



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

**“INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 57 DEL CÓDIGO
ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”**

TESIS PREVIA A OBTENCIÓN
DEL TÍTULO DE ABOGADA.

AUTORA:

Stephanye Karolina Rojas Jiménez

DIRECTOR:

Dr. Darwin Romeo Quiroz Castro Mg. Sc.

Loja-Ecuador.

2017

CERTIFICACIÓN

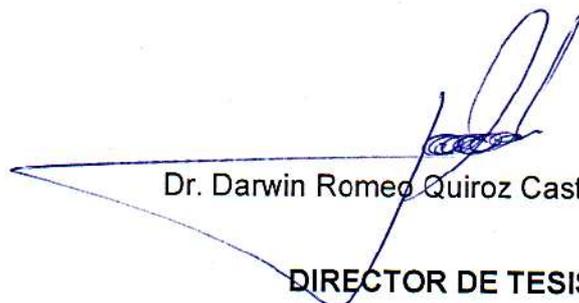
Dr. Darwin Romeo Quiroz Castro Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

CERTIFICO:

Que el trabajo de investigación jurídica, titulado **“INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 57 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”** de la autoría de la señorita Stephanye Karolina Rojas Jiménez ha sido dirigida, corregido, y revisado en forma prolija, el mismo que cumple con los requisitos de fondo y forma exigidos por el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación, sustentación y defensa.

Loja, Noviembre de 2017



Dr. Darwin Romeo Quiroz Castro Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA.

Yo, **STEPHANYE KAROLINA ROJAS JIMÉNEZ**, declaro ser autora 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.

AUTORA: Stephanye Karolina Rojas Jiménez

FIRMA: 

CÉDULA: 1105591182

FECHA: Loja, noviembre de 2017

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

Yo, **STEPHANYE KAROLINA ROJAS JIMÉNEZ**, declaro ser autora de la Tesis titulada: **“INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 57 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”** como requisito para optar por el Grado de Abogada. Autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la reproducción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital e Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y en el 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 29 días del mes de Noviembre del dos mil diecisiete, firma la autora:

FIRMA: Stephanye R

AUTORA: Stephanye Karolina Rojas Jiménez

CÉDULA: 1105591182

DIRECCIÓN: Loja, Ciudadela UNE. Calle Gustavo Serrano 23-11 y Benjamín Carrión

CORREO: stefy.31jkarol@gmail.com

TELÉFONO: 0981335476

DATOS COMPLEMENTARIOS.

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Darwin Romeo Quiroz Castro Mg. Sc.

TRIBUNAL DE GRADO:

PRESIDENTE: Dr. Mg. Sc. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez

Vocal: Dr. Mg. Sc. Augusto Patricio Astudillo Ontaneda

Vocal: Dr. Mg. Sc. Marco Vinicio Ortega Cevallos.

DEDICATORIA.

Este trabajo de investigación,

lo dedico con mucho amor y cariño:

A mis padres, quienes con su ejemplo

y sin escatimar esfuerzo alguno,

supieron guiarme por el camino correcto.

A mis hermanas, que han estado junto a mi

en todo momento, brindándome su cariño y comprensión.

A mis familiares y amigos.

STEPHANYE.

AGRADECIMIENTO.

Dejo constancia de mi agradecimiento a la Unidad de Educación a Distancia de la Universidad Nacional de Loja, por haberme acogido y formado en sus aulas durante cinco fecundos años de estudio. Especialmente a todos y cada uno de los Catedráticos que supieron impartir sus conocimientos con generosidad y eficacia.

Deseo de manera especial hacer ostensible mi agradecimiento muy sincero al Dr. Mg. DARWIN QUIROZ CASTRO, DIRECTOR DE TESIS, por su forma desinteresada y responsable de orientar a lo largo del proceso investigativo haciendo posible la realización de la presente tesis.

STEPHANYE.

1. TÍTULO.

**“INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 57 DEL CÓDIGO ORGÁNICO
INTEGRAL PENAL”**

2. RESUMEN.

La Reincidencia ha sido enfocada desde una doctrina antropológica eticista, vulnerando lo manifestado por la Constitución, que dicta derechos y garantías constitucionales con sus respectivos principios, y a la vez vela por su íntegro cumplimiento.

El Código Orgánico Integral Penal vigente, establece en su Art. 57.- Reincidencia, *“Se entiende por reincidencia la comisión de un nuevo delito por parte de la persona que fue declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada. La reincidencia solo procederá en delitos con los mismos elementos de tipicidad de dolo y culpa respectivamente. Si la persona reincide se le impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal incrementada en un tercio.”*¹, quebrantando la Constitución en los Art. 11 numeral dos, Art. 76 numeral séptimo, literal i) y el Art. 424; dado que no puede imponerse una pena en razón del pasado judicial de la persona como lo estipula la Constitución sino, en base al acto ilícito que haya cometido, además, el derecho a la defensa garantiza que nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Finalmente la Constitución prevalece sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico, y a su vez, éstas deben ser conformes con las disposiciones constitucionales, caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

El hecho de agravar la pena permite suponer que los delitos imputados en las causas enmarcadas dentro del ámbito de la Reincidencia son fruto de

¹ CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL; Art. 57; Registro Oficial Suplemento Nro. 180 del 10 de febrero del 2014; Estado: Vigente.

un pasado judicial calificado como discriminatorio, dado que resulta unido a los conceptos de “habitualidad” y “peligrosidad” que supone una predisposición o hábito de delinquir; de modo es juzgado nuevamente por un acto ya cometido, contrariando el principio “non bis in idem” que significa *no dos veces sobre lo mismo*², asimismo al presumir la peligrosidad de determinado individuo se recae en una base incuestionablemente empírica por cuanto el concepto carece de fundamento científico.

Al declarar que el individuo ha “reincidido” acarrea la imposición de una pena mayor a la que correspondería para ese delito, como lo estipula el Código Orgánico Integral Penal, además, se debe considerar que la reincidencia es el indicador de eficacia del sistema de justicia criminal, puesto que indica el número o porcentaje de personas que realiza una conducta delictiva en forma reiterada, y que es conocida por el sistema de justicia criminal.

² CABANELLAS, Guillermo. “REPERTORIO JURÍDICO DE PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, LOCUCIONES, MÁXIMAS Y AFORISMOS LATINOS Y CASTELLANOS”. 4ª Edición ampliada por Ana María Cabanellas. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1992. pp 175.

2.1 ABSTRACT.

Recidivism has been approached from an anthropological doctrine ethicist, breach alleged by the Constitution, which gives constitutional rights and guarantees with their respective principles, and at the same time ensures its full compliance.

The existing Criminal Code of Integral, states in Art. 57.- Recidivism, *"recidivism is defined as the commission of a new crime by the person who was convicted by final judgment. Recidivism in crimes only proceed with the same elements of typicality of fraud and guilt respectively. If the person repeats will impose the maximum penalty under the criminal increased by a third"*, breaking the Constitution in Article 11, paragraph two, Article 76 paragraph seventh, literal i) and Section 424....; since it can not be imposed a penalty because of the criminal record of the person as stipulated in the Constitution but, based on the unlawful act committed, moreover, the right to defense guarantees that no one shall be tried more than once for the same cause and matter. Finally, the Constitution takes precedence over any other rule of law, and in turn, they must comply with constitutional provisions, otherwise will have no legal effect.

The fact aggravate it suggests that the crimes charged in the cases framed within the scope of Recidivism are the result of a criminal record qualified as discriminatory, since it joined the concepts of "habitual" and "dangerousness" which is a predisposition or habit of committing crimes; so it is tried again for an act already committed, contrary to the principle of

"non bis in idem" which means *not twice on the same*, also presuming the danger of certain individual is vested in an unquestionably empirical basis because the concept lacks scientific basis.

By stating that the individual has "backslid" entails the imposition of a higher penalty which would correspond to that offense, as stipulated by the Code of Integral Penal, also it should be considered that recidivism is the indicator of effectiveness of the justice system criminal, since it indicates the number or percentage of people who perform criminal conduct repeatedly, and which is known by the criminal justice system.

3. INTRODUCCIÓN.

La presente investigación jurídica basada en el estudio de la Reincidencia, contiene aspectos conceptuales, jurídicos y doctrinarios que ayudarán a ahondar el estudio de la misma, realizar una crítica y a su vez una propuesta de reforma jurídica al Código Orgánico Integral Penal, basado en la Inconstitucionalidad del Art. 57 de éste.

De forma complementaria se realizará encuestas y entrevistas a personas que se desarrollan en el ámbito del derecho, así como a particulares, con el fin de tener una visión de cómo afecta el tema a investigar en la sociedad.

Para lograr un resultado contundente, se realizará una contrastación de objetivos, verificando de este modo si lo propuesto se ha cumplido. Se fundamentará un propuesta de Reforma Jurídica, basada en el estudio realizado, culminando con conclusiones y recomendaciones fundamentadas.

Al efectuar la presente investigación se pretende eliminar el artículo 57 del Código Orgánico Integral Penal que tipifica la Reincidencia, al ser considerado inconstitucional, logrando armonía jurídica y que así no se vulneren los derechos dictados por la Constitución.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1 MARCO CONCEPTUAL.

Para la realización del presente proyecto de investigación se considerarán los siguientes conceptos:

4.1.1 **Reincidencia:** Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, la reincidencia es, Reiteración, en la segunda acepción del DRAE, es la: “(...) circunstancia que puede ser agravante, derivada de anteriores condenas del reo, por delitos de índole diversa del que se juzga.”

La revisión etimológica del término se explica en la utilización de dos palabras: *re-* prefijo en latín que significa repetición, movimiento hacia atrás e intensificación; y el verbo *incidir-* del latín *incidere* que se utiliza para significar el caer o incurrir en una falta o error extremo, hacer hincapié en algo y acompañado con adjetivos permite reforzar el valor o intensificación. Según esto, la significación de la incidencia.

Para Guillermo Cabanellas, reincidente es *“Quien repite un mal o delito: El delincuente o infractor que, luego de condenado, incurre en el mismo delito o en otro muy similar.”*³

Para la presente investigación, además de los conceptos expuestos se considerará lo estipulado en el Art. 57 del COIP, que define a la

³ CABANELLAS, Guillermo. “DICCIONARIO JURÍDICO”. Buenos Aires. Heliasta editorial. 2001.

Reincidencia como, “(...) *comisión de un nuevo delito por parte de la persona que fue declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada.*”

Además, es necesario recalcar que para que una persona sea considerada reincidente, el nuevo delito cometido debe contar con los mismos elementos de tipicidad de dolo y culpa respectivamente.

4.1.2 **Pena:** “El contenido y la función de la pena no se pueden configurar con independencia de la existencia del orden en el que se pune, ni de comprensión de su sentido.”⁴ A pesar de que el concepto para caracterizar la pena depende del contexto, existen ciertos rasgos comunes que permiten referirse a la pena una forma unitaria: “a) La pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. b) Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. c) La reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma.”⁵

Es necesario tener en mente una concepción de pena, siendo ésta incrementada dentro del instituto de la Reincidencia, al formar junto con las medidas de seguridad instrumentos de los que se sirve el Derecho Penal

⁴ JAKOBS, G., “DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. FUNDAMENTOS Y TEORÍA DE IMPUTACIÓN” 2ª Ed. Corregida. Trad. De Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons editores, Madrid, 1997, pp. 8.

⁵ Ídem.

4.1.3 Antecedentes penales: “Reunión de datos relativos a una persona en los que se hace constar la existencia (o también la inexistencia) de hechos delictivos atribuibles a ella y que se aportan a los autos de un juicio criminal para determinar la mayor o menor responsabilidad de inculpado, en caso de ser condenado en el delito que se le imputa. Sirven concretamente para conocer la existencia de las circunstancias agravantes de reincidencia y reiteración en el delito.”⁶

En el presente caso de estudio los antecedentes penales se consideran dentro del pasado judicial del individuo, mismo que se analiza para determinar si el imputado es reincidente, y si el nuevo delito cometido es similar al anterior.

