



UNIVERSIDAD TECNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANISTICA

ABOGADO

TRABAJO DE TITULACIÓN

Análisis jurídico doctrinario de la reincidencia culposa en la
legislación penal ecuatoriana

Autor (a): Moreno Ramón, Andrea Guadalupe

Director (a): Mgtr. Castillo Álvarez, Pablo José

LOJA – ECUADOR

2020



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NC-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

2020

Aprobación del director del trabajo de titulación.

Loja, 09 de septiembre de 2020

Mgtr,

Andrea Catalina Aguirre Burneo

COORDINADORA DE LA CARRERA

Ciudad.-

De mi consideración:

El presente trabajo de titulación denominado: “Análisis jurídico doctrinario de la reincidencia culposa en la legislación penal ecuatoriana” realizado por Andrea Guadalupe Moreno Ramón, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo. Así mismo, doy fe que dicho trabajo de titulación ha sido revisado por la herramienta antiplagio institucional.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

Atentamente,

Firma:.....

Pablo José Castillo Álvarez

C.I 1718347113

Declaración de autoría y cesión de derechos

“Yo, Andrea Guadalupe Moreno Ramón, declaro y acepto en forma expresa lo siguiente:

Ser autora del Trabajo de Titulación denominado: “Análisis jurídico-doctrinario de la reincidencia culposa en la legislación penal ecuatoriana”, de la Titulación de Derecho, específicamente de los contenidos comprendidos en: Capítulo 1. La reincidencia, Capítulo 2. La pena, dolo y culpa, Capítulo 3. Principios “Ne bis in idem”, proporcionalidad y culpabilidad, Capítulo 4. Investigación y análisis de resultados, siendo Mgs. Pablo José Castillo Álvarez, director del presente trabajo; y, en tal virtud, eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones judiciales o administrativas, en relación a la propiedad intelectual. Además, ratifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo son de mi exclusiva responsabilidad.

Que mi obra, producto de mis actividades académicas y de investigación, forma parte del patrimonio de la Universidad Técnica Particular de Loja, de conformidad con el artículo 20, literal j), de la Ley Orgánica de Educación Superior; y, artículo 91 del Estatuto Orgánico de la UTP, que establece: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”.

Autorizo a la Universidad Técnica Particular de Loja para que pueda hacer uso de mi obra con fines netamente académicos, ya sea de forma impresa, digital y/o electrónica o por cualquier medio conocido o por conocerse, sirviendo el presente instrumento como la fe de mi completo consentimiento; y, para que sea ingresada al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública, en cumplimiento del artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:.....

Autora: Andrea Guadalupe Moreno Ramón

C.I.: 1105111064

Dedicatoria

Dedico el presente trabajo a Dios, a mis amados padres Walter y Guadalupe, a mis familiares y amigos, quienes han sido los pilares fundamentales con su amor y confianza permanente en mí. Gracias por permitirme cumplir mis sueños y ayudarme a crecer como persona.

Agradecimiento

Agradezco infinitamente a Dios, por sus bendiciones, sabiduría y fortaleza diaria para permitirme lograr uno de los sueños más grandes de mi vida.

A mis padres, por su ejemplo, su apoyo durante todos estos años y por ser la razón principal para superarme cada día.

A mi familia y amigos, quienes me han ido formando en la persona que soy hoy y su apoyo incondicional en toda mi formación académica.

A la Universidad Técnica Particular de Loja, al personal docente y administrativo por la calidad de educación que he recibido durante mi etapa universitaria.

Un agradecimiento especial al Mgtr. Pablo José Castillo Álvarez, por ser mi mentor durante varios años de mi vida universitaria, por sus enseñanzas y apoyo para la realización del presente trabajo.

Índice de contenidos

Aprobación del director del trabajo de titulación.....	ii
Declaración de autoría y cesión de derechos	iii
Dedicatoria.....	v
Agradecimiento	vi
Índice de contenidos.....	vii
Resumen	1
Abstract	2
Introducción	3
Capítulo uno	5
Marco Teórico	5
1.1. La reincidencia	5
1.1.1 Conceptos	12
1.1.1. Tipos de reincidencia.....	13
1.1.1.1 Reincidencia genérica y reincidencia específica.....	13
1.1.2. Elementos	15
1.1.3. Caracteres.....	17
1.1.4. Problemática en el actual entorno jurídico al respecto de la reincidencia	18
1.1.5. Propuesta alternativa.....	26
Capítulo dos	29
2.1. La pena, el dolo y la culpa	29
2. 1.1 La pena.....	29
Clasificación de la Pena.....	31
2.1.2. Función de la pena.	33
2.1.3. Antecedentes históricos.....	34
2.2.1 El dolo.....	36
2.2.1.1. Concepto.....	36
2.2.2. Elementos del dolo.....	37
2.2.3. Tipos de dolo	39
2.3.1. La culpa.....	42
2.3.1.1. Concepto.....	42
2.3.1.2. Clases de culpa.....	45
2.3.1.3. Estructura de la culpa	46

2.3.1.4. Formas de la culpa	46
Capítulo tres	48
Principios “Ne bis in ídem”, proporcionalidad y culpabilidad	48
3.1 Principio “Ne bis in ídem”	48
3.1.1 Antecedentes y la teoría abolicionista	51
3.1.2 Conceptualizaciones del principio “Ne bis in ídem”	53
3.2. Principio de proporcionalidad	53
3.2.1 Conceptualizaciones del principio de proporcionalidad	57
3.3 Principio de Culpabilidad.....	59
3.3.1 Antecedentes	59
3.3.2 El principio de culpabilidad y la reincidencia	60
3.3.3 Conceptualizaciones del principio de culpabilidad.....	64
3.4 Análisis de legislación sobre la reincidencia.....	65
3.4.1 Ecuador.....	65
3.4.2. Derecho Comparado	66
Capítulo cuarto	71
Investigación y análisis de resultados	71
4.1. Objetivos.....	71
4.1.1. Objetivo general.....	71
4.1.2. Objetivos Específicos.....	71
4.2. Hipótesis.....	71
4.3. Metodología.....	71
4.4. Técnicas de investigación.....	72
4.4.1. Encuestas.....	72
4.5. Muestra.....	73
Discusión	81
Conclusiones	86
Recomendaciones	87
Referencias.....	88
Apéndice	98

Índice de gráficos

Gráfico 1	74
Gráfico 2	74
Gráfico 3	75

Gráfico 4	76
Gráfico 5	77
Gráfico 6	77
Gráfico 7	78
Gráfico 8	79
Gráfico 9	80

Resumen

En materia penal la figura de la reincidencia dentro de nuestra legislación se encuentra tipificada en el artículo 57, el cual menciona que se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal incrementada en un tercio.

Dentro del tema propuesto se analiza e identifica las posibles vulneraciones de principios como el “ne bis in ídem” así como la proporcionalidad, culpabilidad y los fines a los que está determinada la pena con el fin de establecer la eventual divergencia entre nuestra legislación nacional y los tratados internacionales.

