee para lograr la formulación precisa y específica del problema y la propuesta de los objetivos.

### **5.3. Técnicas**

Las técnicas empleadas para la revisión de la literatura, principalmente fueron el fichaje bibliográfico nemotécnico, teniendo como fuentes principales de consulta las leyes pertinentes, para el caso de la Legislación Comparada, la obtuve de los diferentes portales de internet, donde obtuve acceso a diferentes páginas oficiales de los países seleccionados que me proporcionaron la información requerida.

En lo referente al acopio empírico, la selección de las muestras poblacionales, para el caso de las encuestas las dirigí a profesionales del derecho que aportaron de forma importante e indispensable al desarrollo de la presente tesis.

Las encuestas aplicadas dentro de la investigación de campo, las realice en forma escrita y de carácter cerradas, el cuestionario estuvo compuesto por seis preguntas y los resultados de las mismas fueron tabulados utilizando un cuadro en el constaron la variable, frecuencia y el porcentaje correspondiente a cada una y representadas en gráficos tipo pastel; en el caso de las entrevistas fueron de carácter oral utilizando una grabadora para luego reproducirlas en el papel y luego fueron analizadas en forma individual mediante la presentación, interpretación y análisis; título que se encuentran en forma implícita después del gráfico de cada pregunta.

## 6. RESULTADOS

### 6.1. Resultado de las Encuestas

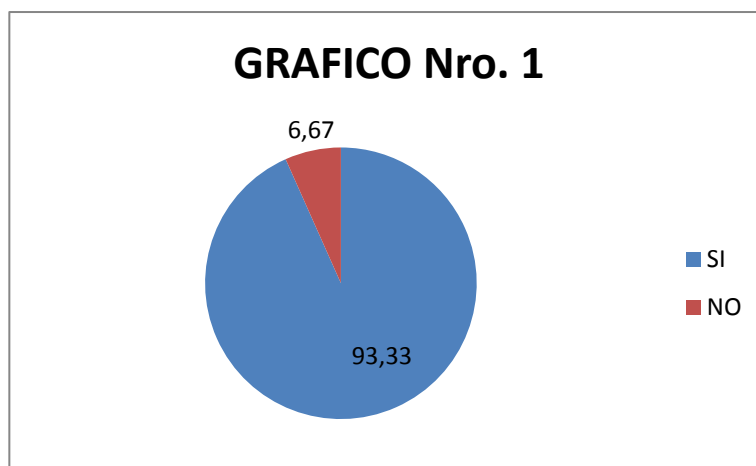
#### PRIMERA PREGUNTA

¿Cree Usted que se debe considerar como una circunstancia agravante la reincidencia en el cometimiento de un delito?

CUADRO Nro. 1

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	28	93,33%
NO	2	6,67%
TOTAL	30	100%

Fuente : Encuestas realizadas en la ciudad de Machala  
Elaboración: Eduardo Estrada



#### INTERPRETACIÓN

El universo de encuestados que es de 30 personas, 28 que corresponden al 93,33%, consideran que la reincidencia si debe ser considerada como una



agravante dentro del cometimiento de un delito; y, el 6,67% que son 2 personas, no lo consideran de esta forma.

## ANÁLISIS

Por lo que expone la mayoría de los encuestados, si existe un conocimiento de lo que es la reincidencia y sobre todo como es considerada en la normativa penal ecuatoriana.

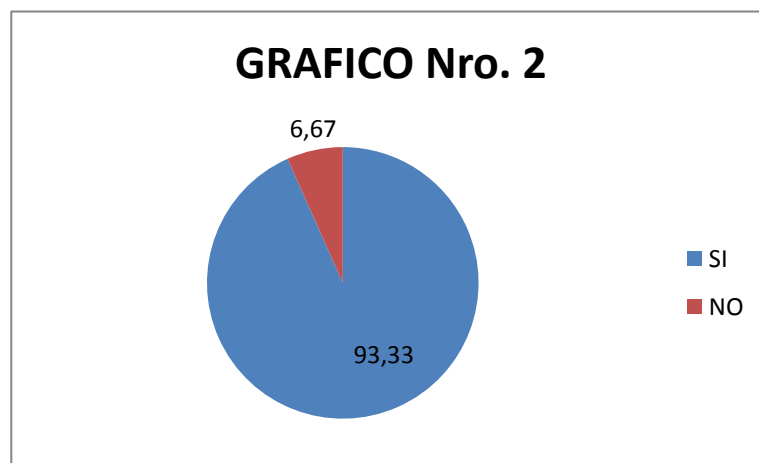
## SEGUNDA PREGUNTA

**¿Cree usted que existe la reincidencia debe ser tomada en cuenta en la aplicación de medidas cautelares y concesión de rebajas de penas?**