4.1.4 Delito progresivo: “Intensificación antisocial que representan la delincuencia habitual y la reincidencia.”⁷

Sucesión de actos delictivos que suponen un hábito en la persona reincidente.

4.1.5 Escarmiento: “Castigo o pena rigurosa para impedir la reincidencia o para ejemplaridad.”⁸

El sistema judicial al penar un acto ilícito pretende que éste no se vuelva a cometer, debido a que el individuo ha completado la pena impuesta y, en teoría, ha sido reinsetado en la sociedad.

⁶ OSSORIO, Manuel. “DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES”. 1ª Edición Electrónica. Guatemala.

⁷ Ídem.

⁸ Ídem.

4.1.6 **Habitualidad:** “En lo penal, la habitualidad es circunstancia reveladora de peligrosidad extrema, por comprobar la permanencia en los impulsos antijurídicos, que, cuando encuentra precedentes judiciales, constituye las calificadas agravantes de reiteración, en lo delictivo genérico, y de reincidencia, en tanto que especialidad transgresora.”⁹

La habitualidad se enmarca dentro del estilo de vida de la persona, al convertirse por actos repetitivos como parte innata de ella.

4.1.7 **Incorregibilidad:** “No corregible, calificación que se aplica a quienes por su dureza y terquedad no se quieren enmendar ni ceder a los buenos consejos. En Derecho Penal constituye un concepto vinculado con la reincidencia, y en criminología, con la delincuencia habitual.”¹⁰

Si un individuo reincide se lo considera incorregible, por cuanto del sistema de Rehabilitación Social no ha causado efecto en él.

4.1.8 **Peligrosidad:** “Perversidad activa y constante del delincuente y la cantidad posible de mal que hay que temer-de parte del mismo delincuente.”¹¹

Considerar la peligrosidad dentro de la institución de la reincidencia y como agravante de la pena se considera netamente inconstitucional.

⁹ Ídem.

¹⁰ Ídem.

¹¹ Ídem.

4.1.9 Conducta: “Comportamiento del individuo en relación con su medio social, la moral imperante, el ordenamiento jurídico de un país y las buenas costumbres de la época y del ambiente.”¹²

Analizar la conducta del individuo frente al Sistema Jurídico del país es indispensable para determinar si éste funciona o necesita reformas que mejor la calidad de vida y un mejor desenvolvimiento de la persona en una sociedad de derechos y garantías.

¹² Ídem.

4.2 MARCO DOCTRINARIO.

Al estudiar la reincidencia se encuentra diversas opiniones, algunas a favor de la validez constitucional y otras en contra como se mencionan a continuación:

Según Zaffaroni, Eugenio Raúl y otros, *“sólo un discurso alucinado y ajeno al saber penal puede ignorar la realidad reproductiva del poder punitivo y sostener una institución que, (...) conduce a que el estado se atribuya la función de juzgar lo que cada habitante elige ser y lo que cada persona es.”*¹³

Para Luigi Ferrajoli *“la peligrosidad, como la reincidencia es un modo de ser más que un modo de actuar, que actúa, indebidamente, como un sustituto de la culpabilidad en el que queda expresada la actual subjetivización del derecho penal.”*¹⁴

Quienes sustentan la validez constitucional del instituto se fundamentan en dos aspectos: que importa mayor culpabilidad y que responde a necesidades preventivas.

En el primer aspecto el Dr. Petracchi sostiene que, *“(...) dicho instituto se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. (...) Ese desprecio por la pena anterior se*

¹³ ZAFFARONI, EUGENIO Raúl, y otros. “DERECHO PENAL, PARTE GENERAL.” Ediar. 2002. pp. 1012.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. “DERECHO Y RAZÓN. TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL.” Ed. Trotta, pp. 508.

*refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho*¹⁵

Sin embargo, es necesario recalcar que la mayor culpabilidad no recae en el hecho por el cual se lo está juzgando, sino a su modo de conducción de vida.

Héctor Mario, hace referencia a que la plataforma sobre la cual debe evaluarse la gravedad del ilícito deberá derivarse de un acto ilícito, y no de consideraciones de carácter preventivo, como tales ajenas a la conducta y su disvalor, en tal caso resultará carente de legitimidad.¹⁶

Acerca del segundo aspecto, es necesario señalar que los intentos de fundar la reincidencia como una cuestión de tipo preventivo no es compatible con penar el acto ilícito, pues a éste pertenece exclusivamente la conducta.

Al continuar analizando la reincidencia, se encuentra que conforme a Claus Roxin, *“(...) pese a todos los esfuerzos por darle una fundamentación distinta sólo se podía explicar partiendo de la admisión de una culpabilidad por la conducta de la vida y por tanto era inconciliable con el principio de culpabilidad por el hecho.”*¹⁷

De modo que se puede decir que la fundamentación del instituto de la reincidencia se basa en gran medida en la aplicación de un concepto de “peligrosidad” del individuo.

¹⁵ PETRACHI. “FALLO GRAMAJO.” Argentina.

¹⁶ HÉCTOR, Mario. “CONF. MAGARIÑOS”. ob. Cit. pp. 111.

¹⁷ ROXIN, Claus. “DERECHO PENAL. PARTE GENERAL”. Tomo I, pp. 186.

Ferrajoli señala que *“Se entiende que, en un sistema garantista así configurado, no tienen sitio ni la categoría peligrosidad ni cualquier otra tipología subjetiva o de autor elaboradas por la criminología antropológica o eticista, tales como la capacidad criminal, la reincidencia, la tendencia a delinquir, la inmoralidad o la deslealtad”*¹⁸

Principio del ne bis in idem *“(...) prohíbe, pues, no solamente reiniciar el proceso, sino que por esos hechos, realizados por una misma persona, no se pueden imputar consecuencias posteriores, que violarían el principio (...).”*¹⁹ Así se considera que la reincidencia *“(...) es inconstitucional (...) por atacar el principio de non bis in idem”*²⁰

De modo que si se acepta una condena reincidente en la que la pena asignada sea incrementada, se estaría volviendo a sancionar en la condena actual por el delito pasado. Es necesario destacar que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos habla de *“(...) sancionado(...)”*, esto es, que la nueva sanción sólo debe tener en cuenta el hecho materia de nuevo juzgamiento.

Debido a ello, Gustavo Vitale anuncia que *“si al sujeto que se declara reincidente se le impone una pena mayor a la que corresponde legalmente por el nuevo delito cometido (o se lo perjudica de cualquier manera al ser juzgado por ese nuevo ilícito, considerándose como*

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. “DERECHO Y RAZÓN, TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL”. pp. 42

¹⁹ DONNA, Edgardo Alberto. “REINCIDENCIA Y CULPABILIDAD.” Ed. Astrea. 1984. pp. 31.

²⁰ Ídem.

*fundamento la circunstancia de haber cometido delitos antes de ese juicio previo, se están haciendo renacer los delitos ya juzgados, valorándoselos para incrementar la pena impuesta por otros hechos independientes cometidos en una época posterior se está volviendo a sancionar al individuo por aquellos ilícitos anteriores.*²¹

²¹ VITALE, Gustavo. "INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REINCIDENCIA, EN LEY, RAZÓN Y JUSTICIA." Ed. Alveroni. 2005. Pp 306.

4.3 MARCO JURÍDICO

La Constitución como norma garantista protege derechos, deberes y oportunidades, rigiéndose a través de principio como lo establece el Art. 11 numeral dos, el mismo que dicta, “(...) *Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, (...) pasado judicial (..) ni por cualquier otra distinción (...) La ley sancionará toda forma de discriminación.*”²²

Al momento que se considera el pasado judicial de la persona para juzgarla por un nuevo delito se está incurriendo en un acto de discriminación, sancionado por la constitución, de modo que se involucra la forma de vida que el individuo ha escogido para agravar su condena.

El Art. 66, referente los derechos de libertad en su numeral cuatro tipifica el “*Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación*”²³

Se fundamenta el derecho a la igualdad y a la no discriminación como derecho reconocido y garantizado por la Constitución de la República, determinando que un individuo al reincidir en el cometimiento de un acto punible deberá tener un trato igual al que tendría si no fuera reincidente.

²² CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; Art. 11, numeral dos; Registro Oficial: No. 449, 20 de octubre del 2008; Estado: Vigente.

²³ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; Art. 66, numeral cuatro; Registro Oficial: No. 449, 20 de octubre del 2008; Estado: Vigente.

En su Art. 76 numeral siete incluye garantías del derecho de las personas a la defensa, en su literal i), *"Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia (...)"*²⁴

Dentro de la doctrina coincide con el principio "ne bis in idem", vulnerando tanto el principio como el derecho al cumplimiento íntegro del debido proceso, mermando las oportunidades a la defensa propias del ser humano y garantizadas por la Constitución.

El Art. 88 referente a la Acción de Protección refiere a que ésta *"(...)tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, (...) cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; (...) si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación."*²⁵

La Constitución ampara en su totalidad a los individuos que son víctimas de discriminación o indefensión, cuando son privados del goce de sus derechos constitucionales, situación que se contrapone al juzgar de forma diferente a la persona que ha cometido en forma reiterada un acto antijurídico, vulnerando su situación como ciudadano de un país garantista.

²⁴ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; Art. 76, numeral siete, literal i); Registro Oficial: No. 449, 20 de octubre del 2008; Estado: Vigente.

²⁵ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; Art. 88, Registro Oficial: No. 449, 20 de octubre del 2008; Estado: Vigente.

Asimismo el Art. 424 determina que, *“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica (...)”*²⁶

Al verificar la contradicción de normas con la Constitución se afirma la ilegitimidad del Art. 57 del COIP y por ende la eliminación de ésta.

Dentro del marco del Código Orgánico Integral Penal en el Art. 57.- Reincidencia, *“Se entiende por reincidencia la comisión de un nuevo delito por parte de la persona que fue declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada. La reincidencia solo procederá en delitos con los mismos elementos de tipicidad de dolo y culpa respectivamente. Si la persona reincide se le impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal incrementada en un tercio.”*²⁷

El Art. 5 numeral 7 del COIP, enmarcado en el debido proceso estipulado en la Constitución, rige a través de principios procesales y determina, *“Prohibición de empeorar la situación del procesado: al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona procesada cuando esta es la única recurrente.”*²⁸

²⁶ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; Art. 424; Registro Oficial: No. 449, 20 de octubre del 2008; Estado: Vigente.

²⁷ CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL; Art. 57; Registro Oficial Suplemento Nro. 180 del 10 de febrero del 2014; Estado: Vigente.

²⁸ CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL; Art. 5, numeral siete; Registro Oficial Suplemento Nro. 180 del 10 de febrero del 2014; Estado: Vigente.

La reincidencia como se ha mencionado anteriormente constituye la repetición de un acto penado anteriormente, por lo que se incurre en el pasado judicial de la persona, siendo inconstitucional el volver a juzgar por el mismo acto, transgrediendo la constitución al sancionar al sujeto no sólo por acciones que son materia de juzgamiento sino por su forma de vida, ignorando la culpabilidad del autor por el hecho que se reputa, pero sí, considerando las penas privativas de la libertad cumplidas con anterioridad. Por lo que se puede expresar que netamente se fundamenta en la peligrosidad que se dice “demostrada” y no en una mayor amonestación penal por el hecho ilícito cometido, empeorando la situación del procesado que si bien recibiría la máxima pena, a ésta se la incrementaría en un tercio, situación opuesta a la estipulada en los principios procesales y en la carta magna que demanda una protección total de los derechos.