Es necesario mencionar sobre el posible atentado al principio de culpabilidad en el caso de que la reincidencia culposa sea considerada como agravante, tomando en cuenta las posiciones dogmáticas, lo cual se analiza desde la prevención especial como de la general; y por otra parte se considera la reincidencia como agravante, la que se fundamenta en la mayor peligrosidad del delincuente, por lo que también puede ser debatido para quienes el fundamento de la aplicación de la reincidencia solicitan una supresión ya que implica una potencialidad peligrosa como agravante.

Palabras claves: reincidencia, culpa, principios

Abstract

In criminal matters the figure of recidivism within our legislation is typified in article 57, which mentions that the maximum penalty provided for in the criminal type will be imposed, increased by one third.

Within the proposed topic, possible violations of principles such as “ne bis in idem” as well as proportionality, guilt and the purposes for which the penalty is determined are analyzed and identified in order to establish the eventual divergence between our national legislation and international treaties.

It is necessary to mention about the possible attack on the principle of guilt in the event that reoffending is considered as aggravating, taking into account the dogmatic positions which is analyzed from the special prevention as well as the general one; and on the other hand, recidivism is considered as an aggravating factor, which is based on the greater danger of the offender, which is why it can also be debated for those who the basis of the aggravating factor of recidivism request a suppression since it implies a dangerous potential as an aggravating factor.

Key words: recidivism, guilt, principles

Introducción

La figura de la reincidencia ha sido constantemente un tema de amplio análisis dentro de la materia penal, por constituirse uno de las posibles formas de vulneración tanto a principios como derechos, es por ello que en la presente investigación se abordará un estudio doctrinario y jurisprudencial sobre la reincidencia culposa en la legislación penal ecuatoriana (Ferri, 1993). Su efectividad ha sido cuestionada bajo diversos puntos de vista, ya sea desde la dogmática hasta la política criminal, sin embargo, esto lleva a analizar a fondo desde conocer las leyes internacionales y formular una comparación con nuestra normativa nacional hasta llegar a una consolidación de una reforma para nuestra ley penal vigente.

Es por ello que el centro de la presente investigación es analizar el art. 57 inciso 2, respecto a la reincidencia culposa y así establecer si existe una vulneración a principios que se encuentran en Tratados Internacionales y encontrar las diferencias con nuestra norma suprema, con el fin de explicar la base de la reincidencia desde la necesidad de la pena es decir aceptar la agravación del injusto culpable en virtud del nuevo hecho criminal realizado por un sujeto que, normativamente, representa un peligro para la sociedad.

Existe una supuesta vulneración a principios como el “ne bis in ídem” al determinarse el monto de la pena tomando en consideración un hecho que anteriormente fue sancionado, así como el determinar que con la reincidencia el Estado impone una sanción más grave con base en el cometimiento de un delito anteriormente sancionado (Díez, 1986). Por otro lado, el principio de proporcionalidad también ha sido puesto en tela de juicio, ya que con la reincidencia la cantidad de pena supera el daño efectivamente ocasionado afirmándose que la sanción más grave carece en este caso de legitimidad por no sustentarse en una real afectación a un bien jurídico (Bustos, 2006).

El presente trabajo de investigación se lo desarrollará en 4 capítulos de la siguiente manera:

Dentro del primer capítulo de la presente investigación se desarrollarán los conceptos doctrinarios sobre la reincidencia, el origen, así como los tipos referentes al tema de estudio como lo son la reincidencia dolosa y culposa.

En el segundo capítulo se analizará acerca de la pena, sus elementos constitutivos y antecedentes, así mismo con respecto al dolo se establecerá las funciones, elementos, estructura y tipos, para finalmente analizar la culpa, sus elementos y tipos.

En el tercer capítulo se indagará sobre las conceptualizaciones de los principios “ne bis in ídem”, proporcionalidad y culpabilidad, se analizarán los antecedentes de estos principios. De la misma manera se desarrollará un análisis con respecto a la legislación internacional y la norma vigente ecuatoriana.

Dentro del capítulo cuatro se realizará el respectivo análisis de los casos estudiados referentes a la reincidencia culposa, y de manera conjunta se determinará una encuesta dirigida a profesionales del Derecho lo cual demostrará si se cumplen los objetivos propuestos en la presente investigación, identificando una posible vulneración a los principios de la persona reincidente.

La presente investigación abordará temas de gran importancia dentro de la normativa penal ecuatoriana, como estudiante de Derecho es fundamental identificar los posibles problemas con los que pueden contar nuestra legislación y por lo tanto se ha identificado a la reincidencia culposa como una figura que detracta el avance de principios como los de “ne bis ídem”, proporcionalidad y culpabilidad, es por ello que es menester abarcar este tema importante para el derecho penal ecuatoriano.

Capítulo uno

Marco Teórico

1.1. La reincidencia

El ser humano y sus distintas actividades diarias que desde los comienzos de la historia se han distinguido tanto de las acciones incorrectas, perjudiciales o peligrosas para la sociedad o los individuos que la componen, de otras que son imprescindibles, útiles y necesarias. Varias de las primeras que resultan reprochables al grupo según el nivel de gravedad que se le imponen quedan terminantemente prohibidas, previniéndose las respectivas sanciones para quienes las rehacen pudiendo evitarlo.

De esta manera sencilla se origina el derecho penal, sin embargo, sólo alcanza carácter científico en momentos próximos a nosotros. Tan pronto aparece el hecho, la sociedad lo valora conforme a principios éticos como: lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto. Así nace el delito, que en sentido material no es más que un comportamiento dañoso o peligroso para aquellos bienes o intereses que requieren protección (Ranieri, 1956); así nace el tipo, la prohibición y el deber, e igualmente la pena.

Porque el derecho penal representa el reconocimiento y ordenación de los hechos humanos de relación mediante cuadros de conducta, imperativos de conducta y sustitutivos de conducta. El deber ser nace del ser para después ordenarlo; el derecho presupone el hecho; el concepto jurídico se crea sobre el dato social.

Un rasgo social tan antiguo como el hombre es el de la variedad de estos actos que pueden resultar dañinos o peligrosos realizados por un mismo sujeto. Esta diferenciación del número y gravedad de dichos delitos, el acto, como tal, de la repetición del crimen, ha sido revestida por el derecho de relevancia jurídica y, designarse bajo el nombre genérico de "reincidencia".

El hecho de repetición de un crimen llama directamente la atención sobre la persona que lo realiza, y se refleja en muchas formas especialmente sobre la sanción

que le corresponde sobre el cometimiento del mismo. Es por ello que la reincidencia supone una severidad penal mayor.

El mencionar que el derecho penal es solo un mecanismo o instrumento de defensa social contra la realización de ciertas acciones es errado ya que también se debe tomar en cuenta que exista una retribución íntegra para lo que se necesita considerar la gravedad del delito con la personalidad de su autor.