**CUADRO Nro. 2**

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	28	93,33%
NO	2	6,67%
TOTAL	30	100%

Fuente : Encuestas realizadas  
Elaboración: Eduardo Estrada



## INTERPRETACIÓN

El universo de encuestados que es de 30 personas, 28 que corresponden al 93,33%, creen que si es necesario que la reincidencia sea tomada en cuenta para la aplicación de medidas cautelares así como para la rebaja de penas, mientras que el 6,67% que son 2 personas, opinan lo contrario.

## ANALISIS

Las personas consideran que si se piensa que la reincidencia es una circunstancia importante para ser tomada en cuenta tanto para la aplicación de las medidas cautelares y sobre todo para el dictamen de la prisión preventiva y para la concesión de la rebaja de la pena, situación que es determinante en la lucha en contra de la delincuencia.

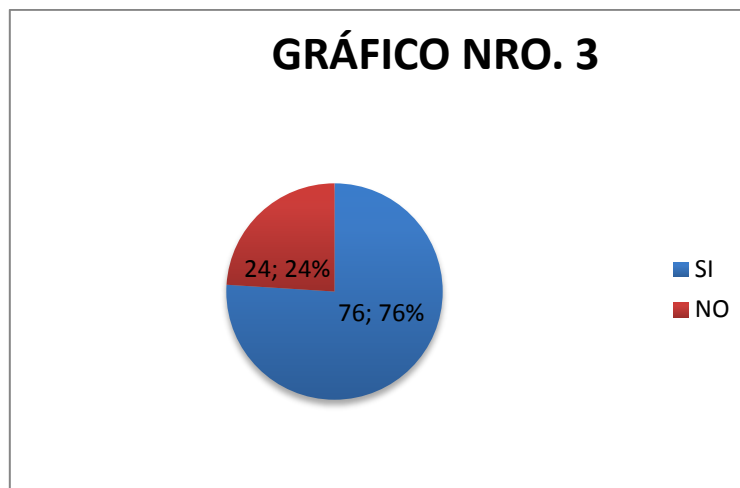
## TERCERA PREGUNTA

**¿Estaría de acuerdo Usted en la propuesta de una reforma legal con la finalidad de establecer la reincidencia como una agravante trascendental en la legislación penal ecuatoriana?.**

**CUADRO Nro. 3**

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	23	76%
NO	07	24%
TOTAL	30	100%

Fuente : Encuestas realizadas  
Elaboración: Eduardo Estrada



### **INTERPRETACIÓN**

23 de las personas encuestadas que corresponden al 76.6 señalan que si se encontrarían de acuerdo con una propuesta de reforma en relación a establecer a la reincidencia como una circunstancia agravante fundamental en la legislación penal ecuatoriana; sin embargo siete personas que representan el 24% opinan que no se les vulnera ningún derecho.

### **ANALISIS**

Las personas que se encuentran de acuerdo consideran que si es necesario frenar de cierta forma el alto auge delincencial que azota a nuestro país en general, incluso con el apareamiento de nuevas formas delictivas el Ecuador, por tanto es necesario que esto sea tomado en cuenta.

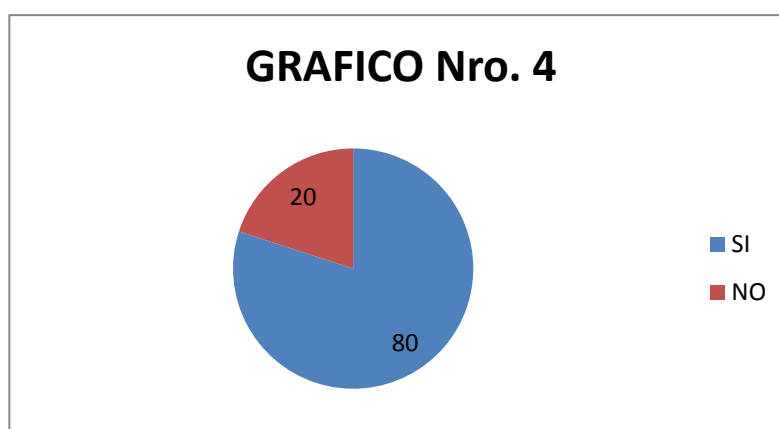
## CUARTA PREGUNTA

¿Cree usted que la propuesta referida en la pregunta anterior contribuiría a combatir los problemas sociales suscitados por la delincuencia?