Principio de culpabilidad, o principio nulla poena sine culpa, junto con el principio de legalidad, garantiza el libre desarrollo de la personalidad y dignidad de las personas. Para Bacigalupo el fin de este principio es *“excluir la legitimidad de toda pena que no tenga como presupuesto la culpabilidad del autor, así evita que una persona pueda ser tenida por un medio para la realización de algún fin del estado y elimina la responsabilidad objetiva, o sea por la mera causación del resultado.”* Y, para Zaffaroni este principio es *“El mas importante de los que derivan en forma directa del estado de derecho, porque su violación importa el*

*desconocimiento del concepto de persona.*²⁹ Es decir, que al respetar el principio de culpabilidad se evitará una punición ilegítima, aportando seguridad jurídica, debido a que, para poder aplicar una pena se exige la declaración de culpabilidad del autor, no penando así a las personas por la sola producción del resultado ilícito. Debido a ello, la culpabilidad no reside en el carácter del autor ni en la conducta de su vida, sino en la posibilidad de haber actuado de otra manera en el caso concreto. En derecho penal es un caso de acto y no de autor.

Principio del Derecho Penal de Acto, el derecho penal sanciona la conducta no la personalidad del delincuente. En este sentido se distingue entre derecho penal del acto y del autor, debido a que en virtud del primero se prohíbe la responsabilidad objetiva del derecho penal, al sancionar estrictamente la comisión de conductas.³⁰

De modo que al ser demostrado que es inconstitucional la aplicación del Art. 57 del COIP, se determina que el individuo que cometa un delito considerado reincidente, deberá ser condenado únicamente por el acto ilícito cometido sin considerar antecedentes, es decir, que a pesar de haber incurrido, el tratamiento debe ser como el de un delito sin antecedentes, mas no, como la reiteración de uno anterior.

²⁹ ZAFFARONI ER, ALIAGA A Y SLOKAR. "DERECHO GENERAL." 2ª Ed. Ediar. 2002. pp. 135.

³⁰ ROXIN, Claus. "DERECHO PENAL: PARTE GENERAL, TOMO I, FUNDAMENTOS: LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO." Ed. Civitas. Madrid. 1997.

4.3.1 LEGISLACIÓN COMPARADA.

Para comprender de mejor manera el tema de investigación tratado, es necesario estudiar la forma en que otras legislaciones tratan a la Institución de la Reincidencia, para ello se citará tres países, dos de ellos pertenecientes a Europa continental y uno latinoamericano.

4.3.1.1 Alemania

*“El Código penal alemán (StGB), no contiene en su Parte General un catálogo cerrado de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal con efectos tasados.”*³¹ Así, el párrafo 46 dispone como fundamentos de la medición de la pena, los siguientes:

Parágrafo 46.- *“I. La culpabilidad del autor será el fundamento de la medición de la pena. Se deberán considerar los efectos derivados de la pena para la vida futura del autor en la sociedad.*

II. En la medición de la pena el Tribunal ponderará las circunstancias favorables y contrarias al autor. Con este fin se contemplarán particularmente:

Los fundamentos de la motivación y los fines del autor,

La intencionalidad que se deduce del hecho y la voluntad con la que se realizó el hecho,

La medida del incumplimiento del deber,

³¹ Vid. CÓDIGO PENAL ALEMÁN (StGB), traducción coord. por EIRANOVA ENCINAS, E., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

El modo de ejecución y los efectos inculpatórios del hecho,

Los antecedentes del autor, su situación personal y económica,

así como

su conducta después del hecho, especialmente sus esfuerzos por reparar los daños, y sus esfuerzos para acordar una compensación con el perjudicado.

III. No podrán tomarse en consideración las circunstancias que ya caractericen el tipo penal.”³²

La culpabilidad del reo es el fundamento de la individualización de la pena, declarándose el principio de culpabilidad como principio de medida de la pena, de igual manera, se dispone que para la determinación de la medida de la culpabilidad en concreto es necesario ponderar recíprocamente las circunstancias favorables y contrarias al reo. Finalmente, los elementos de tipo legal que ya fueron tenidos en cuenta por el legislador a la hora de trazar el marco punitivo, no pueden ser nuevamente valorados en sentido agravatorio o atenuante en el momento de la individualización judicial de la pena.

En el modelo alemán, la reincidencia no constituye actualmente una causa general de agravación de la pena, sin embargo en el pasado si lo fue, a tal punto de ser considerada como suplemento por desobediencia.

³² Ídem.

Las razones que se alegaron contra la agravación prevista en el derogado párrafo 48, que permitía elevar el mínimo de pena hasta seis meses, incluso en delitos considerados insignificantes, fueron las siguientes³³:

- a) *Las dudas acerca de que la reincidencia sea una causa de aumento de la culpabilidad.*
- b) *El esquematismo en la admisión del efecto admonitorio de las condenas y ejecuciones precedentes.*
- c) *La inoperancia del párrafo 48 desde la perspectiva de la prevención especial.*

Luego de la supresión del párrafo 48 del StGB, el párrafo 46. II dispone que en la medición de la pena el Tribunal ponderará en favor o en contra del reo, y como uno más de los elementos fácticos a tener en cuenta en el momento de la individualización “los antecedentes del autor.”

4.3.1.2 Italia.

“El código penal italiano dispone de un sistema de individualización penal de mayor complejidad que el alemán y muy semejante al sistema de catálogo general de circunstancias modificativas que caracteriza el Código penal español.”³⁴

El efecto principal de la reincidencia en el Código penal italiano es la posibilidad de aumentar la pena a imponer al reo, posibilidad que

³³ Cfr. JESCHECK, H.H, “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, Trad. Por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Comares, Granada, 1993. cit. Pp. 812.

³⁴ Vid. PADOVANI, T, “Códice penale. I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza.” 2ª Ed. Giuffré editore, Milano, 2000.

depende en último término de la discrecionalidad del órgano judicial. Se debe precisar que la reincidencia no es una circunstancia gravante común como las restantes contenidas en el catálogo del art.61, sino que constituye una institución especial regulada en un Título distinto, denominado “De la reincidencia, de la habitualidad y profesionalidad en el delito y de la tendencia a delinquir” (arts. 99 a 109). El art. 99 regula la reincidencia del siguiente modo:

Artículo 99.- “Reincidencia.

Quien después de haber sido condenado por un delito, comete otro, puede ser sometido a un aumento de hasta un sexto de la pena que le corresponda por el nuevo delito.

La pena podrá ser aumentada hasta un tercio en los siguientes casos:

- 1. si el nuevo delito es de la misma índole.*
- 2. Si el nuevo delito es cometido dentro de los cinco años de la condena precedente.*
- 3. Si el nuevo delito ha sido cometido durante o después de la ejecución de la pena, o durante el tiempo en el que el condenado haya estado voluntariamente sustraído a la ejecución de la pena.*

En el caso de que concurren varias de las circunstancias indicadas en los números anteriores, el aumento de la pena puede llegar hasta la mitad.

Si el reincidente comete otro delito, el aumento de la pena, en el caso previsto en la primera parte de este artículo, puede ser hasta la mitad y, en los casos previstos en los números 1) y 2) del primer párrafo, puede ser hasta dos tercios; en el caso previsto en el número 3) del mismo párrafo puede ser de un tercio a dos tercios.

En ningún caso el aumento de la pena por efecto de la reincidencia puede superar el cúmulo de la pena resultante de las condenas precedentes a la comisión del nuevo delito.”

El aumento de la pena por reincidencia no es automático, sino que depende de la discrecionalidad del órgano judicial contenidos en el art.133, esto es: la gravedad del delito; y la capacidad para delinquir del culpable.

4.3.1.3 Argentina.

El principal efecto de la reincidencia en el Código penal argentino es el incremento de la pena a imponer al reo, según disponen los arts. 40 y 41. El art. 40 ordena que las penas divisibles se fijen de acuerdo con las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes. A estos efectos, habrán de tener en cuenta según expresa el art.41. *“las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales.”* A efectos de la reincidencia, se debe notar que su apreciación exige el previo cumplimiento (total o parcial) de la pena o penas impuestas con anterioridad. La regulación positiva de la

reincidencia se contiene en el Título VIII del Libro I, íntegramente dedicado a esta institución, como se expresa a continuación:

Art. 50.- *“Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un Tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esta clase de pena.*

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la Ley argentina, dar lugar a extradición.

No dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos políticos, los previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, los amnistiados o los cometidos por menores de dieciocho años de edad.

La pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquel por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años”

Art.52.- *“Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado, como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores:*

1. *Cuatro penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor a tres años;*

2. *Cinco penas privativas de libertad, de tres años o menores.*³⁵

El Código penal argentino no dispone de un sistema integrado de medidas de seguridad, por lo que sólo hace uso de la pena como medio de reacción frente al delito. A pesar de ello, algunas penas tienen un contenido análogo al de ciertas medidas de seguridad previstas en otras legislaciones. Un ejemplo de lo anterior es el art.52, que previene la reclusión por tiempo indeterminado, semejante a la medida de custodia alemana como pena accesoria para los multirreincidentes.

³⁵ CÓDIGO PENAL ARGENTINO, Art. 50 y 52.

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1 MATERIALES UTILIZADOS.

- Impresión
- Copias Xerox
- Internet
- Papel
- Memoria extraíble
- Bibliografía
- Computadora
- Varios

5.2 MÉTODOS.

- **MÉTODO CIENTÍFICO:** Es un proceso destinado a explicar fenómenos, establecer relaciones entre los hechos y enunciar leyes que expliquen los fenómenos físicos del mundo y permitan obtener, con estos conocimientos, aplicaciones útiles al hombre. Se lo utilizó a lo largo del desarrollo de la investigación, en cuanto a la obtención de información científica y comprobada, de importancia para el presente estudio.
- **MÉTODO COMPARATIVO:** Es el procedimiento mediante el cual se realiza una comparación sistemática en casos de análisis, dicha

comparación sistemática en su mayoría se aplica con fines de generalización empírica.

- **MÉTODO ANALÍTICO:** Consiste en el estudio detallado y minucioso de todos los datos recopilados en la observación, lo que nos permitió desarrollar los contenidos principales de nuestro sumario, dando un estudio pormenorizado del presente tema de investigación.
- **MÉTODO SINTÉTICO:** Consiste en la condensación de los principales conocimientos aprendidos durante el proceso investigado. Lo cual nos permitió realizar las conclusiones, recomendaciones y Propuesta de Reforma.

5.3 PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS

- **OBSERVACIÓN:** Se utilizó a lo largo del desarrollo del trabajo investigativo en el acercamiento y observación directa a la problemática. Esta técnica permitió constatar y verificar los servicios y procesos que ofrece esta entidad, así como también conocer la estructura orgánica funcional y el tipo de operaciones y registros que mantiene actualmente.
- **ENCUESTA:** Es una técnica de adquisición de información de interés sociológico, mediante un cuestionario previamente elaborado, a través del cual se puede conocer la opinión o valoración del sujeto seleccionado en una muestra sobre un asunto dado. Esta técnica se aplicó en forma de preguntas escritas, fue

utilizada con la finalidad de obtener datos empíricos, de la población estudiada o investigada. La población investigada fue de 15 profesionales de Derecho.

- **ENTREVISTA:** La entrevista cualitativa permite la recopilación de información detallada en vista de que la persona que informa comparte oralmente con el investigador aquello concerniente a un tema específico o evento acaecido en su vida, en este caso se entrevistará a 2 profesionales de Derecho.