La acción puede ser más o menos reprochable dependiendo de las circunstancias personales tanto del sujeto infractor al momento de cometerlo; pero si nos adentramos dentro de la norma sancionadora el juez será el encargado de definir la pena y adaptarla a la personalidad criminal en el tiempo de imponer el castigo (V. Alexander y Staub, 1935, p.16)

El término de "reincidencia" proviene del *recidire*: caer, volver a incidir es decir abarca la idea de algo que se repite y concibe comúnmente una especie de recaída (Nicolini, 1870, p.601). Sin embargo el concepto técnico acogido por los legisladores trata de que ésta recaída en el cometimiento de un delito por parte del infractor anteriormente condenado por otro delito con sentencia ejecutoriada; es por ello que este retorno al crimen está basado en una realidad que se ha dado en todo el desarrollo de la historia y el derecho penal lo ha tomado en cuenta para que la rigurosidad de la reacción punitiva sea efectiva. (Martínez, 1971, p.11)

Existen algunos argumentos entre ellos el que emana de la Escuela Clásica, cuyo exponente más trascendental y puntual es Francesco Carrara, el cual pone énfasis en los fines de la pena y por lo tanto es cuestión aplicable al mencionar la reincidencia. Menciona la agravante en la insuficiencia de la pena impuesta por el delito anterior, como la sanción inicial no ha sido suficiente para desanimar al sujeto de que vuelva a delinquir. También se lo entiende como principio de prevención especial lo cual lo convierte en necesario, la imposición de una pena más severa, suficiente para

sensibilizar al sujeto de delinquir. Que una persona reincida en un delito, “significa no un vicio general de la pena, sino una deficiencia especial en su relación con aquel hombre... significa que en la pena ordinaria hay un defecto de gravedad relativa... Por tanto, a aquél que se muestra insensible a la pena ordinaria hay que infligirle una pena más fuerte” (Martínez, 1970, p.36)

Siguiendo en cierta medida la justificación a través del sujeto, hay ciertos autores que explican su existencia en la peligrosidad del agente, y en la necesidad de defender a la sociedad del mismo mediante el aumento de las penas y aislamiento del sujeto en cuestión. Así lo expresa Joaquín Pacheco, al distinguir entre clases de reincidencias: sólo la reincidencia específica debería tenerse como agravante, ya que la reincidencia falsa o ficta, al carecer de delitos análogos, va a contrapelo de la razón: “el que conspira por segunda vez, después de penado la primera, acredita que es un incorregible conspirador; el que conspiró una vez y después riñe con otro, no acredita nada que sea análogo” (Pacheco, 1856, p.238).

Actualmente en nuestro Código Orgánico Integral Penal (2020) estipula con respecto a la figura de la reincidencia como: “La comisión de un nuevo delito por parte de la persona que fue declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada”.

“La reincidencia solo procederá cuando se trate de la misma infracción penal o se haya atentado contra el mismo bien jurídico protegido en cuyo caso deberán coincidir los mismos elementos de dolo o culpa”.

“Si la persona reincide se le impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal incrementada en un tercio” (Art. 57).

Partiendo desde el punto social acerca de la figura de la reincidencia, se observa que la prioridad del legislador es de crear precedentes punitivos para evitar la repetición de los delitos bajo el criterio de proteger la paz pública y la prevención de futuros delitos. En el COIP, existen artículos que hacen referencia a la reincidencia como lo es el artículo

630, número 2: Para la suspensión condicional de la pena, “Que la persona sentenciada no tenga vigente otra sentencia”; y el número 3 manifiesta: “Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado [...]”. El término reincidencia también se encuentra en el artículo 725 del COIP: “Sanciones.- Se impondrán las siguientes sanciones dependiendo de la gravedad y reincidencia [...]”

El tratadista García Falconí menciona sobre la institución de la reincidencia, él piensa que se debería tomar en cuenta la base dogmática de nuestro legislador, teniendo en cuenta la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos que son parte del ordenamiento jurídico del Ecuador, lo cual podría contrariar normas constitucionales vigentes. Además, recalca que “la reincidencia desempeña un rol más que de precepto de concepto acerca de la personalidad del reo”

Con la finalidad de precisar que la reincidencia va en contra de principios constitucionales, se citan dos artículos de la Constitución de la República del Ecuador. En su artículo 11 número 2, se señala que: “Nadie podrá ser discriminado por razones de [...] pasado judicial”. Claramente se trata de proteger al ciudadano de toda arbitrariedad del Estado. La reincidencia no se puede dar dentro de este marco garantista, el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia. Adicionalmente, en el Art. 76, número 7, letra i de la Constitución, se establece que: “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia”. En este artículo se aplica el principio ne bis in ídem del cual se abarcará en el capítulo tres.

Al considerar a la Constitución como Norma Suprema y que prevalece sobre cualquier Ley como lo estipula el artículo 424, no es menos cierto que, toda la política pública respecto de la seguridad ciudadana, hace prevalecer la normativa establecida en el COIP, y, por lo que se ha sostenido, la reincidencia se convierte en la evidencia fáctica que determina en última instancia el dictamen condenatorio por parte del juez.

Se puede establecer que la reincidencia según el COIP se basa en un incremento de la pena máxima en un tercio, además para poder acceder a una suspensión de la pena, el delincuente no debe representar ninguna peligrosidad y no contar con antecedentes personales, por lo que de esto se puede aseverar que la política penal representa una total discriminación hacia los infractores. Por lo que la reincidencia en nuestro ordenamiento jurídico, se creó un derecho penal de autor, en el cual, "Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino que sólo el que el autor sea 'tal' se convierte en objeto de la censura legal" (Bockelman, p.177).

Origen

El reconocimiento de los antecedentes de un fenómeno jurídico ayuda a comprender su contexto actual, por ello es trascendental empezar con la aproximación histórica de la reincidencia a grandes rasgos, la cual se genera a partir de la presentación de un panorama general de la agravante a través de los tiempos. Como lo dijo Martínez (1971, p. 15), en este recorrido histórico se identifica la tendencia a incrementar la pena como expresión de rechazo frente a la recaída en el delito. Si estudiamos las culturas más antiguas, la persona reincidente no se lo consideraba como acreedor de los castigos más severos dada la gran cantidad de delitos que se castigaban con la pena de muerte y la problemática para identificar a los autores que ya habían sido antes condenados.

Este último obstáculo fue superado al comenzar la práctica de marcar corporalmente a los condenados (Agudo, 2005, p. 11), con el propósito de reconocer a aquellos que por su conducta iban en contra de la Ley, era muy común el castigo de la realización de marcas en la piel hechas con hierros candentes, así como los latigazos en la espalda y las piernas para marcar al reincidente que había intentado huir o al ladrón; la flor de Liz, en la que tatuaban con un hierro candente la frente, o varias partes del cuerpo a los condenados según el delito, pero en el análisis de todas estas prácticas

se puede evidenciar que aparte de ser inhumanas éstas; no aseguraba el conocimiento de la identidad real del infractor y menos del reincidente.