**CUADRO Nro. 4**

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	24	80%
NO	6	20 %
TOTAL	30	100%

Fuente : Encuestas realizadas  
Elaboración: Eduardo Estrada



## INTERPRETACIÓN

Del total del universo encuestado, 24, que corresponden al 80%, consideran que esta propuesta contribuiría a combatir los problemas sociales suscitados por la delincuencia; pero el 20%, que son 6 personas, creen que no contribuiría.

## **ANÁLISIS**

De acuerdo con lo señalado por la gran parte de los encuestados, y en parte a la pregunta y respuesta anteriores, si se podría combatir a la delincuencia con el establecimiento de la reincidencia como circunstancia agravante fundamental tanto para la aplicación de las medidas cautelares así como para la rebaja de las penas de las personas que tiene como forma de vida el cometimiento de delitos.

### **6.2 ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LA ENTREVISTA**

ENTREVISTA REALIZADA A JUEZ DE GARANTIAS PENALES DEL EL ORO

1. ¿Piensa Usted que reincidencia es una circunstancia que debe establecer límites de permisividad a las personas imputadas y privadas de la libertad en nuestro país?

Pienso que la reincidencia es una circunstancia grave que deber ser tomada muy en cuenta por el juzgador al momento de imponer una pena.

2. ¿Cree Usted que la reincidencia es un agravante ineludible en la comisión de delitos, y tomada en cuenta para efectos de dictamen de medidas cautelares y concesión de rebaja de penas?

Si considero que debe ser tomado en cuenta y que jamás ningún juzgador debe dejarlo a un lado porque establece la posible conducta del sospechoso.

3. ¿Estaría de acuerdo Usted en la propuesta de una reforma legal con la finalidad de establecer la reincidencia como una agravante determinante tanto en el dictamen de medidas cautelares y como circunstancia en la rebaja de penas?

Si estaría de acuerdo

4. ¿Cree usted que la propuesta referida en la pregunta anterior contribuiría a combatir los problemas sociales suscitados por la delincuencia?

Si los ayudaría en su mayoría, aunque no es la única solución hoy en día, falta verdadera rehabilitación que es la causa principal para tanta delincuencia.

## ENTREVISTA REALIZADA A FISCAL DE SOLUCIONES RÁPIDAS DEL EL ORO

1. ¿Piensa Usted que reincidencia es una circunstancia que debe establecer límites de permisividad a las personas imputadas y privadas de la libertad en nuestro país?

Considero y así efectivamente se ha podido palpar que la reincidencia es un agravante definitivo y encontrado en la mayoría del cometimiento de infracciones hoy en día y que no se le presta la atención debida.

2. ¿Cree Usted que la reincidencia es un agravante ineludible en la comisión de delitos, y tomada en cuenta para efectos de dictamen de medidas cautelares y concesión de rebaja de penas?

Si considero que en primer lugar el juzgador debe dictar prisión preventiva sin mayores miramientos, así como no debería a mi parecer rebajársele las penas, porque estas personas se encuentran ya acostumbradas a delinquir.

3. ¿Estaría de acuerdo Usted en la propuesta de una reforma legal con la finalidad de establecer la reincidencia como una agravante determinante tanto en el dictamen de medidas cautelares y como circunstancia en la rebaja de penas?

Si estaría de acuerdo con tal propuesta siempre y cuando mejore la situación de hoy en día de toda la comunidad.

4. ¿Cree usted que la propuesta referida en la pregunta anterior contribuiría a combatir los problemas sociales suscitados por la delincuencia?

Si contribuiría.

## **ANALISIS**

Tal como se puede observar de las entrevistas realizadas, estos expertos en el área penal también se encuentran de acuerdo con la aplicación de mayor insistencia en la reincidencia como una circunstancia grave tanto en la aplicación de las medidas cautelares como en el análisis de la rebaja de penas para estas personas.