6. RESULTADOS

6.1 RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE ENCUESTAS.

Los resultados de las encuestas realizadas para el presente trabajo de investigación fueron tomadas de una población variada de personas conocedoras de la temática como los Abogados en libre ejercicio profesional del cantón Loja. Esta muestra poblacional está conformada de quince profesionales del derecho que contestaron un cuestionario, el cual ha sido respondido con la mayor veracidad posible, conforme a la solicitud realizada a los mismos.

Los resultados alcanzados con la encuesta se presentan a continuación, siguiendo el orden de las preguntas del cuestionario.

CUESTIONARIO

PRIMERA PREGUNTA:

¿Conoce Usted que la Reincidencia se encuentra tipificada en el art.57 del COIP?

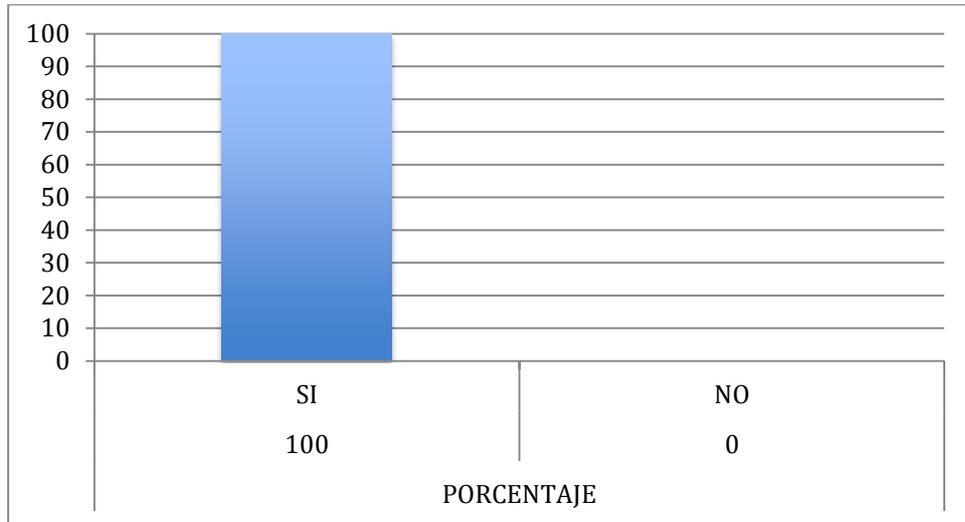
Tabla No. 1

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	15	100%
NO	0	0%
TOTAL	15	100%

Fuente: Abogados en libre ejercicio del cantón Loja.

Autora: Stephanye Karolina Rojas Jiménez.

Gráfico No. 1



Fuente: Abogados en libre ejercicio del cantón Loja.

Autora: Stephanye Karolina Rojas Jiménez.

Interpretación:

Los resultados cuantitativos obtenidos en esta pregunta, conforme puede apreciarse en el cuadro estadístico y gráfico que anteceden, nos demuestran que de las quince personas encuestadas, mismas que corresponde al 100%, conocen el art. 57 del COIP, dando como resultado la base que se necesita en presente proyecto de investigación.

Análisis:

Conforme a los resultados, la totalidad de la población encuestada, tienen conocimiento del art. 57 del COIP, lo que lleva a interpretar minuciosamente lo manifestado en las encuestas, y el resultado es que todos conocen acerca de la Reincidencia, son conscientes que de la pena aplicada y cuando una persona es considerada reincidente, lo que conlleva a deducir que todos han sido testigo de al menos un caso de reincidencia.

SEGUNDA PREGUNTA:

¿Considera apropiado que exista una agravante de un tercio de la pena para las personas que reincidan?

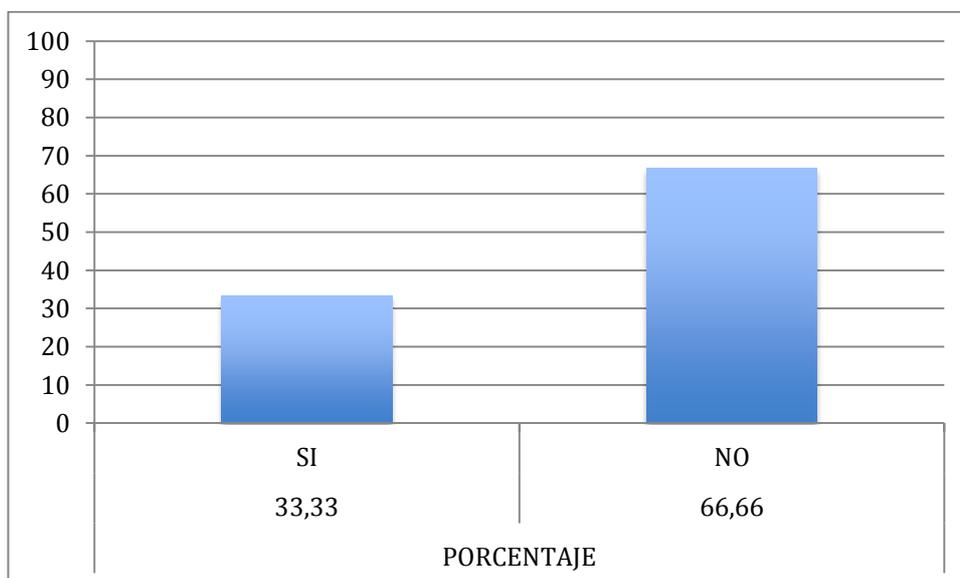
Tabla No. 2

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	5	33,33%
NO	10	66,66%
TOTAL	15	100%

Fuente: Abogados en libre ejercicio del cantón Loja.

Autora: Stephanye Karolina Rojas Jiménez

Gráfico No. 2



Fuente: Abogados en libre ejercicio del cantón Loja.

Autora: Stephanye Karolina Rojas Jiménez

Interpretación:

Los resultados obtenidos en esta interrogante, conforme se puede observar en el cuadro estadístico y gráfico que anteceden, demuestran

que de las quince personas encuestadas, 10 de ellas que corresponde al 66,66% consideran que no debería existir la agravante de un tercio que consta en el art. 57 del COIP, mientras que 5 personas de la población encuestada que corresponden al 33,33%, manifiestan que si debería existir la agravante antes mencionada, lo que demuestra que es tendencia considerar la inconformidad de la agravante impuesta al imputado.

Análisis:

De acuerdo a los resultados, la mayoría del universo encuestado, consideran que el hecho que una persona recaiga en el delito es debido a la ineficacia del sistema penal para prevenir y eludir el cometimiento de los mismos, mas no total responsabilidad del imputado; mientras que un porcentaje considera que es justo que se les imponga ésta agravante puesto que consideran que una persona al reincidir representa total desobediencia a las normas impuestas, burla el sistema reiteradamente y por lo tanto debe recibir una pena adicional al de una persona que cometa un delito por primera vez.

TERCERA PREGUNTA:

¿Cree que el acto de reincidir se deba a un hábito adquirido de la persona?

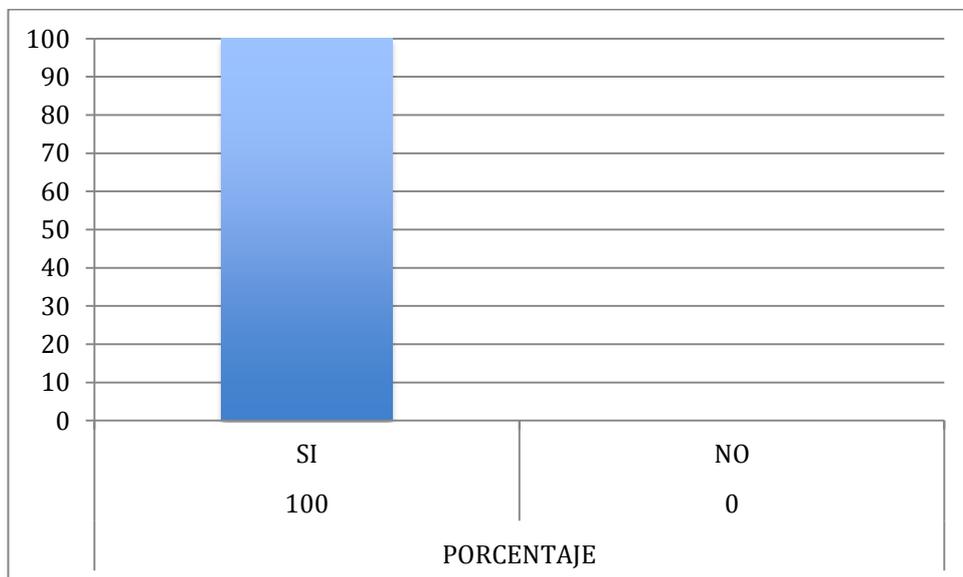
Tabla No. 3

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	15	100%
NO	0	0%
TOTAL	15	100%

Fuente: Abogados en libre ejercicio del cantón Loja.

Autora: Stephanye Karolina Rojas Jiménez

Gráfico No. 3



Fuente: Abogados en libre ejercicio del cantón Loja.

Autora: Stephanye Karolina Rojas Jiménez.

Interpretación:

Los resultados cuantitativos obtenidos en esta pregunta, conforme puede apreciarse en el cuadro estadístico y gráfico que anteceden, nos demuestran que de las quince personas encuestadas, mismas que corresponde al 100%, consideran que el hecho de reincidir está ligado a un hábito q ha adquirido la persona.

Análisis:

Conforme a los resultados, la totalidad de la población encuestada considera que el hecho de que una persona cometa un acto penado por la ley reiteradas veces se debe a un hábito que ha adquirido, debido a que a pesar de conocer las consecuencias de sus actos no evita el cometimiento de los mismos, siendo éste su estilo de vida.

CUARTA PREGUNTA:

¿Cree Usted, que el hecho de que la persona reincida es debido al ineficaz Sistema de Rehabilitación Social?

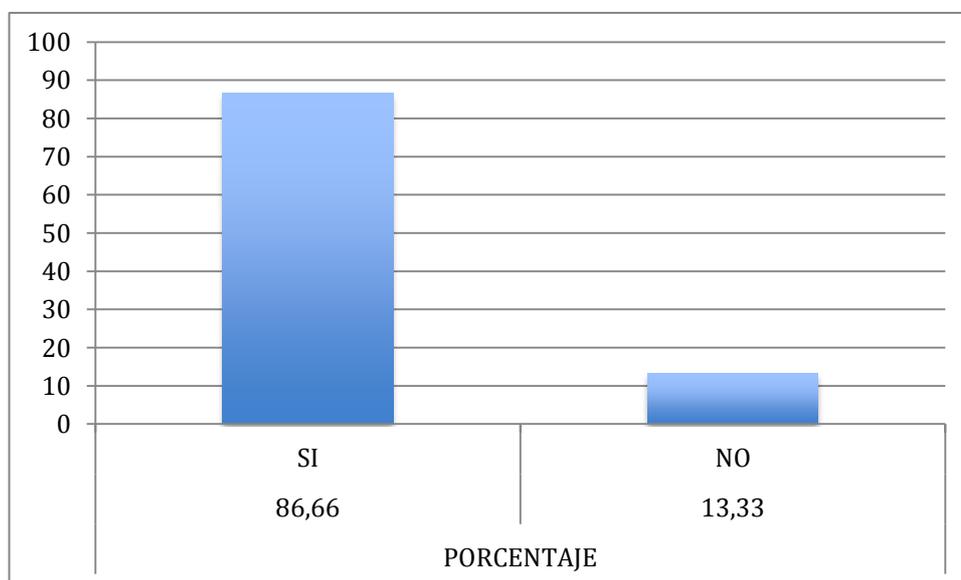
Tabla No. 4

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	13	86,66%
NO	2	13,33%
TOTAL	15	100%

Fuente: Abogados en libre ejercicio del cantón Loja.