Resuelto el problema de reseñar al reincidente con dichas prácticas, a éste le aplicaban un castigo con mayor rigor punitivo que el anterior, situación que tiene origen en los comienzos de la historia de la civilización. De acuerdo con Martínez (1971, p. 17), los datos conocidos al respecto, como los presentes en el Manava Dharma Sastra, permiten llegar a dicha conclusión. El escrito brahmánico del año 500 a. C., mencionaba que “el Rey castiga primero con la simple amonestación, después con severos reproches, la tercera vez con multa y finalmente con la pena corporal”. De la misma forma, la civilización China para el año 2285 a. C., tenía definido en su código penal el castigo de la muerte para los delitos premeditados y para los reincidentes. En el Derecho hebreo, S. XIII a. de C., el delito se castigaba con azotes y la reincidencia con una cadena perpetua que constituía finalmente en la pena de muerte de manera indirecta. Según Armengol (2002, p. 141), griegos y persas igualmente convenían en castigar con mayor severidad a aquel que recayera en el delito. En el Levítico se describe la inmensa cólera que recaerá sobre quienes desobedezcan de manera continuada los preceptos divinos (Agudo, 2005, p. 16). El Derecho romano reaccionó a la recaída en el delito, particularmente en la reincidencia específica, donde se tenía en cuenta la repetición en determinadas faltas (González, 1988, p. 8). El Derecho canónico se acogía también a este tipo de reincidencia, donde se castigaba con pena agravante en los casos de herejía y concubinato (Agudo, 2005, p. 11).

Asua (1982, p. 8) indica que, en el siglo XVII, Farinacio presenta la expresión conocida como “consuetudo delinquendi poenam delicti auget regulariter”, haciendo referencia al aumento de pena para la costumbre de delinquir. En el siglo XVIII comienza la unificación de los diversos códigos existentes en Europa, con lo que se reconstruye la reacción frente a la recaída en el delito (Agudo, 2005, p. 13). Según el citado autor, pese a toda la configuración histórica de la reincidencia, no es hasta el siglo XIX que

realmente se da una estructura de reacción frente a la recaída en el delito, luego de que el movimiento codificador europeo dotara esta institución jurídica de perfiles definidos, garantías jurídicas y de aplicación (Agudo, 2005, p. 14). De lo mencionaba se llega a la conclusión que el concepto de reincidencia es el mismo que se manifiesta desde el siglo XIX, pero su práctica está sujeta al entorno en el que se desarrolle determinado acto.

En el estudio del Derecho Romano se evidencia de igual manera la reincidencia, sin embargo, se destacan ciertas particularidades más específicas e importantes:

En la antigua Roma se tenía en cuenta la reincidencia específica, especialmente determinante a lo que se llama hipótesis de identidad de delitos; si hablamos de reincidencia genérica ésta solo se implementaba como máximo y sólo para los delitos en los que ello fuera posible, y en cuando existía un criterio de agravación atribuido al arbitrio del Juez. Otra parte clave dentro del Derecho Romano y la reincidencia es que no existía una exacta distinción entre el término reincidencia, reiteración y concurso de delitos; así mismo no existía un principio general sobre la reincidencia como circunstancia agravante, ni una norma fija de agravación.

La iglesia y el derecho canónico, no tenía un concepto explícito sobre la reincidencia ni un término técnico para expresarlo, además existía cierta confusión entre pecado y delito y entre reincidencia y repetición criminal, considera esta agravante en determinados delitos, entre ellos la herejía y el concubinato.

El Concilio Tridentino llegó a distinguir, para ciertas infracciones, entre mera repetición y reincidencia (específica) y entre reincidencia tras la condena y reincidencia tras la expiación. Se ha discutido si en este Concilio se recogió el criterio de la incorregibilidad del reincidente. El vigente Código de Derecho Canónico disciplina tanto la reincidencia genérica como la específica (Canon 2.208).

La figura de la reincidencia era algo desconocida en el derecho germánico; sólo las Leyes de Liutprando y las Capitulares de Cario Magno imponían una sanción

específica y solo con respecto al hurto. También la Carofina .de Carlos V castigaba el tercer hurto con la pena de muerte, pero no existe una línea de identificación clara entre reincidencia, repetición criminal y habitualidad.

1.1.1 Conceptos

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”. En tal sentido examinando la etimología de reincidencia nos encontramos con dos palabras: re – prefijo que en latín significa “repetición”, Reconstruir; y el verbo incidir– del latín incidere que se utiliza para significar causar una cosa un efecto en otra; tocar una cosa la superficie de otra; cometer una persona una falta o un error.

Para Zabala (2005):

El principal efecto de la reincidencia es elevar la pena impuesta al autor y las penas divisibles se aplicarán de acuerdo con las circunstancias atenuantes del hecho; se tendrá en cuenta, también, las reincidencias en las que ha incurrido, así como otros antecedentes y condiciones personales del autor. Al igual que en otras estructuras penales, en el código argentino se requiere la preexistencia de otras penas impuestas con anterioridad (p. 85)

Para Cabanellas (2001):

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 (p. 112).

Jiménez de Asúa (1929) considera:

La reincidencia constituye un concepto tendiente a desaparecer, para ser sustituido por el de la habitualidad; y de ahí 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 gravante: la eliminación o encierro perpetuo (p. 150).

Cruz (2016):

La reincidencia puede ser realizada por el cometimiento de un delito análogo al que anteriormente cometió el infractor, o puede ser la reiteración en el cometimiento de una acción que se halla tipificada como delito en la ley penal, por tanto, esta pueda ser específica o general, según sea considerada en la legislación de un estado, plantea un elemento agravante a la consideración de la sanción de un infractor penal (p.54)

Martinez de Zamora (2015):

Reincidencia es la realización de un nuevo delito, por el mismo agente después de haber sido condenado por otro anterior, cuya pena se haya sufrido en todo o en parte y antes de haber transcurrido un determinado tiempo fijado por la ley diremos que es la recaída en el delito (p.11)

1.1.1. Tipos de reincidencia

1.1.1.1 Reincidencia genérica y reincidencia específica.

Dentro del concepto técnico-jurídico más amplio de reincidencia, es posible incluir diferentes formas de repetición delictiva en los que concurre el elemento de la institución que constituye la sentencia ejecutoria previa. De esta manera, es posible hacer uso de los términos reincidencia genérica o reiteración para expresar la recaída

en delitos de distinta naturaleza mediando condena ejecutoria previa, y reservar los términos reincidencia específica o simplemente reincidencia para referirnos a la recaída en delitos de la misma naturaleza mediando entre ellos condena ejecutoria previa. (Armengol, 1873, p.19).

Es necesario distinguir entre la reiteración y la reincidencia, ambos comprendidos en el concepto técnico amplio de la reincidencia, no es la sentencia ejecutoria previa que opera como presupuesto en ambos casos, sino la identidad o la falta de identidad en la naturaleza de las infracciones objeto de las respectivas condenas.

La distinción entre la reiteración o reincidencia genérica y la reincidencia o reincidencia específica ha sido habitual, a pesar de ello, la doctrina no ha logrado llegar a un acuerdo sobre el fundamento de su distinto tratamiento legal, en general más benigno para la reiteración que para la reincidencia (Armengol, 1873, p.19).

También hay que destacar que a partir de las tesis de Carrara se ha diferenciado entre la reincidencia propia o vera, la cual manifiesta que el autor al realizar el segundo delito hubiera cumplido total o parcialmente la pena impuesta por el anterior delito; y la reincidencia impropia o ficta, que permite su apreciación a pesar de que la persona actora de determinado crimen que hubiera sido sentenciado previamente por otro delito no hubiera cumplido su condena.