## 7. DISCUSIÓN

### 7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

Para la realización de la investigación, en el proyecto propuesto se encuentran planteados un objetivo general que es el siguiente:

**“Realizar un estudio jurídico, crítico y doctrinario de la reincidencia dentro del régimen jurídico penal ecuatoriano”.**

Este objetivo fue comprobado a través de la realización de la revisión literaria, en donde por medio de marco conceptual, se realizó un estudio de los de conceptos más importantes de la presente temática, en el marco doctrinario se abordó el estudios de las principales directrices en el ámbito del derecho penal y a través del marco jurídico, se realizó un estudio analítico de las disposiciones pertinentes que refuerzan mi punto de vista

El primer objetivo específico que se refiere a:

**“Establecer la necesidad de legislar la reincidencia como agravante ineludible en la comisión de delitos, y tomada en cuenta para efectos de dictamen de medidas cautelares y concesión de rebaja de penas”.**

Durante el análisis del Marco Jurídico, se pudo establecer tal necesidad, y a través de la encuesta, puesto que en las preguntas 4 y 5 de la misma, la mayoría de las personas que fueron encuestadas manifestaron que la reincidencia debe ser tomada en cuenta tanto en la aplicación de las medidas cautelares y la concesión de rebaja de penas.

El segundo objetivo específico, que trata de:

**“Determinar que la reincidencia es una circunstancia que debe establecer límites de permisividad a las personas imputadas y privadas de la libertad en nuestro país”.**

Este objetivo en la elaboración del marco jurídico en donde se hace un análisis minucioso de las disposiciones legales pertinentes y a través de la pregunta Nro. 3 de la encuesta, en donde las respuestas comprueban este objetivo propuesto.

El tercer objetivo específico:

***“Proponer un proyecto de reforma jurídica al Código Penal y Código de Procedimiento Penal, para que la reincidencia sea legislada de mejor forma, en relación al bienestar y seguridad de la comunidad, frente a la delincuencia”.***

Este objetivo se cumple porque la mayoría de los encuestados y entrevistados de la quinta pregunta están de acuerdo, que se debe proponer una reforma al Código Penal, para que se reforme la figura de la reincidencia y su aplicación.

## 7.2. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La hipótesis presentada en el proyecto de investigación se fue la siguiente:

***“La reincidencia es considerada únicamente como circunstancia agravante para la imposición de pena en el Ecuador, más no en como circunstancia grave y peligrosa frente al dictamen de medidas cautelares, así como en la concesión de rebaja de pena, por lo que es necesario una reforma, que mejora la situación de la comunidad en general frente al alto grado de delincuencia existente”***, la cual pudo ser contrastada en su totalidad debido a que se realizó un análisis coherente a lo relacionado a la normativa antes señalada en el marco jurídico, además de ello en la aplicación de la encuesta ya que en la pregunta Nro. 4 de la misma la mayoría de las personas piensan que si se debería reformar la normativa penal ecuatoriana.

## 7.3 FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PROPUESTA

El auge delincencial en nuestro país está desbordando todo límite de tolerancia. El poder punitivo del Estado también está siendo afectado por los constantes desbordes de violencia que se registran cotidianamente.

La falta de confianza en el sistema penal y las constantes desilusiones que sufre el usuario del sistema de justicia cuando acude a solicitar sus servicios, es frecuente. Se percata que poco o nada ha cambiado y que la

corrupción, la lentitud y la incompetencia de los operadores del sistema e incluso las deficiencias de la misma ley, son males que persisten y que le afectan tremendamente.

Por ello es de suma importancia que se procure efectuar las reformas penales que protejan al ciudadano, de manera efectiva y práctica como una contribución para la lucha contra el azote delincencial que soportamos. Para que esto suceda, planteo el aumento de las sanciones penales a los delincuentes reincidentes o habituales como medio e instrumento de defensa social y ante todo, como un medio de respuesta punitiva para aquellos que han decidido quebrantar las normas de convivencia y transitar por caminos delictivos de manera recurrente y peligrosa.