Autora: Stephanye Karolina Rojas Jiménez

Gráfico No. 4



Fuente: Abogados en libre ejercicio del cantón Loja.

Autora: Stephanye Karolina Rojas Jiménez

Interpretación:

Los resultados cuantitativos obtenidos en esta pregunta, conforme puede apreciarse en el cuadro estadístico y gráfico que anteceden, nos demuestran que de las quince personas encuestadas, 13 personas correspondientes al 86,66% del total consideran que el ineficaz Sistema de Rehabilitación Social es una de las causas para que una persona reincida; y dos personas que representan el 13,33% creen que no es responsabilidad del Sistema de Rehabilitación Social.

Análisis:

Conforme a los resultados, la mayoría de la población encuestada considera que una de las causas para que una persona reincida es el ineficaz Sistema de Rehabilitación Social, puesto que tiene la responsabilidad de reinsertar a la persona que ha cometido un delito en la sociedad, de modo que se convierta en alguien no perjudicial para la misma; asimismo una minoría considera que cada persona es responsable de sus actos y al poseer libre albedrío deciden continuar en la vida delincencial.

QUINTA PREGUNTA:

¿Considera Usted constitucional el hecho de que una persona al momento de ser juzgada por un nuevo delito se consideren actos juzgados con atenuación?

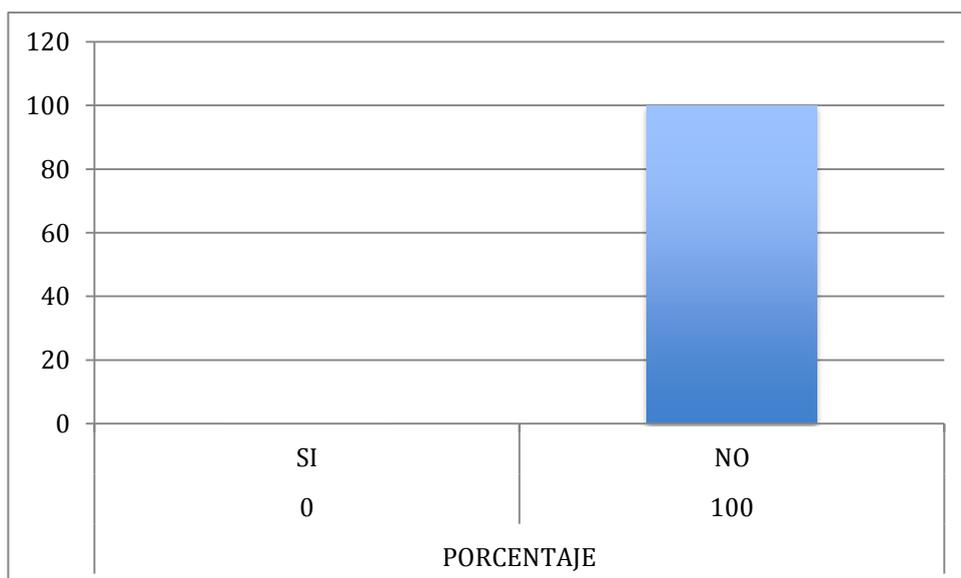
Tabla No. 5

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	0	0%
NO	15	100%
TOTAL	15	100%

Fuente: Abogados en libre ejercicio del cantón Loja.

Autora: Stephanye Karolina Rojas Jiménez

Gráfico No. 5



Fuente: Abogados en libre ejercicio del cantón Loja.

Autora: Stephanye Karolina Rojas Jiménez.

Interpretación:

Los resultados cuantitativos obtenidos en esta pregunta conforme se demuestran en la tabla y gráficos que anteceden respectivamente, quince personas que corresponden al 100% de los encuestados concuerdan en que no es constitucional que se considere un acto ya juzgado anteriormente como un antecedente para juzgar un nuevo delito.

Análisis:

Conforme a los resultados, todos los encuestados consideran inconstitucional que al juzgar a una persona por el cometimiento de un nuevo delito que contenga los mismos elementos de tipicidad que un delito anterior ya juzgado, éstos sean considerados para el juzgamiento por el delito actual, puesto que ninguna persona puede ser juzgada dos veces por el mismo acto, y es considerado discriminatorio revisar el pasado judicial del imputado.

SEXTA PREGUNTA:

¿Considera apropiado que se proponga una reforma jurídica en la que se derogue el art. 57 del COIP?

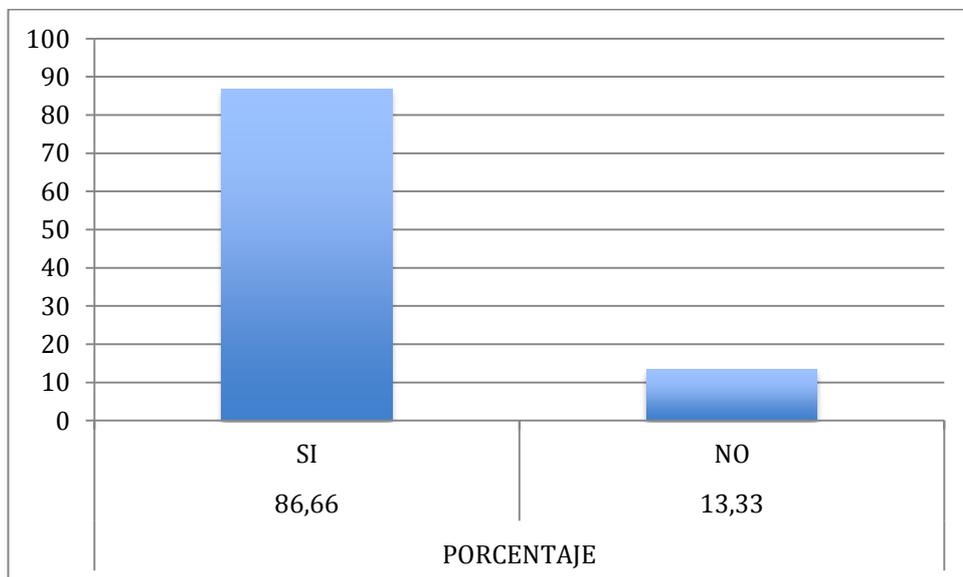
Tabla No. 6

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	13	86,66%
NO	2	13,33%
TOTAL	15	100%

Fuente: Abogados en libre ejercicio del cantón Loja.

Autora: Stephanye Karolina Rojas Jiménez

Gráfico No. 6



Fuente: Abogados en libre ejercicio del cantón Loja.

Autora: Stephanye Karolina Rojas Jiménez

Interpretación:

Los resultados cuantitativos obtenidos en esta pregunta, conforme puede apreciarse en el cuadro estadístico y gráfico que anteceden, nos demuestran que de las quince personas encuestadas, 13 personas correspondientes al 86,66% del total consideran que apropiado derogar el art. 57 del COIP; y dos personas que representan el 13,33% creen que no es la mejor solución.

Análisis:

Conforme a los resultados, la mayoría de la población encuestada considera apropiado derogar el art. 57 del COIP puesto que lo que se propone en el mismo para incrementar la pena del imputado es inconstitucional, y cualquier ley orgánica que no esté acorde con la Constitución carece de eficacia jurídica; mientras que una minoría cree que el proponer una reforma jurídica en la que se derogue el art. 57 del COIP no es la solución mas adecuada, dado que consideran que de algún modo las personas que reincidan no pueden ser tratadas por el sistema penal igual que alguien que comete un delito por primera vez.

6.2 RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE ENTREVISTAS.

PERSONA ENTREVISTADA:

1ª Pregunta: ¿Conoce Usted, que la Reincidencia se encuentra tipificada en el art. 57 del COIP?

“Si, si conozco.”

2ª Pregunta: ¿Cree que el acto de reincidir se deba a un hábito adquirido de la persona?

“Considero que el acto de reincidir se debe a una conducta adquirida, debido a que las personas nos adaptamos al cambio, si una persona repite un acto penado por la ley varias veces se puede concluir que el delinquir se ha convertido en un hábito para la misma”

3ª Pregunta: ¿Considera Usted inconstitucional el hecho de que una persona al momento de ser juzgada por un nuevo delito se consideren actos juzgados con anterioridad?

“Considero que es totalmente inconstitucional, debido a que la constitución establece claramente considerar el pasado judicial al momento de juzgar a una persona, esta juzgando por la reincidencia que es totalmente ajena a un nuevo delito, no es permisible ni tampoco debería ser aceptable en una sociedad que se jacta de ser protectora de

los derechos de las personas, un estado constitucional de derechos, no es permisible que se juzgue por el pasado judicial.

Si una persona ya cumplió una condena, acaba de reinsertarse a la sociedad de alguna manera y por tanto no se le debería considerar eso para un nuevo delito. La comisión de un nuevo delito no debería agravarle la pena debido a que se considera el pasado judicial, que claramente es inconstitucional.”

4ª Pregunta: ¿Considera apropiado que se proponga una reforma jurídica en la que se derogue el art. 57 del COIP?

“Considero que es necesario que exista una reforma al COIP en virtud que la Constitución establece que toda norma que sea contraria a la constitución quedará sin efecto, sin embargo en nuestro país aun se considera la Reincidencia como un factor determinante al momento de establecer una pena, situación que es inconstitucional puesto que se está tomando al reincidente como el pasado judicial de la persona, siendo constitucionalmente prohibido, y siendo la reforma algo inminentemente, es necesario normar nuevamente para evitar que se vulneren los derechos constitucionales de las personas para de esa manera lograr una sanción justa y equitativa apegada a la ley y al sistema jurídico que tenemos en nuestro país”

Comentario:

Si una persona repite un acto penado por la ley siempre y cuando sean bajo los mismos elementos de tipicidad puede existir la posibilidad de que se ha formado un habito pero tampoco es permisible que si la persona ya fue juzgada, y pago su sentencia se le considere la condena anterior para agravar la pena de un nuevo delito, esto claramente es inconstitucional.

7. DISCUSIÓN

7.1 VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL:

- Realizar un estudio crítico del Código Orgánico Integral Penal, en relación al Art. 57, con la finalidad de determinar la discordancia con la Constitución de la República.

El Objetivo General ha sido verificado en el punto 4, en cuanto a la revisión de literatura, en donde se realiza un estudio jurídico - crítico, basado en el análisis de las investigaciones realizadas, los aportes doctrinarios; conforme se lo puede apreciar específicamente en los numerales 4.3 y 4.3.1 De igual manera en la encuesta con las pregunta 2 y 5, se puede obtener la apreciación de los profesionales de derechos, cuya opinión se constituye en un apoyo fundamental para el cumplimiento de éste objetivo.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Analizar los inconvenientes jurídicos establecidos como parte de la responsabilidad penal en el cometimiento reiterado del acto penado por la ley.

Este Objetivo Específico, ha sido verificado en la Revisión de Literatura, dentro del punto 4.2. del Marco Doctrinario, específicamente en el numeral 4.3. donde se realiza un estudio social

y jurídico de los inconvenientes que ocasiona la responsabilidad en el cometimiento reiterado del acto penado por la ley, en lo que correspondçe a los individuos reincidentes. De igual manera en la encuesta en las preguntas 3 y 4, cuyos valiosos resultados aportan a conocer los problemas relacionados con las personas reincidentes.

- Proponer una reforma jurídica en la que se derogue el Art. 57 del Código Orgánico Integral Penal al ser considerado Inconstitucional.

Finalmente, este objetivo se alcanzó con el desarrollo de la Propuesta de Reforma Jurídica al Art. 57 del Código Orgánico Integral Penal para asegurar que esta norma no vaya en contra de la carta magna, vulnerando los derechos garantizados por la misma. Asimismo en la encuesta en las pregunta 6, en donde se estima de manera necesaria y obligatoria la reforma a este artículo de la Ley antes mencionada, al establecer un procedimiento adecuado y progresivo que respete los derechos del imputado sin dejar en la indefensión ni la re victimización de la víctima.