García (2012) menciona: “La reincidencia genérica, tiene en cuenta la insistencia del delincuente en su voluntad de violar la ley sin fijarse si las sanciones que se hayan impuesto por ello, lo sean por tal o cual delito” (p. 11)

Martínez (1971) comenta: En pura teoría hay reincidencia genérica o reiteración cuando las varias infracciones penales cometidas por el delincuente son de naturaleza o especie distinta, mientras que el concepto de reincidencia específica se limitan a

aquellos casos en los que los diferentes delitos realizados por el culpable sean de la misma (o semejante) naturaleza, índole o especie. Sin embargo, la dificultad práctica que entrañaría desvelar en cada supuesto aislado si dos o más violaciones delictivas son de la misma o de distinta índole, a lo que hay que añadir mía patente desconfianza en la libertad de apreciación judicial, ha inducido al legislador a realizar una interpretación auténtica sobre el significado de los términos "misma" y "distinta" especie de delito (pág. 111).

García (2005) menciona: La reincidencia específica, toma en cuenta la naturaleza del ilícito; o sea considera la pena por idéntico o similar delito, por la cual ya fue condenado; en este caso la doctrina considera que la tendencia criminal es idéntica, por esta razón hay que diferenciar entre delitos dolosos y culposos, entre delitos y contravenciones (p. 11).

1.1.2. Elementos

En relación con los elementos que componen el concepto legal de la reincidencia, resulta necesario hacer mención a la tesis de Martínez de Zamora, que desde la parte teórica hace la diferenciación de tres elementos fundamentales en la estructura del concepto de reincidencia: a) el sujeto; b) la condena; y c) el segundo delito cometido (Martínez, p.1971, p.76).

Luego se precisa que realmente los elementos de la reincidencia son únicamente dos: “pues la condena nada significa sin referirla a un sujeto, y éste no es cualquiera, sino específicamente el ya condenado; la sentencia de condena queda absorbida por la humanidad del delincuente que, por ella, aparece en una situación característica, a la que se denomina situación reidad, la cual constituye, por tanto, el primer elemento indicado. La recaída como tal, significada por el segundo delito, es el otro elemento de la reincidencia” (Martínez, p.1856, p.76)

a) El sujeto: Según Martínez (1971) la reincidencia sólo podrá apreciarse sobre aquella persona que se encuentra en la situación de potencialidad descrita por la norma, esto es, en la situación de ya condenado anteriormente. Por lo que se evidencia que la naturaleza eminentemente personal de la reincidencia, apoya su deducción en la propia definición de la agravante, que hace uso de la expresión ser reincidente, con lo cual “personaliza la circunstancia en una categoría especial de delincuentes” (p.78).

El estado de reidad: Como lo determina Martínez, sujeto y condena conforman el primer elemento de la reincidencia sin que sea posible su independencia más que idealmente. El estado de reidad constituye para este autor una categoría jurídica subjetiva provocada por la sentencia penal firme de condena, en la que se incluyen todos los individuos que se encuentren en una situación determinada, esto es, la de ya condenados. De forma subsiguiente con sus proposiciones, Martínez menciona que el denominado estado de reidad abarca de manera inseparable el sujeto y la sentencia penal de condena.

Según el mencionado autor, la Ley atribuye al ya condenado, esto es, al sujeto que ha sido precedentemente sentenciado, un especial deber de no delinquir, o lo que es lo mismo, de no convertirse en reincidente. A partir de lo anterior, cierra su criterio de que “si está presente en la reincidencia algún tipo de autor, este no será el reincidente sino el ya reo, sobre todo si se admite, como debe hacerse, que la verdadera agravante sancionada por la Ley como reincidencia nace del hecho de que la infracción criminal la comete no un reincidente sino un ya condenado” (pág.85).

La sentencia penal firme de condena: El tercer elemento contenido en el denominado estado de reidad, lo constituye la sentencia penal firme de condena interpuesta entre las varias infracciones criminales cometidas. Según Martínez, es éste

el elemento más específico de la reincidencia, que la distingue en el plano formal de otras hipótesis de reiteración delictiva.

b) El nuevo delito: La comisión de un nuevo delito por el ya reo es para Martínez el segundo elemento característico de la reincidencia. La reincidencia está compuesta por situación de reidad y segundo delito, por lo tanto se lo puede considerar como identificativo de peligrosidad; pero la agravante, se fundamenta en la significación de recaída que posee la infracción realizada por el ya sancionado y de ésta respecto a la cometida por un delincuente primario. En el nuevo delito, en efecto, se centra la recaída.

1.1.3. Caracteres

Generalidad

La reincidencia es una institución jurídica que se puede aplicar a cualquier transgresión penal, salvo aquellas que por su escasa gravedad vienen a ser excluidas de la misma. Por lo cual, la comisión de cualquiera de los tipos delictivos, puede ser considerada a los efectos de constituir la base formal de la agravante. Sobre lo mencionado, es necesario recordar, que los distintos delitos cometidos se hallen comprendidos en el mismo Título del código y sean de la misma naturaleza. Por otra parte, se debe precisar que la reincidencia es la única circunstancia agravante de la responsabilidad criminal de la que es posible predicar la característica de la generalidad. Y así, se pone de manifiesto que todas las agravantes, salvo la reincidencia, carecen de generalidad (Bacigalupo, 1980, p. 66).

La característica generalidad de la reincidencia ofrece un argumento más en apoyo de las tesis que afirman la especial naturaleza jurídica de la reincidencia, distinta del resto de las circunstancias agravantes.

Obligatoriedad

Varios autores han realizado varias críticas acerca de esta característica de la agravante, por considerarse que la reincidencia supone una presunción perjudicial contra el acusado que puede ser deshecha mediante prueba en contrario, pues la recaída en el delito no se entiende a priori como argumento constante de una mayor perversidad o de una culpabilidad aumentada en el delincuente (Arroyo, p.195).

Según esta última opinión, el Juez debería gozar de cierta libertad a la hora de apreciar la agravante, ya que sólo a la vista de cada caso concreto es factible determinar si realmente concurre en el agente una mayor perversidad, culpabilidad, malicia, peligrosidad, o cualquiera otra de las razones con las que se pretenda justificar la mayor punición del reincidente (Bacigalupo, 1980, p. 67).

Objetividad

A pesar de su naturaleza eminentemente personal, la reincidencia descansa sobre bases puramente objetivas. En este sentido, Calderón (1999) se muestran acertado cuando afirma que “la reincidencia es una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal que supone la objetivación de una cualidad personal” (p.266).

Los presupuestos formal-objetivos que deben concurrir para la apreciación de la agravante de reincidencia, son los siguientes: a) la existencia de una precedente sentencia firme de condena por delito; b) la posterior comisión de otro delito por parte del sujeto precedentemente condenado; y c) la existencia de una relación de identidad en el Título y en la naturaleza de las distintas infracciones (Calderón, 1999, p.266).