La figura penal de la reincidencia se encuentra legislado en varios artículos del Código Penal vigente. Así, la norma penal que define a la reincidencia expresa: Art. 77.- "Hay reincidencia cuando el culpado vuelve a cometer un delito después de haber cometido uno anterior por el que recibió sentencia condenatoria.". Se complementa esta definición con lo dispuesto en la norma del Art. 80 que establece ciertas reglas para considerar que ha operado la reincidencia. No es lo mismo un delincuente que por primera vez incurre en la comisión del delito, que aquel que ya tiene un largo historial delictivo. A éste, la ley lo debe sancionar con mayor severidad.

Para Giuseppe Zanardelli, escritor, abogado y político Italiano, la reincidencia es una cierta condición de agravamiento político del delito. Al respecto señala que: "La circunstancia subjetiva de la especial perversidad

del agente, se convierte en circunstancia objetiva del delito, haciendo crecer el temor ante el pernicioso ejemplo de su obstinado desprecio por la ley."

La respuesta punitiva del Estado es muy limitada para los casos de delincuentes que son reiterativos en la consumación delictiva de actos criminales. Lamentablemente esos delincuentes no han sido sancionados ejemplarmente y con mayor rigor para advertirles de las consecuencias que entrañan para ellos el reincidir en conductas dolosas que perjudiquen al conjunto social.

## 8. CONCLUSIONES

Luego de haber realizado el análisis de campo y doctrinario estimo que he llegado a las siguientes conclusiones:

**Primera:** El sistema penitenciario en el Ecuador no ofrece una verdadera rehabilitación a la persona privada de su libertad, por lo que la delincuencia en el Ecuador.

**Segunda:** La reincidencia en el Ecuador es una circunstancia que si bien es grave, no es tomada en cuenta para la aplicación de medidas cautelares en especial la prisión preventiva y a la concesión de rebaja de penas.

**Tercera:** La reincidencia es una circunstancia que no se toma en cuenta para analizar la situación de del sospechoso y que puede ser determinante en lo mismo.

**Cuarta:** Gran parte de los encuestados y entrevistados coinciden en que la reincidencia debe ser una circunstancia determinante en el procedimiento para su sanción.

## 9. RECOMENDACIONES

Las recomendaciones que presento en la presente tesis son las siguientes:

**Primera:** A los Asambleístas para que incluyan en los proyectos de reforma estableciendo la reincidencia delictiva como agravante en todas las infracciones tipificadas en el Código Penal con lo que aumentaría la pena.

**Segunda:** A los Asambleístas para que incluyan en las propuestas de reformas el aumentar en el cincuenta por ciento las sanciones penales para los reincidentes de delitos graves y no tengan acceso a los beneficios contemplados en el Código de Ejecución de Penas y que se disponga que los fiscales y jueces, previo a solicitar la libertad condicional u ordenar medias sustitutivas deben comprobar el número de detenciones de imputado.

**Tercera:** Ante la evidente ausencia de una normativa que regule la simulación contractual, es necesario que se incorpore en el Código Civil, un capítulo en el que se instituyan los grados de simulación de los actos jurídicos, sus efectos, acción a seguir por los sujetos perjudicados y su correspondiente prueba.

**Cuarta:** Al Colegio de Abogados para que realicen cursos referentes al tema en análisis.

## **9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA**

### LEY REFORMATORIA AL CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTO

#### PENAL

#### ASAMBLEA NACIONAL

#### CONSIDERANDO

Que dentro del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es de especial relevancia la aplicación y vigencia de los derechos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales;

Que el Art. 77 de la Constitución de la República estipula que: En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 1 el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena;

Que el Art. 77 del Código Penal sostiene que existe reincidencia cuando el culpado vuelve a cometer un delito después de haber cometido uno anterior por el que recibió sentencia condenatoria.";

Que en el Código de Procedimiento Penal, la figura delictiva de la reincidencia no es considerada para determinar el grado de peligrosidad del imputado del delito;



Que el Estado de derecho se sustenta en normas preestablecidas, que aseguren la vigencia de los derechos constitucionales de los ciudadanos a una condición superior en el ordenamiento jurídico;

Que el estado de indefensión ciudadana producto del avance delincencial, obliga al Estado a dar respuestas rápidas y oportunas mediante la aplicación de normas penales que permitan sancionar a quien o quienes vulneran las normas de convivencia de manera reiterativa.