7.2 FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA LA PROPUESTA DE REFORMA LEGAL

El Art. 11, numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, señala que, nadie podrá ser discriminado por ninguna razón o bajo ninguna circunstancia, entre la que consta el pasado judicial de la persona, añadiendo que la ley sancionará toda forma de discriminación, y

como Estado está obligado a velar por los derechos de todos los ciudadanos.

El Art. 76, numeral 7, literal i, de la Constitución de la República del Ecuador, garantiza el derecho a la defensa, enunciando que “*Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia(...)*” que coincide con el principio “ne bis in idem”, amparando de este modo a una persona que cometa un acto delictivo en mas de una ocasión.

El Art. 66 referente a los derechos de libertad y el Art. 88 de la Constitución de la República que estipula un mecanismo denominado Acción de Protección que se interpondrá en caso de que los derechos de un individuo se vean vulnerados, dos artículos que velan por un trato hacia el individuo reincidente, en el que no sea objeto de discriminación ni de desigualdad ante la justicia.

El Art. 424, de la Constitución de la República, establece como norma suprema prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, y que cualquier norma que no mantenga conformidad con las disposiciones constitucionales carecerá de eficacia jurídica, protegiendo de este modo los derechos de las personas en un Estado con garantías constitucionales.

El Art. 5 numeral 7 del COIP referente a principios procesales que prohíbe empeorar la situación del procesado, se contrapone al Art. 57 de la misma norma en la que al individuo reincidente se le impone la pena máxima incrementada en un tercio, agravando de este modo su situación.

Por lo expuesto, se hace necesaria una reforma jurídica al Código Orgánico Integral Penal, debido a que las garantías que constan en la Constitución se deben cumplir, así como los principios que se encuentran enmarcados en nuestro ordenamiento constitucional; por lo tanto, es imperante derogar el artículo en el que se condena la Reincidencia dado que no esta acorde a la Constitución.

8. CONCLUSIONES

Culminando el presente trabajo investigativo, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

PRIMERA: La Constitución de la República del Ecuador, a través de sus reglas garantiza los derechos de las personas entre los cuales están los reincidentes a quien hay que aplicarles el debido proceso y no dejarlos en la indefensión.

SEGUNDA: Que de acuerdo al art. 57 del COIP podemos notar que la reincidencia se basa en gran medida en la aplicación de “peligrosidad” del individuo, un criterio arbitrario inverificable.

TERCERA: Que la declaración de reincidencia acarrea la imposición de una pena mayor a la que correspondería para ese delito.

CUARTA: Que la aplicación del art. 57 del COIP vulnera las garantías constitucionales, puesto que sanciona al sujeto no sólo por acciones que son materia de juzgamiento sino por su forma de vida.

9. RECOMENDACIONES

Una vez que se ha efectuado el desarrollo adecuado del presente trabajo investigativo de carácter socio-jurídico, y luego de haber abordado a las conclusiones anteriormente mencionadas, tengo a bien sugerir las siguientes recomendaciones, mismas que son del resultado de todo el trabajo investigativo y que cubren el problema planteado en la presente tesis:

PRIMERA: Que el Estado se preocupe por la reinserción de las personas que han cometido actos delictivos en la sociedad, mejorando el Sistema de Rehabilitación Social para cumpla eficazmente su propósito.

SEGUNDA: Que existan mayores oportunidades de mejorar la calidad de vida para las personas imputadas al momento de ser reinsertadas en la sociedad, de modo que no vean como única salida para satisfacer sus necesidades vitales en el delinquir.

TERCERA: Que la Asamblea Nacional realice un estudio de la inconstitucionalidad de la Reincidencia y considere medidas alternativas para los ciudadanos reincidentes.

CUARTA: Que se reforme en el Código Orgánico Integral Penal, en lo referente a la Reincidencia para que los derechos y garantías constitucionales no sean vulnerados.

9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA

Proyecto de Reforma al Código Orgánico Integral Penal.

LA HONORABLE ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

CONSIDERANDO:

- Que la Constitución del República del Ecuador expone en sus artículos los derechos de los ciudadanos, velando por el cumplimiento de los mismos.
- Que la Constitución de la República del Ecuador en lo tipificado en sus artículos 11, 66, 76, 88, 424 determina que a un ciudadano reincidente no se le puede imponer una pena basándose en su pasado judicial puesto que es contraproducente a lo que se pretende lograr con los artículos antes expuestos.
- Que en el Código Orgánico Integral Penal en su Art. 5, principios procesales prohíbe agravar la situación del procesado, hecho que no surte efecto puesto que se considera una agravante impuesta a las personas reincidentes vulnerando sus derechos y garantías constitucionales.

- Que, al aplicar el artículo 57 del COIP referente a la Reincidencia, mas que castigar el nuevo delito, se pena la conducta de la persona frente al sistema judicial.
- Que el Código Orgánico Integral Penal no va en concordancia con la Constitución de la República del Ecuador en lo referente a la Reincidencia.
- Que en uso de sus atribuciones y de conformidad con el Art. 120, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente **LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL:**

Actualmente el Art. 57 del Código Orgánico Integral penal dicta, “Se entiende por reincidencia la comisión de un nuevo delito por parte de la persona que fue declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada. La reincidencia solo procederá en delitos con los mismos elementos de tipicidad de dolo y culpa respectivamente. Si la persona reincide se le impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal incrementada en un tercio”

Art. 1. Deróguese el Art. 57 por cuanto quebranta los derechos y garantías personalísimos previstos para los ciudadanos en la Constitución de la República del Ecuador.

DISPOSICIÓN FINAL.-

La presente Ley Reformatoria entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Registro Oficial.

Es dado y firmado en la ciudad de San Francisco de Quito, en la Sala de Sesiones de la H. Asamblea Nacional a los días del mes de de 2017.

Presidente de la H. Asamblea Nacional

Secretaria de la H. Asamblea Nacional

10. BIBLIOGRAFÍA.

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; Art. 11, numeral dos; Registro Oficial: No. 449, 20 de octubre del 2008; Estado: Vigente.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; Art. 76, numeral siete, literal i); Registro Oficial: No. 449, 20 de octubre del 2008; Estado: Vigente
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; Art. 424; Registro Oficial: No. 449, 20 de octubre del 2008; Estado: Vigente.
- CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL; Art. 57; Registro Oficial Suplemento Nro. 180 del 10 de febrero del 2014; Estado: Vigente.
- CÓDIGO PENAL ALEMÁN (StGB), traducción coor. por EIRANOVA ENCINAS, E., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.
- CÓDIGO PENAL ARGENTINO, Art. 50 y 52.
- CABANELLAS, Guillermo. “REPERTORIO JURÍDICO DE PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, LOCUCIONES, MÁXIMAS Y AFORISMOS LATINOS Y CASTELLANOS”. 4ª Edición ampliada por Ana María Cabanellas. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1992. pp 175.
- CABANELLAS, Guillermo. “DICCIONARIO JURÍDICO”. Buenos Aires. Heliasta editorial. 2001.

- DONNA, Edgardo Alberto. "REINCIDENCIA Y CULPABILIDAD." Ed. Astrea. 1984. pp. 31.
- FERRAJOLI, Luigi. "DERECHO Y RAZÓN. TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL." Ed. Trotta, pp. 508.
- FERRAJOLI, Luigi. "DERECHO Y RAZÓN, TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL". pp. 42
- HÉCTOR, Mario. "CONF. MAGARIÑOS". ob. Cit. pp. 111.
- JESCHECK, H.H, "Tratado de Derecho Penal. Parte General", Trad. Por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Comares, Granada, 1993. cit. Pp. 812.
- OSSORIO, Manuel. "DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES". 1ª Edición Electrónica. Guatemala.
- PADOVANI, T, "Código penale. I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza." 2ª Ed. Giuffré editore, Milano, 2000.
- PETRACHI. "FALLO GRAMAJO." Argentina.
- ROXIN, Claus. "DERECHO PENAL. PARTE GENERAL". Tomo I, pp. 186.

- ROXIN, Claus. "DERECHO PENAL: PARTE GENERAL, TOMO I, FUNDAMENTOS: LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO." Ed. Civitas. Madrid. 1997.
- VITALE, Gustavo. "INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REINCIDENCIA, EN LEY, RAZÓN Y JUSTICIA." Ed. Alveroni. 2005. Pp 306.
- ZAFFARONI ER, ALIAGA A Y SLOKAR. "DERECHO GENERAL." 2ª Ed. Ediar. 2002. pp. 135.
- ZAFFARONI, EUGENIO Raúl, y otros. "DERECHO PENAL, PARTE GENERAL." Ediar. 2002. pp. 1012.GG

11. ANEXOS

ANEXO 1: Proyecto Aprobado



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**“INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 57 DEL CÓDIGO ORGÁNICO
INTEGRAL PENAL”**

**PROYECTO DE TESIS PREVIO A
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA**

AUTORA:

Stephanye Karolina Rojas Jiménez

Loja-Ecuador.

2016

1. TEMA.

**“INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 57 DEL CÓDIGO
ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”**

2. PROBLEMÁTICA.

La Reincidencia ha sido enfocada desde una doctrina antropológica eticista, vulnerando lo manifestado en forma prescrita por la Constitución que dicta derechos y garantías constitucionales con sus respectivos principios, y a la vez vela por su íntegro cumplimiento.

El Código Orgánico Integral Penal vigente, establece en su Art. 57 inciso tercero que *“Si la persona reincide se le impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal incrementada en un tercio.”*³⁶, quebrantando la Constitución en los Art. 11 numeral dos, Art. 76 numeral séptimo, literal i) y el Art. 424; debido a que no puede imponerse una pena en razón del pasado judicial de la persona como lo estipula la constitución, sino en base al acto ilícito que haya cometido, además, el derecho a la defensa garantiza que nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Finalmente la Constitución prevalece sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico, y a su vez, éstas deben ser conformes con las disposiciones constitucionales, caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

El hecho de agravar la pena permite suponer que los delitos imputados en las causas enmarcadas dentro del ámbito de la Reincidencia son fruto de un pasado judicial calificado como discriminatorio, dado que resulta unido a los conceptos de

³⁶ COIP art. 57

“habitualidad” y “peligrosidad” que supone una predisposición o hábito de delinquir; de modo es juzgado nuevamente por un acto ya cometido, contrariando el principio “non bis in idem” que significa *no dos veces sobre lo mismo*³⁷, asimismo al presumir la peligrosidad de determinado individuo se recae en una base incuestionablemente empírica por cuanto el concepto carece de fundamento científico.

Al declarar que el individuo ha “reincidido” acarrea la imposición de una pena mayor a la que correspondería para ese delito, como lo estipula el Código Orgánico Integral Penal, además, se debe considerar que la reincidencia es el indicador de eficacia del sistema de justicia criminal, puesto que indica el número o porcentaje de personas que realiza una conducta delictiva en forma reiterada, y que es conocida por el sistema de justicia criminal.

³⁷ CABANELLAS, Guillermo. Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos. 4^a. Edición ampliada por Ana María Cabanellas. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1992, pag. 175.

3. JUSTIFICACIÓN.

El presente trabajo de investigación y de propuesta jurídica, se justifica desde el punto de vista no sólo académico sino jurídico, con lo que se pretende estudiar, analizar y dar una crítica constructiva desde el punto de vista jurídico al Código Orgánico Integral Penal, en una tema trascendental, como lo es la Reincidencia, que dada la situación a la que es expuesto el imputado debe ser objeto de críticas acorde a la medida en la que resulta violatorio de algunas garantías constitucionales, incumpliendo con su fin que es mantener el orden jurídico sin colocar en una situación vulnerable al individuo.