1.1.4. Problemática en el actual entorno jurídico al respecto de la reincidencia

Actualmente existen una diversidad de posturas con respecto a la doctrina y la reincidencia. Se ha desarrollado dentro de la materia penal un avance al enfoque de

esta figura; en primer lugar históricamente se ha identificado con la teoría de la mayor alarma social, para luego verse enmarcado con la teoría de la lesión de un bien jurídico diverso de la lesión más profunda del mismo jurídico y en la actualidad a la teoría que fundamentan la reincidencia en la culpabilidad. Martínez De Zamora (2015) sostiene que existen éstas tres teorías que interpretan la reincidencia desde diferentes concepciones jurídicas:

1. Teoría de la mayor alarma social: Esta teoría viene formulada en la Relación Ministerial sobre el proyecto de Código italiano de 1887 en el que menciona: “Se disputa entre los juristas si la circunstancia de la Reincidencia debe referirse a la imputabilidad o bien a la pena. Pero es fácil convencerse de que la reincidencia agrava el delito en su elemento político. Fundamento de ella es la mayor alarma que provoca aquel que ha delinquido varias veces y que, por ello, se demuestra más peligroso [...] El mal del delito no es solo físico, sino también social y político [...]”
2. Teoría de la lesión de un bien jurídico diverso o de la lesión más profunda del mismo bien jurídico: Según Dell’Andro, Manzini adopta una postura netamente objetivista respecto a la reincidencia al afirmar que el delito del reincidente lesiona un interés diverso o el mismo interés en mayor grado que la infracción del delincuente que actuó en primera ocasión. Tal interés estaría constituido por el “derecho general de seguridad correspondiente a todo ciudadano. Otras aseveraciones de Manzini la repetición del delito tras la condena muestra, además, en el reincidente una extraordinaria resistencia a aquel motivo de inhibición que es suficiente para la mayoría de los que ya cayeron en delito, [...]”
3. Teorías que fundamentan la reincidencia en la culpabilidad: Son muy numerosos los penalistas que encuentran el fundamento de la reincidencia en un aumento de la culpabilidad que concurre en el delito del reincidente, o mejor, del ya reo. [...] Dejando aparte el examen del distinto alcance que posee la inclusión de la reincidencia en el concepto de culpabilidad según la noción que sobre esta se tenga,

y el del significado del hecho, frecuente y paradójico, de fundamentar la reincidencia conjuntamente sobre la culpabilidad y otras instituciones del derecho penal, como por ejemplo, la peligrosidad, observemos que, normalmente, los autores que siguen este criterio admiten que la reincidencia se refiere al sujeto, aunque sienten, al mismo tiempo, el imperioso impulso de enlazar la personalidad del sujeto o su situación con el hecho por él realizado [...].

Las tres teorías antes mencionadas tienen un objetivo común que es el de tratar a la figura de la reincidencia como un delito penal el cual debe sancionarse rigiéndose a la ley para demostrarle a la sociedad que el derecho va a brindar una seguridad a todos los ciudadanos. Sin embargo, queda pendiente una idea que debe ser clara, la cual es que el delincuente también forma parte de la sociedad a la que Estado debe proteger sus derechos, por lo que estamos frente a un poder punitivo que si bien es cierto prioriza la sanción del delincuente pero no realiza un verdadera rehabilitación y reinserción en la sociedad del mismo.

La Constitución de la República del Ecuador establece en su artículo 393 encontrándonos en un estado de derecho y de justicia garantizará la seguridad humana por medio de las políticas con el fin de asegurar la convivencia pacífica de las personas cuyo fin es de promover la paz y prevenir las diversas formas de violencia y a la comisión de delitos. Por lo que se hace un énfasis en la creación de políticas criminales las cuales deben ser reguladas y planificadas por órganos especializados, lo cual tiene íntima relación con las políticas públicas en lucha de impunidad, así como el respeto de los derechos de los individuos que forman parte del territorio ecuatoriano.

Las Naciones Unidas en la resolución 36/21 del año 1981 sobre la justicia penal, solicita a los gobiernos elaborar diversos mecanismos de justicia penal basada en los diversos factores económicos, sociales y culturales a fin de poder enmarcar una verdadera justicia penal basada en los problemas sociales. Por lo que es necesario destacar que si bien es cierto la creación de estos mecanismos debe estar inmerso la

totalidad de ecuatorianos y extranjeros residentes en el país no se puede dejar de lado a las personas privadas de libertad, en la que están inmersos algunos reincidentes, los cuales deben tener la misma protección de derechos que cualquier otro ciudadano.

Como es de conocimiento el garantismo estimula el espíritu crítico y la incertidumbre permanente sobre la validez de las leyes y de sus aplicaciones, de manera que, como su propia denominación indica, se aboga por un derecho penal restringido a lo mínimo necesario, en correlación con el derecho válido y efectivo.

Siendo en dicho sentido necesario determinar que el Código Orgánico Integral Penal, tiene contenido de carácter garantista, dentro de la cual se deben destacar un aspecto crucial como lo es la finalidad de la pena, entendida como la rehabilitación y la resocialización.

La realidad de la situación penitenciaria en Ecuador es la siguiente, según lo menciona Núñez, en base a tres características las cuales definen la situación de las personas encarceladas en Ecuador: la corrupción del sistema penitenciario; la dependencia económica del preso/a de su familia para poder sobrevivir el encierro y la violación sistemática de los derechos humanos de las personas reclusas.

Por lo que al aplicar la reincidencia en delitos culposos estamos propensos a que se vulneren los derechos de éstas personas que han cometido una infracción y más aún tratándose de sancionar a aquellos que se aplica esta figura por cometerlos con culpa. Dando paso a que no se cumpla como tal el fin de la pena ya que con antecedentes se ve reflejado que una verdadera rehabilitación y resocialización no existe por falta de políticas criminales en Ecuador.

Existe dos formas de coerción para Zaffaroni en el poder punitivo: la primera detiene un proceso eminente y la otra es la coerción reparadora. Este autor explica que cuando “en la coerción reparadora alguien que manda ‘dice el lesionado soy yo’, y aparta al que realmente sufrió la lesión, allí surge el poder punitivo”.

En la coerción reparadora se puede distinguir que efectivamente el Estado asume el rol de víctima, es decir, mantiene su autoridad violada y su autoridad que se representa jerárquicamente. Por esta razón, Christie sostiene un enfoque donde “los conflictos pueden ser visualizados como una propiedad, que el sistema penal y otros sistemas profesionales ‘roban’ a las personas a las que realmente les pertenecen”.

Barbero Santos “explica que el sistema penitenciario basado en la resocialización y en la rehabilitación, apenas ofrece resultados apreciables en la prevención de la reincidencia [...]”(p.85) . Por su parte, Foucault escribe que “la prisión conducía a un resultado opuesto, que era más bien una escuela de delincuencia, y que los más finos métodos de los aparatos policial y judicial, lejos de asegurar una mayor protección contra el crimen, llevaban a lo contrario, a un reforzamiento del medio criminal, por mediación de prisión”

Oré Sosa menciona que no se puede saber si verdaderamente contribuye a aislar al infractor en cuatro paredes para evitar el delito o si la prisión juega un papel de prevención en el delito, no hay nada concreto sobre el resultado. En palabras de este autor: “la reincidencia puede mostrar las fallas del sistema social y de las propias agencias de ejecución penal”.

Con lo mencionado, se logra encontrar una contradicción fundamental que se da dentro del Estado. La declaratoria de igualdad ante la ley está escrita; en base de la sanción al reincidente, se cometen lamentablemente grandes atropellos a la dignidad humana, lo que es una clara violación de principios constitucionales. La persona reincidente es recluida en las cárceles con el fin de evidenciar una sociedad sin delito, sin crimen, justificando la aplicación de la ley. A través de sus gobiernos, el Estado asume el papel de víctima y se vuelve victimario con el reincidente.