La Asamblea Nacional, en uso de sus facultades constitucionales y legales expide la siguiente:

## LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL Y CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

### REFORMA CÓDIGO PENAL

Art. 1.- Agregar en el Art. 30 el siguiente numeral: 7.- La reincidencia delictiva es agravante respecto de todas las infracciones tipificadas en el Código Penal;

Art.2.- Reformar el artículo 80:

Art. 80.- En caso de reincidencia se aumentará la pena conforme a las reglas siguientes:

1a.- El que habiendo sido condenado antes a pena de reclusión cometiere un delito reprimido con reclusión mayor de cuatro a ocho años, sufrirá la misma pena de reclusión, pero de ocho a doce años;

2a.- Si el nuevo delito está reprimido con reclusión mayor de ocho a doce años, el delincuente será condenado a reclusión mayor extraordinaria de dieciséis a veinticinco años;

2b.- El que habiendo sido antes condenado a pena de reclusión cometiere un delito reprimido con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, la pena será de reclusión mayor especial de veinticinco a treinta y cinco años; y, si el nuevo delito es sancionado con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, la pena será de veinticinco a cuarenta años, no sujeta a modificación.

3a.- Si un individuo, después de haber sido condenado a pena de reclusión, cometiere un delito reprimido con reclusión menor de tres a seis años, sufrirá la misma pena, pero de nueve a doce años;

4a.- Si el nuevo delito cometido es de los que la Ley reprime con reclusión menor de seis a nueve años, el transgresor será condenado a reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años;

5a.- Si el que fue condenado a reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años cometiere otra infracción reprimida con la misma pena, será condenado a reclusión de doce a dieciséis años;

6a.- Si el que ha sido condenado a reclusión cometiere un delito reprimido con prisión correccional, será reprimido con el máximo de la pena por el delito nuevamente cometido; y, además, se le someterá a la vigilancia de la autoridad por un tiempo igual al de la condena;

7a.- Si el que ha sido condenado a pena correccional reincidiere en el mismo delito, o cometiere otro que merezca también pena correccional, será reprimido con el máximo de la pena señalada para el delito últimamente cometido; y,

8a.- Si un individuo condenado a pena correccional cometiere un delito reprimido con reclusión, se le aplicará la pena señalada para la última infracción, sin que pueda reconocérsele circunstancias de atenuación.

Art. 3.- A continuación del Art. 80 agréguese los siguientes artículos

Art. 80.1.- Para el caso de delitos graves como el asesinato, femicidio, delitos sexuales, secuestro con muerte de la víctima, delitos contra la administración pública, en los que se determine reincidencia, se aplicarán las sanciones contempladas en el precedente artículo aumentadas dichas sanciones penales en un cincuenta por ciento.

Art. 80.2.- Quien o quienes hayan sido condenados en calidad de reincidentes o habituales por cualquier delito doloso de los tipificados en este Código, no serán sujetos de los beneficios contemplados en el Código de Ejecución de Penas.

Quienes se hayan fugado o intenten fugarse de los centros de rehabilitación social tampoco serán sujetos de los beneficios contemplados en el Código de Ejecución de Penas.

Art. 80.3.- Los fiscales y jueces, previo a solicitar y disponer la libertad condicional u ordenar medidas sustitutivas, deben comprobar el número de detenciones del imputado y si éste ha sido detenido por dos ocasiones o más por el mismo o por otro delito diferente, no será acreedor de ninguno de los beneficios contemplados en el Código de Ejecución de Penas.

Art. 4.- El Art. 89 agregar el siguiente inciso:

Esta disposición no se aplica para quien o quienes son reincidentes.

Art. 5.- Al final del Art. 107 agregar el siguiente inciso:

La prescripción no se aplica para los reincidentes en los delitos de asesinato, secuestro con muerte de la víctima, femicidio, delitos sexuales y delitos de lesa humanidad.

## REFORMAS AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Art. 1.- Agregar el siguiente inciso en el Art. 165:

Si se comprueba que el detenido es reincidente o ha sido detenido por más de dos ocasiones por cualquier delito, se lo mantendrá detenido, hasta que se compruebe su participación en el delito que se le investiga. El plazo de detención empezará a correr desde la hora en que fuera detenido.

Art. 2.- En el Art. 167 agregar el siguiente numeral:

6.- Cuando sea reincidente en la ejecución del delito;

7.- Cuando registre dos o más detenciones o prisiones preventivas aunque no haya recibido sentencia condenatoria.