Al investigar la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, causas y consecuencias jurídicas que acarrea la contradicción entre normas, se aportará notoriamente para evitar el perjuicio a la persona que ha incurrido en un acto ilícito, velando por el cumplimiento neto de sus derechos y garantías señaladas en el Art. 1 de la Constitución de la República.

La presente investigación será realizada considerando la importancia del tema y el efecto social que conlleva, siendo necesario realizar un trabajo de estudio específico acerca de la INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 57 INCISO TERCERO DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, mismo que considero pertinente como complemento en el ámbito académico y obtención de un título profesional.

El trabajo de investigación a realizar es factible, debido a que se cuenta con los elementos humanos y material bibliográfico que facilitará el acopio de información teórica cuyo contenido permitirá abordar de manera amplia el problema objeto de estudio. La investigación y el resultado de la misma contribuirán a la elaboración de conclusiones concretas y a su vez a la creación de alternativas de solución al presente problema jurídico social.

De esta manera se determina llevar a cabo esta investigación para analizar de manera profunda y concreta lo estipulado en el Código Orgánico Integral Penal y su concordancia con la Constitución respecto al tratamiento judicial que recibe una persona que conculca dentro del marco de la reincidencia.

4. OBJETIVOS.

a. OBJETIVO GENERAL.

Realizar un estudio crítico del Código Orgánico Integral Penal, en relación al Art. 57, con la finalidad de determinar la discordancia con la Constitución de la República.

b. OBJETIVOS ESPECIFICOS.

- Determinar la modificación pertinente del Código Orgánico Integral Penal para desvanecer la vulneración a los derechos y garantías constitucionales.
- Analizar los inconvenientes jurídicos establecidos como parte de la responsabilidad penal en el cometimiento reiterado de acto pena por la ley.
- Proponer alternativas de solución al problema jurídico a investigarse, en cuanto a la inconstitucionalidad de la reincidencia estipulada en el COIP.

5. MARCO TEÓRICO.

a. MARCO CONCEPTUAL.

Para la realización del presente proyecto de investigación se considerarán los siguientes conceptos:

Reincidencia: Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, la reincidencia es, Reiteración, en la segunda acepción del DRAE, es la: *“(...) circunstancia que puede ser agravante, derivada de anteriores condenas del reo, por delitos de índole diversa del que se juzga.”*

La revisión etimológica del término se explica en la utilización de dos palabras: *re-* prefijo en latín que significa repetición, movimiento hacia atrás e intensificación; y el verbo *incidir-* del latín *incidere* que se utiliza para significar el caer o incurrir en una falta o error extremo, hacer hincapié en algo y acompañado con adjetivos permite reforzar el valor o intensificación. Según esto, la significación de la incidencia.

Para Guillermo Cabanellas, reincidente es *“Quien repite un mal o delito: El delincuente o infractor que, luego de condenado, incurre en el mismo delito o en otro muy similar.”*³⁸

Antecedentes penales: *“Reunión de datos relativos a una persona en los que se hace constar la existencia (o también la inexistencia)*

³⁸ CABANELLAS, Guillermo. DICCIONARIO JURÍDICO. Buenos Aires. Heliasta editorial. (2001)

*de hechos delictivos atribuibles a ella y que se aportan a los autos de un juicio criminal para determinar la mayor o menor responsabilidad de inculpado, en caso de ser condenado en el delito que se le imputa. Sirven concretamente para conocer la existencia de las circunstancias agravantes de reincidencia y reiteración en el delito.*³⁹

En el presente caso de estudio los antecedentes penales se consideran dentro del pasado judicial del individuo, mismo que se analiza para determinar si el imputado es reincidente, y si el nuevo delito cometido es similar al anterior.

Delito progresivo: *“Intensificación antisocial que representan la delincuencia habitual y la reincidencia.”*⁴⁰

Sucesión de actos delictivos que suponen un hábito en la persona reincidente.

Escarmiento: *“Castigo o pena rigurosa para impedir la reincidencia o para ejemplaridad.”*⁴¹

El sistema judicial al penar un acto ilícito pretende que éste no se vuelva a cometer, debido a que el individuo ha completado la pena impuesta y, en teoría, ha sido reinsetado en la sociedad.

³⁹ OSSORIO, Manuel. DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES. 1ª Edición Electrónica. Guatemala.

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ Ídem.

Habitualidad: *“En lo penal, la habitualidad es circunstancia reveladora de peligrosidad extrema, por comprobar la permanencia en los impulsos antijurídicos, que, cuando encuentra precedentes judiciales, constituye las calificadas agravantes de reiteración, en lo delictivo genérico, y de reincidencia, en tanto que especialidad transgresora.”*⁴²

La habitualidad se enmarca dentro del estilo de vida de la persona, al convertirse por actos repetitivos como parte innata de ella.

Incorregibilidad: *“No corregible, calificación que se aplica a quienes por su dureza y terquedad no se quieren enmendar ni ceder a los buenos consejos. En Derecho Penal constituye un concepto vinculado con la reincidencia, y en criminología, con la delincuencia habitual.”*⁴³

Si un individuo reincide se lo considera incorregible, por cuanto del sistema de Rehabilitación Social no ha causado efecto en él.

Peligrosidad: *“Perversidad activa y constante del delincuente y la cantidad posible de mal que hay que temer-de parte del mismo delincuente.”*⁴⁴

⁴² Ídem.

⁴³ Ídem.

⁴⁴ Ídem.

Considerar la peligrosidad dentro de la institución de la reincidencia y como agravante de la pena se considera netamente inconstitucional.

Conducta: *“Comportamiento del individuo en relación con su medio social, la moral imperante, el ordenamiento jurídico de un país y las buenas costumbres de la época y del ambiente.”*⁴⁵

Analizar la conducta del individuo frente al Sistema Jurídico del país es indispensable para determinar si éste funciona o necesita reformas que mejoren la calidad de vida y un mejor desenvolvimiento de la persona en una sociedad de derechos y garantías.

b. MARCO DOCTRINARIO.

Al estudiar la reincidencia se encuentran diversas opiniones, algunas a favor de la validez de la constitución y otras en contra como se mencionan a continuación:

Según Zaffaroni, Eugenio Raúl y otros, *“sólo un discurso alucinado y ajeno al saber penal puede ignorar la realidad reproductiva del poder punitivo y sostener una institución que, (...) conduce a que el estado se atribuya la función de juzgar lo que cada habitante elige ser y lo que cada persona es.”*⁴⁶

⁴⁵ Ídem.

⁴⁶ ZAFFARONI, EUGENIO Raúl, y otros. DERECHO PENAL, PARTE GENERAL. Ediar, 2002, pag.1012.

Para Luigi Ferrajoli *“la peligrosidad, como la reincidencia es un modo de ser más que un modo de actuar, que actúa, indebidamente, como un sustituto de la culpabilidad en el que queda expresada la actual subjetivización del derecho penal.”*⁴⁷

Quienes sustentan la validez constitucional del instituto se fundamentan en dos aspectos: que importa mayor culpabilidad y que responde a necesidad preventivas.

En el primer aspecto el Dr. Petracchi sostiene que, *“(…) dicho instituto se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. (...) Ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho”*⁴⁸

Sin embargo, es necesario recalcar que la mayor culpabilidad no recae en el hecho por el cual se lo está juzgando, sino a su modo de conducción de vida.

Héctor Mario, hace referencia a que la plataforma sobre la cual debe evaluarse la gravedad del ilícito deberá derivarse de un acto ilícito, y no de consideraciones de carácter preventivo, como tales ajenas a

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL. Ed. Trotta, pag. 508.

⁴⁸ PETRACHI. Fallo Gramajo. Argentina.

la conducta y su disvalor, en tal caso resultará carente de legitimidad.⁴⁹

Acerca del segundo aspecto, es necesario señalar que los intentos de fundar la reincidencia como una cuestión de tipo preventivo no es compatible con penar el acto ilícito, pues a éste pertenece exclusivamente la conducta.

Al continuar analizando la reincidencia, se encuentra que conforme Roxin, *“(...) pese a todos los esfuerzos por darle una fundamentación distinta sólo se podía explicar partiendo de la admisión de una culpabilidad por la conducta de la vida y por tanto era inconciliable con el principio de culpabilidad por el hecho.”*⁵⁰

De este se puede decir que la fundamentación del instituto de la reincidencia se basa en gran medida en la aplicación de un concepto de “peligrosidad” del individuo.

Ferrajoli señala que *“Se entiende que, en un sistema garantista así configurado, no tienen sitio ni la categoría peligrosidad ni cualquier otra tipología subjetiva o de autor elaboradas por la criminología antropológica o eticista, tales como la capacidad criminal, la*

⁴⁹ HÉCTOR Mario. CONF. MAGARIÑOS, ob. Cit. Pag.111.

⁵⁰ ROXIN. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. Tomo I, pag. 186.

reincidencia, la tendencia a delinquir, la inmoralidad o la deslealtad”

51

Principio del ne bis in idem “(...) *prohíbe, pues, no solamente reiniciar el proceso, sino que por esos hechos, realizados por una misma persona, no se pueden imputar consecuencias posteriores, que violarían el principio (...).*”⁵² Así se considera que la reincidencia “(...) *es inconstitucional (...) por atacar el principio de non bis in idem*”⁵³

De modo que si se acepta una condena por un hecho que puede ser mas severa se estaría volviendo a sancionar en la condena actual por el delito pasado. Es necesario destacar que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos habla de “(...) *sancionado(...)*”, esto es, que la nueva sanción sólo debe tener en cuenta el hecho materia de nuevo juzgamiento.

Debido a ello, Gustavo Vitale anuncia que “*si al sujeto que se declara reincidente se le impone una pena mayor a la que corresponde legalmente por el nuevo delito cometido(o se lo perjudica de cualquier manera al ser juzgado por ese nuevo ilícito, considerándose como fundamento la circunstancia de haber cometido delitos antes de ese juicio previo, se están haciendo*

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN, TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL, pag. 42

⁵² DONNA, Edgardo Alberto. REINCIDENCIA Y CULPABILIDAD. Ed. Astrea, pag. 31, 1984.

⁵³ Ídem.

*renacer los delitos ya juzgados, valorándose los para incrementar la pena impuesta por otros hechos independientes cometidos en una época posterior se está volviendo a sancionar al individuo por aquellos ilícitos anteriores.*⁵⁴

c. MARCO JURÍDICO.

La Constitución como norma garantista protege derechos, deberes y oportunidades, rigiéndose a través de principio como lo establece el Art. 11 numeral dos, el mismo que dicta, “(...) *Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, (...) pasado judicial (..) ni por cualquier otra distinción (...) La ley sancionará toda forma de discriminación.*”⁵⁵

Al momento que se considera el pasado judicial de la persona para juzgarla por un nuevo delito se está incurriendo en un acto de discriminación, sancionado por la constitución, de modo que se involucra la forma de vida que el individuo ha escogido para agravar su condena.

En su Art. 76 numeral siete incluye garantías del derecho de las personas a la defensa, en su literal i), “*Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia (...)*”⁵⁶

⁵⁴ VITALE, Gustavo. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REINCIDENCIA, EN LEY, RAZÓN Y JUSTICIA. Ed. Alveroni. Pag. 306, 2005.

⁵⁵ Const. Art 11

⁵⁶ const. Art.76

Dentro de la doctrina coincide con el principio “ne bis in idem”, vulnerando tanto el principio como el derecho al cumplimiento íntegro del debido proceso, mermando las oportunidades a la defensa propias del ser humano y garantizadas por la Constitución.

Asimismo el Art. 424 determina que, *“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica (...)”*⁵⁷

Al verificar la contradicción de normas con la Constitución se afirma su ilegitimidad y por ende la eliminación de ésta.