En primer lugar en varios países latinoamericanos entre ellos Ecuador, entre el 30 y el 50 por ciento de las personas que han salido de los sistemas penitenciarios

cerrados suelen ser condenados nuevamente y vuelven a las cárceles antes de los cuatro años (Martínez, 2014), lo que señala que la reclusión aporta muy poco a la rehabilitación de los encarcelados, además se debe señalar que se trata de un indicador de la efectividad de las medidas preventivas del crimen y la seguridad ciudadana al cabo de la experiencia carcelaria, y que por lo tanto su decremento sistemático es un efecto deseable y debe ser trabajado de manera más eficiente, mas no de la idea de imponer una pena por reincidencia especialmente en delitos de culpa.

Las cifras demuestran la alta reincidencia que tiene Ecuador, según la Campaña Quinaucho en el año 2015, “El nivel de reincidencia elevada en el Ecuador se ubica en un 46% aproximadamente, es decir, que casi la mitad de las personas privadas de libertad de los centros de rehabilitación social, vuelven a entrar en conflicto con la ley por lo que la reinserción del delincuente debe ser considerada uno de los ejes primordiales de la rehabilitación social el cual es causante del desequilibrio del sistema de rehabilitación social por su nivel de reincidencia”

Hay que hacer énfasis en que las cifras antes mencionadas hablan de una reincidencia de carácter general, sin embargo dentro de esa cifra se encuentran reincidentes por delitos de culpa.

Se puede identificar que la función penitenciaria es la de poner al servicio del condenado soluciones para su reinserción en la sociedad, así como la rehabilitación de su conducta, se pretende identificar los momentos y escenarios que originaron su tendencia criminal. Por lo que el análisis profundo de cada caso debe hacerse con el fin de encontrar una solución u oferta para el delincuente, y a partir de esto crear un verdadero proyecto de vida diferente al de la delincuencia, conociendo la manera de actuar al encontrarse en libertad.

En el año de 1970 y 1994 se realizó un meta análisis que recopila información de 131 estudios, los cuales fueron dirigidos por Gendreau (1996) y se identificaron distintas variables que correlacionaban positivamente con el riesgo de reincidencia, mientras otras lo hacían negativamente. Entre los factores fuertemente vinculados a la reincidencia penal, los autores hallaron variables relacionadas con la historia delictiva, con los antecedentes de comportamiento antisocial, el desempeño social, la edad, el género, la raza y factores familiares. Por el contrario, Bertone (2013), demuestra que el funcionamiento intelectual, los factores estresantes personales y las condiciones socio-económicas familiares, serían factores débiles.

Otro estudio meta-analítico llevado a cabo por Ortega-Campos (2012), revisó catorce artículos sobre reincidencia publicados entre los años 1995 y 2008. Dichos trabajos identificaron variables asociadas con antecedentes penales familiares, el maltrato físico, problemas físicos, problemas familiares, presencia de violencia en el delito base, tiempo medio en reincidir, poseer o no trabajo y pertenecer al género masculino.

En América Latina la desaparición de la reincidencia parecería ser una realidad con el paso del tiempo, y como antecedente es importante destacar el año de 1984 que Brasil redujo los efectos de la figura mencionada y además eliminó las medidas post-delictuales, así mismo en 1985 desaparecieron ciertas normas del código uruguayo. Sin embargo es un tema de controversia al refutar de la importancia de la reincidencia desde la visión político-criminal, mencionando de casos de multireincidentes que al evitar esta norma producirían efectos negativos para la sociedad.

Existe una relación entre permanencia del delincuente con su conducta posterior. A razón de esto, Pérez y Redondo (1991, p. 5) evidencian que en las investigaciones en el siglo XX, para la época de los años cincuenta se definía una relación totalmente directa entre prisión y reincidencia. Menciona que la criminalización no solo se ve

afectada circunstancialmente por la estancia en prisión si no que hay varios factores como personales, conductuales, psicológicos, sociales que aportan las circunstancias de acometimiento reiterado del crimen por parte del cierto autor.

Molina (1988) menciona que "...la teoría del etiquetamiento explica cómo la estigmatización del autor del delito influye en su comportamiento criminal, indicando que la criminalidad es el resultado de la interacción entre el individuo y la sociedad, en la cual se genera una atribución de roles donde el delincuente es categorizado como desviado o criminal, formándose una imagen de sí mismo que lo lleva a adoptar el rol que le fue asignado" (p.129).

Existen algunas aristas que determinan la conducta criminal, y entre ellas se destacan los aspectos endógeno, donde la herencia, el genotipo, el fenotipo, la edad y las alteraciones psicosomáticas son determinantes al momento de inferir las causas del comportamiento delictivo (Reyes, 2003)

Para esclarecer la idea de criminalidad también menciona el autor anteriormente citado que hay que tener en cuenta factores como el sexo, raza, entorno familiar y cultural. Los elementos propios del recluso son fundamentales, la conducta, sistema psicológico y conducta habitual, así como factores externos pueden ser factores por los que vuelve a cometer un delito.

El principio de derecho penal mínimo es importante en el momento del cumplimiento de la pena, y es que el sistema penal tiene la obligación de proteger ante la amenaza de un mal mayor y que éste recaiga sobre cierta persona que ya actúo de manera delictiva anteriormente. Existen extremos en los que se puede justificar una medida respecto de una persona que permitiese exceder el límite señalado por su culpabilidad de cierto acto, y en la estricta cantidad de privación que sea necesaria para

neutralizar ese peligro; fuera de esos raros supuestos, bastará siempre con la pena que no supere la culpabilidad. (Asúa, 1982, p.58)

La huella que tiene la prisión sobre la conducta de la persona que ya ha cumplido con una condena es relevante, Molina (1988) indica que hay una relación existente entre la estancia en prisión y el comportamiento posterior del encarcelado, donde el sistema penal interviene a través de la imposición de penas que privan de la libertad, las cuales, en lugar de reeducar al delincuente, consolidan su identidad como tal, y en la mayoría de los casos incentiva el ingreso a una verdadera carrera criminal.

El sistema penitenciario tiene una influencia muy significativa en la persona reincidente, en primer lugar lo acoge en un centro de privación de la libertad, lo rehabilita para la vida en la sociedad y le presenta un abanico de motivos para comprender lo indebido de cometer un delito.

Se daría un gran paso con la eliminación de la reincidencia culposa para la reparación del derecho penal de garantías, y es que son años de constantes desvíos de principios fundamentales como de ne bis in ídem, culpabilidad y proporcionalidad, y especialmente, del estricto derecho penal de acto.

1.1.5. Propuesta alternativa

Al realizarse un análisis previo sobre la reincidencia y evitar aquella tradición según la cual la reacción jurídico penal más adecuada para combatir este fenómeno es el incremento de la pena y que ha sido constante histórica en la legislación ecuatoriana es necesario diferenciar y poder crear dos tipos de reincidencia para facilitar al juzgador que emita una sentencia conforme a lo que tipifique la norma.