Art.3.- En el Art. 170 reformar el numeral 3) quedando de la siguiente manera:

3.-Cuando la Jueza o juez considere conveniente la sustitución de una pena por otra medida preventiva alternativa. Excepto cuando el detenido es encontrado en delito flagrante o si es reincidente en la comisión de delitos penales.

Art. 4.- En el Art. 175 numeral 2, agregar lo siguiente:

2.- Cuando el imputado hubiera sido condenado anteriormente por delito de acción pública del que se le acuse; sea reincidente; o haya rendido con anterioridad dos o más cauciones. No puede en estos casos la Jueza o Juez conceder ningún tipo de caución, sino ratificar la prisión preventiva.

Dado en la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano, a los tres días del mes de febrero del año 2014.

F) El Secretario

F) El Presidente

## 10. BIBLIOGRAFÍA

1. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. "**Diccionario Jurídico Elemental**". 13ª Edición. Editorial. Heliasta, Buenos Aires, Argentina. 2002.
2. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. 1ra y 4ta. acepciones. 21ª. ed. (1992) Disponible en internet: [www.rae.es](http://www.rae.es).
3. ALLER, Germán, Co-responsabilidad social, Sociedad del riesgo y Derecho penal del enemigo, Montevideo, Carlos Álvarez-Editor, 2006.
4. CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual Heliasta, Tomo II, Buenos Aires – Argentina, 1976.
5. Constitución de la República del Ecuador (RO 449: 20-Oct-2008), Quito, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008
6. Código Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador. Año 2012
7. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, Manual de Derecho penal. Parte General, Bogotá, Temis, 1984.
8. CAIROLI MARTÍNEZ, Milton, El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales [2 tomos], Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000.
9. LANGON CUÑARRO, Miguel, y ALLER, Germán, Criminología y Derecho penal [3 tomos], Montevideo, Del Foro, 2005-2008.

10. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro, Manual de Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires, Ediar, 2005.
11. [http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6557:reincidencia-penal&catid=50:derecho-pena](http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=6557:reincidencia-penal&catid=50:derecho-pena)

## 11. ANEXOS

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA  
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA  
CARRERA DE DERECHO

ESTIMADO (A) ENCUESTADO (A)

ME ENCUENTRO REALIZANDO MI TESIS DE ABOGADO TITULADA: **“REFORMA AL CÓDIGO PENAL Y PROCEDIMIENTO PENAL, EN RELACIÓN A LA REINCIDENCIA, COMO AGRAVANTE PARA TODO DELITO Y COMO CIRCUNSTANCIA A TOMARSE EN CUENTA PARA EL DICTAMEN DE MEDIDAS CAUTELARES Y CONCESIÓN DE REBAJA DE PENAS”**, PARA LO CUAL REQUIERO DE SU COLABORACIÓN EN LA CONTESTACIÓN DE LAS SIGUIENTES PREGUNTAS. DE ANTEMANO LE ANTICIPO MIS MÁS SINCEROS AGRADECIMIENTOS:

1. ¿CREE USTED QUE SE DEBE CONSIDERAR COMO UNA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE OCE USTED QUE ES LA REINCIDENCIA EN EL COMETIMIENTO DE UN DELITO?  
SI ( ) NO ( )
2. ¿CONSIDERA USTED QUE UNA DE LAS CAUSAS PARA EL AUGE DELINCUENCIAL ES LA REINCIDENCIA EN EL COMETIMIENTO DE UN DELITO?  
SI ( ) NO ( )

Porqué.....  
.....

3. ¿PIENSA USTED QUE UNA PERSONA QUE ES FRECUENTEMENTE REINCIDENTE EN EL COMETIMIENTO DE DELITOS, DEBE TENER UNA PENA MAS DRASTICA DE LAS CONSTANTES EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL?  
SI ( ) NO ( )



Porqué.....  
.....

4. ¿SE ENCUENTRA USTED DE ACUERDO QUE LAS PENAS MAS DRASTICAS PARA LOS REINCIDENTES SE COMBATIRIA PROBLEMAS DE LA SOCIEDAD COMO LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y DELITOS DE LESA HUMANIDAD?

SI ( ) NO ( )

Porqué.....  
.....