Dentro del marco del Código Orgánico Integral Penal en el Art. 57 inciso tercero, *“Si la persona reincide se le impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal incrementada un tercio.”*⁵⁸

La reincidencia como se ha mencionado anteriormente constituye la repetición de un acto penado anteriormente, por lo que se incurre en el pasado judicial de la persona, siendo inconstitucional el volver a juzgar por el mismo acto, transgrediendo la constitución al sancionar al sujeto no sólo por acciones que son materia de juzgamiento sino por su forma de vida, ignorando la culpabilidad del autor por el hecho que se reputa, pero si, considerando las penas privativas de

⁵⁷ const. Art 424

⁵⁸ COIP ART 57

la libertad cumplidas con anterioridad. Por lo que se puede expresar que netamente se fundamenta en la peligrosidad que se dice “demostrada” y no en una mayor amonestación penal por el hecho ilícito cometido.

Principio de culpabilidad, o principio nulla poena sine culpa, junto con el principio de legalidad, garantiza el libre desarrollo de la personalidad y dignidad de las personas. Para Bacigalupo el fin de este principio es *“excluir la legitimidad de toda pena que no tenga como presupuesto la culpabilidad del autor, así evita que una persona pueda ser tenida por un medio para la realización de algún fin del estado y elimina la responsabilidad objetiva, o sea por la mera causación del resultado.”* Y, para Zaffaroni este principio es *“El mas importante de los que derivan en forma directa del estado de derecho, porque su violación importa el desconocimiento del concepto de persona.”*⁵⁹ Es decir, que al respetar el principio de culpabilidad se evitará una punición ilegítima, aportando seguridad jurídica, debido a que, para poder aplicar una pena se exige la declaración de culpabilidad del autor, no penando así a las personas por la sola producción del resultado ilícito. Debido a ello, la culpabilidad no reside en el carácter del autor ni en la conducta de su vida, sino en la posibilidad de haber actuado de otra manera en el caso concreto. En derecho penal es un caso de acto y no de autor.

⁵⁹ ZAFFARONI ER, ALIAGA A Y SLOKAR. DERECHO GENERAL. 2ª Ed. Ediar. Pág. 135, 2002.

Principio del Derecho Penal de Acto, el derecho penal sanciona la conducta no la personalidad del delincuente. En este sentido se distingue entre derecho penal del acto y del autor, debido a que en virtud del primero se prohíbe la responsabilidad objetiva del derecho penal, al sancionar estrictamente la comisión de conductas.⁶⁰

6. METODOLOGÍA.

En el presente trabajo de investigación de tesis, se utilizará dentro de su desarrollo los métodos inductivo, deductivo, analítico; y exegético. Estos métodos derivados del método científico permitirán formular los elementos conceptuales y teóricos respecto al objeto de estudio que motiva la investigación que se anuncia bajo el epígrafe “INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 57 INCISO TERCERO DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.”, y que se sustentará en los componentes doctrinarios sometidos al análisis y síntesis que permitió el método analítico, sintético, así también el método inductivo, deductivo en su aplicación hará factible construir principios teóricos referenciales relativos a la temática que se enfoca en el problema planteado, así como la comparación, permitirá arribar a conclusiones certeras.

⁶⁰ ROXIN, Claus. DERECHO PENAL: PARTE GENERAL, TOMO I, FUNDAMENTOS: LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO. Ed. Civitas. Madrid, 1997.

Estos métodos servirán para el análisis demostrativo de la hipótesis planteada, que permitirá observar en forma clara, real y concreta, los impedimentos sociales y jurídicos que causa el ordenamiento jurídico en lo referente al pago de pensiones de alimentos para las víctimas de violencia intrafamiliar, así como determinar el cambio que debería contener el Código Orgánico Integral Penal, para hacer efectiva la supremacía de la Constitución de la República, en lo referente a la discriminación por pasado judicial, debido proceso, etc. respecto a la Reincidencia estipulada en el ámbito penal.

El cumplimiento con los objetivos, tanto general como específicos, y el desarrollo de la presente investigación, empezará con la recolección de bibliografía relacionada al tema de investigación, seguido de la selección meticulosa de los diferentes temas y contenidos que interesen para el desarrollo y conformación del marco teórico, tomando como referentes una serie de autores y publicaciones, así como doctrina referente al tema a investigar, que me darán la pauta para su elaboración, entre los cuales se analizará la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal, y otros cuerpos legales, así como obras que hagan y tenga relación con el presente tema a investigarse.

Fundamentalmente en el desarrollo del presente trabajo investigativo, se utilizará la técnica de la encuesta, la misma que será realizada a 15 personas, entre ellas profesionales del derecho y

personas naturales, así como la técnica de la entrevista, realizada a dos profesionales del derecho como instrumentos de recolección sintética de datos y contenidos, lo cual permitirá tabular, graficar, verificar los objetivos, propuestas, conclusiones y recomendaciones, realizar el análisis necesario y preciso, para con estos elementos, concluir, recomendar y plantear alternativas de solución a la problemática socio-jurídica.

7. CRONOGRAMA.

No	ACTIVIDADES	Abril 2016	Mayo 2016	Junio 2016	Julio 2016	Agosto 2014
1	Elaboración y presentación del proyecto de Tesis	XXX				
2	Aprobación del proyecto		XX	X		
3	Estudio Bibliográfico			XXXX		
4	Desarrollo del marco teórico de la investigación			X		
5	Elaboración, validación de los instrumentos		X	X		
6	Aplicación de la Investigación de Campo			XXX		
7	Tabulación, sistematización y análisis de los resultados				XXX	
8	Verificación de los objetivos e hipótesis.				X	X
9	Redacción del Informe Final.					XXX
10	Sustentación de la defensa de tesis.					X

8. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO.

Este punto se encuentra desarrollados en los siguientes aspectos:

a. RECURSOS HUMANOS:

- i. Director de tesis por designarse.
- ii. Postulante: Stephanye Karolina Rojas Jiménez
- iii. Población a ser encuestada y entrevistada

b. RECURSOS MATERIALES

En el presente trabajo de investigación se emplearán \$1000. comprendidos en:

i. Bibliografía Específica	\$250
ii. Digitación e Impresión	\$400
iii. Material de oficina	\$150
iv. Elaboración y publicación	\$100
v. Imprevistos	\$300
Total	\$1,200.00

El costo de la elaboración de la presente tesis de investigación llega a la cantidad de MIL DOSCIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA (\$1,200.00), los mismos que serán financiados con recursos propios del postulante.

9. BIBLIOGRAFÍA.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; Art. 11, numeral dos; Registro Oficial: No. 449, 20 de octubre del 2008; Estado: Vigente.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; Art. 76, numeral siete, literal i); Registro Oficial: No. 449, 20 de octubre del 2008; Estado: Vigente

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; Art. 424; Registro Oficial: No. 449, 20 de octubre del 2008; Estado: Vigente.

CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL; Art. 57; Registro Oficial Suplemento Nro. 180 del 10 de febrero del 2014; Estado: Vigente.

CÓDIGO PENAL ALEMÁN (StGB), traducción coor. por EIRANOVA ENCINAS, E., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

CÓDIGO PENAL ARGENTINO, Art. 50 y 52.

CABANELLAS, Guillermo. "REPERTORIO JURÍDICO DE PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, LOCUCIONES, MÁXIMAS Y AFORISMOS LATINOS Y CASTELLANOS". 4ª Edición ampliada por Ana María Cabanellas. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1992. pp 175.

CABANELLAS, Guillermo. "DICCIONARIO JURÍDICO". Buenos Aires. Heliasta editorial. 2001.

DONNA, Edgardo Alberto. "REINCIDENCIA Y CULPABILIDAD." Ed. Astrea. 1984. pp. 31.

HÉCTOR, Mario. "CONF. MAGARIÑOS". ob. Cit. pp. 111.

JESCHECK, H.H, "Tratado de Derecho Penal. Parte General", Trad. Por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Comares, Granada, 1993. cit. Pp. 812.

OSSORIO, Manuel. "DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES". 1ª Edición Electrónica. Guatemala.

PADOVANI, T, "Códice penale. I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza." 2ª Ed. Giuffré editore, Milano, 2000.

ROXIN, Claus. "DERECHO PENAL: PARTE GENERAL, TOMO I, FUNDAMENTOS: LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO." Ed. Civitas. Madrid. 1997.

ZAFFARONI, EUGENIO Raúl, y otros. "DERECHO PENAL, PARTE GENERAL." Ediar. 2002. pp. 1012.GG

ANEXO 2: Modelo Encuesta

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
UNIDAD DE EDUCACION A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

Señor Profesional en Derecho, en calidad de estudiante de 10mo ciclo y al estar en proceso de elaboración de mi Tesis de grado de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja, solicito de su valioso aporte para realizar mi tesis intitulada **“INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 57 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”**; por lo tanto, le insto se digne contestar el siguiente cuestionario, el mismo que servirá para el desarrollo de mi trabajo investigativo.

Su información será considerada estrictamente confidencial.

1.- ¿Conoce usted, que la Reincidencia se encuentra tipificada en el art. 57 del COIP?

Si () No ()

2.- ¿Considera apropiado que exista una agravante de un tercio de la pena para las personas que reincidan?

Si () No ()

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....
.....

3.- ¿Cree que el acto de reincidir se deba a un hábito adquirido de la persona?

Si () No ()

¿Explique?

.....
.....

.....
.....
.....
.....

4.- ¿Cree usted, que el hecho de que la persona reincida es debido al ineficaz sistema de rehabilitación social?

Si () No ()

¿Por qué?

.....
.....
.....
.....
.....

5.- ¿Considera usted constitucional el hecho de que una persona al momento de ser juzgada por un nuevo delito se consideren actos juzgados con anterioridad?

Si () No ()

¿Fundamente su respuesta?

.....
.....
.....
.....
.....

6.- ¿Considera apropiado que se proponga una reforma jurídica en la que se derogue el art. 57 del COIP?

Si () No ()

¿Fundamente su respuesta?

.....
.....
.....
.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

ANEXO 3: Modelo Entrevista

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
UNIDAD DE EDUCACION A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

Señor Profesional en Derecho, en calidad de estudiante de 10mo ciclo y al estar en proceso de elaboración de mi Tesis de grado de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja, solicito de su valioso aporte para realizar mi tesis intitulada **“INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 57 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL”**; por lo tanto, le insto se digne contestar la siguiente entrevista, misma que servirá para el desarrollo de mi trabajo investigativo.

Su información será considerada estrictamente confidencial.

1ª Pregunta: ¿Cree que el acto de reincidir se deba a un hábito adquirido de la persona?

.....
.....
.....
.....
.....

2ª Pregunta: ¿Considera Usted inconstitucional el hecho de que una persona al momento de ser juzgada por un nuevo delito se consideren actos juzgados con anterioridad?

.....
.....
.....
.....
.....

.....
.....
.....
.....

3ª Pregunta: ¿Considera apropiado que se proponga una reforma jurídica en la que se derogue el art. 57 del COIP?

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

ÍNDICE

PORTADA.....	i
CERTIFICACIÓN.....	ii
AUTORÍA.....	iii
CARTA DE AUTORIZACIÓN	iv
DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO	vi
1. TÍTULO	1
2. RESUMEN	2
2.1. Abstract.....	4
3. INTRODUCCIÓN	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	7
5. MATERIALES Y MÉTODOS	28
6. RESULTADOS.....	31
7. DISCUSIÓN	46
8. CONCLUSIONES	50
9. RECOMENDACIONES	51
9.1. Propuesta de Reforma	52
10. BIBLIOGRAFÍA	55
11. ANEXOS.....	58
ÍNDICE	86