5. ¿UNA PERSONA QUE ES REINCIDENTE EN EL COMETIMIENTO DE DELITOS SE LE DEBE DICTAR INMEDIATAMENTE PRISION PREVENTIVA, SE ENCUENTRA USTED DE ACUERDO CON LO ENUNCIADO ANTERIORMENTE?

SI ( ) NO ( )

Porqué.....  
.....

6. ¿PIENSA USTED QUE LA REINCIDENCIA DEBE SER CONSIDERADA COMO CIRCUNSTANCIA A ANALIZAR EN LA REBAJA DE PENAS?

SI ( ) NO ( )

Porqué.....  
.....

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA  
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA  
CARRERA DE DERECHO

ESTIMADO (A) ENTREVISTADO (A)

ME ENCUENTRO REALIZANDO MI TESIS DE ABOGADO TITULADA: **“REFORMA AL CÓDIGO PENAL Y PROCEDIMIENTO PENAL, EN RELACIÓN A LA REINCIDENCIA, COMO AGRAVANTE PARA TODO DELITO Y COMO CIRCUNSTANCIA A TOMARSE EN CUENTA PARA EL DICTAMEN DE MEDIDAS CAUTELARES Y CONCESIÓN DE REBAJA DE PENAS”**, PARA LO CUAL REQUIERO DE SU COLABORACIÓN EN LA CONTESTACIÓN DE LAS SIGUIENTES PREGUNTAS. DE ANTEMANO LE ANTICIPO MIS MÁS SINCEROS AGRADECIMIENTOS:

5. ¿Piensa Usted que reincidencia es una circunstancia que debe establecer límites de permisividad a las personas imputadas y privadas de la libertad en nuestro país?
6. ¿Cree Usted que la agravante ineludible en la comisión de delitos, y tomada en cuenta para efectos de dictamen de medidas cautelares y concesión de rebaja de penas?
7. ¿Estaría de acuerdo Usted en la propuesta de una reforma legal con la finalidad de establecer la reincidencia como una agravante determinante tanto en el dictamen de medidas cautelares y como circunstancia en la rebaja de penas?
8. ¿Cree usted que la propuesta referida en la pregunta anterior contribuiría a combatir los problemas sociales suscitados por la delincuencia?

## ÍNDICE

PORTADA	i
CERTIFICACIÓN	ii
AUTORÍA	iii
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS	iv
AGRADECIMIENTO	v
DEDICATORIA	vi
TABLA DE CONTENIDOS	vii
1. TÍTULO	1
2. RESUMEN	2
2.1 ABSTRACT	5
3. INTRODUCCIÓN	7
4. REVISIÓN DE LITERATURA	9
4.1. MARCO CONCEPTUAL	9
4.1.1 DELITO	9
4.1.2 CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO	10
4.1.3 CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES	10
4.1.4 CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES	11
4.1.5 CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES	12
4.1.6 REINCIDENCIA	13
4.1.7 DICTAMEN	14
4.1.8 MEDIDA CAUTELAR	15
4.1.9 REBAJA DE PENA	17

4.2 MARCO DOCTRINARIO	19
4.2.1 PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS	19
4.2.2 GARANTISMO PENAL	20
4.2.3 HISTORIA DEL DELITO	21
4.2.4 PRINCIPIOS QUE DEBEN REGIR EN EL PROCEDIMIENTO PENAL	25
4.2.5 SISTEMA DE REBAJA DE PENAS	46
4.2.6 REINCIDENCIA COMO CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE	47
4.3 MARCO JURÍDICO	49
4.3.1 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR	49
4.3.2 CÓDIGO PENAL	53
4.3.3 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	56
4.3.4 CÓDIGO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y REHABILITACIÓN SOCIAL	60
5. MATERIALES Y MÉTODOS	62
5.1 MATERIALES	62
5.2 MÉTODOS	62
5.3 TÉCNICAS	63
6. RESULTADOS	64
6.1 RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE LA ENCUESTA	64
6.2 RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE LA ENTREVISTA	69
7. DISCUSIÓN	73
7.1 VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS	73
7.2 CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	75

7.3 FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA REFORMA	75
8. CONCLUSIONES	78
9. RECOMENDACIONES	79
9.1 REFORMA JURÍDICA	80
10. BIBLIOGRAFÍA	86
11. ANEXOS	88
ÍNDICE	91