Por una parte, la reincidencia culposa la cual debería detallarse como este cometimiento de un nuevo delito de culpa con los mismos elementos de tipicidad, y que

para esto no debería existir un incremento de la pena al vulnerar varios principios del Derecho como el “ne bis in ídem”, proporcionalidad y culpabilidad.

Y por otra parte especificarse a la reincidencia dolosa como el cometimiento de un nuevo delito doloso por parte de la persona que fue declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada y sólo si vuelve a cometer un delito de análoga naturaleza es decir los mismos elementos de tipicidad de dolo; será impuesta la pena máxima del tipo penal incrementada un tercio.

Además es importante destacar que un Estado Constitucional de Derechos y Justicia respeta los principios y garantías basándose en el respeto de los derechos fundamentales de los individuos, actúa realizando una política criminal adecuada a la realidad. Por lo que también es muy necesario que el Estado adopte la creación de ciertas políticas criminales. Zuñiga (2001) sostiene que “la política criminal como parte de la política en general de un Estado, tiene las características básicas de cualquier actuación política: es un conjunto de estrategias para un determinado fin que no tienen que ser netamente represivas” (p.23).

Se debe precisar que las políticas criminales toman como base que el Derecho Penal no es la única respuesta ante conductas delictivas que lesionan ciertos bienes jurídicos, por lo que, el Estado debe responder con actos de distinta naturaleza, con el propósito de controlar y sobretodo prevenir comportamientos que lesionan derechos de la colectividad.

García (2013) menciona que “...si conocemos las causas que conllevan a una sociedad a ser delictiva y a los sujetos de los diferentes extractos sociales, estaremos dando el primer paso hacia la realización de políticas públicas y criminales que vayan de acuerdo con la realidad social” (p.3).

Esta propuesta tiende a salir de las esferas de críticas que han mantenido la doctrina sobre la figura de reincidencia, ofreciendo un nuevo entorno a la forma de tratar al fenómeno de recaída en el delito, para alcanzar este objetivo es útil crear dos conceptos nuevos y tratar que la propuesta sea susceptible de ser trasladada con éxito de la esfera de lo teórico a lo práctico.

Capítulo dos

2.1. La pena, el dolo y la culpa

2. 1.1 La pena.

La pena es considerada como la consecuencia de la composición perfecta de varias condiciones que se las denomina como “Teoría del Delito”, es decir es el resultado lógico de un delito y su intención general es mantener un orden social. Según Enrico Ferri “son delitos las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado” (de León Velasco, H. A., & Mata Vela, 2004)

En el Gran Diccionario Enciclopédico Universal la pena está definida de la siguiente manera: “la pena es el castigo impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta”(Universal, 1986)

El Diccionario de la Real Academia Española la define así:

“Castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta” (Española, 2001).

Para Ulpiano: “La pena es la venganza de un delito”.(Ulpiano, 1998)

Von Liszt define la pena como: “El mal que el juez inflige al delincuente, a causa del delito, para expresar la reprochabilidad social con respecto al acto y al autor”(Liszt, 2014).

García (2012) define que:

“La pena es una consecuencia del delito tiene como presupuesto lógico la imputación penal de un hecho antijurídico a un sujeto culpable a lo que se sirve como ya se vio la teoría del delito, sin embargo resulta pertinente precisar que la imposición de la pena no tiene lugar al estilo de las leyes causales mediante una aplicación

automática desprovista de toda intervención humana sino que también aquí entran en consideración cuestiones de carácter valorativo para decidir la procedencia y cuantía de la reacción (García, 2012, pág. 25).

Carrara expone que la expresión pena puede adoptar tres distintas acepciones: “la primera, en sentido general, expresa cualquier dolor o cualquier mal que causa dolor; la segunda, en sentido especial, designa un mal que sufrimos por razón de un hecho nuestro doloso o imprudente; la tercera, en sentido especialísimo, indica el mal que la autoridad impone a un reo por causa de su delito” (Cabanellas, 2010).

Quintano Ripollés, respecto de la pena aduce que esta consiste en “la privación de un bien impuesta en virtud del proceso al responsable de una infracción previamente determinada por la ley” (Cabanellas, 2010)

Eugenio Cuello Calón en relación a la pena expone que esta constituye una “privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal” (Cuello, 1958, pág. 16)

El Dr. Jorge Zavala Baquerizo estima a la pena como: “un mal jurídico que tiene como presupuesto necesario la infracción y que aspira a rescatar socialmente al penado para que viva normalmente dentro de la sociedad” (Zavala, 1986, p. 126)

Existen muchas conceptualizaciones respecto a la pena, pero es determinante identificar el factor del tiempo y la época de los distintos autores, lo que evidencia un cambio de percepción entre ellos para dar un concepto propio al término, los autores de época clásica evidencian claramente a la pena con un resultado de venganza y para ser más específica de manera pública, siendo esto una represalia social en contra del delincuente.

Dentro de nuestro país se puede definir de una manera distinta a la finalidad de la pena, con precedente de la creación de la Constitución del 2008, así como del Código Orgánico Integral Penal.

La Teoría Absoluta era evidente cuando estaba vigente el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal, ya que la pena tenía su utilidad como consecuencia jurídica que ayudaba a restablecer el efecto de la norma; y, a medida de que existían principios penales que reconocían el Derecho del delincuente a su reinserción a la sociedad, no existían mecanismos y menos aún políticas públicas que identifiquen alguna forma de rehabilitación, para que luego exista una verdadera reinserción.

Con la entrada en vigencia del COIP, el cual recoge en un solo cuerpo legal las normas y penas, así como la evolución doctrinaria del funcionalismo con una composición completa de elementos de tipo, eximentes de culpabilidad, antijuridicidad y acción, así como incorporación necesaria de la teoría de la imputación objetiva y subjetiva, supuestos que no se encontraban en la normativa anterior se hace mucho más fácil identificar la finalidad de la pena encontrando la preventiva general, especial o individual.

Clasificación de la Pena.

Penas privativas de libertad.

Dentro de nuestra normativa en el art. 59 del Código Orgánico Integral Penal se estipulan las penas privativas de libertad a aquellas que tienen como duración de hasta cuarenta años, las mismas que son contabilizadas a partir de la detención. Si llegara a ser condenado también se computará el tiempo que haya sido beneficiado de alguna medida cautelar.

Penas no Privativas de Libertad.

En el Código Orgánico Integral penal en su artículo 60 se estipulan las penas no Privativas de libertad y son:

1. Tratamiento médico, psicológico, capacitación, programa o curso educativo.
2. Obligación de prestar un servicio comunitario.
3. Comparecencia periódica y personal ante la autoridad, en la frecuencia y en los plazos fijados en sentencia.
4. Suspensión de la autorización o licencia para conducir cualquier tipo de vehículo.
5. Prohibición de ejercer la patria potestad o guardas en general.
6. Inhabilitación para el ejercicio de profesión, oficio, empleo o cargo público.
7. Prohibición de salir del domicilio o del lugar determinado en la sentencia.
8. Pérdida de puntos en la licencia de conducir en las infracciones de tránsito.
9. Restricción del derecho al porte o tenencia de armas.
10. Prohibición de aproximación o comunicación directa con la víctima, sus familiares u otras personas dispuestas en sentencia, en cualquier lugar donde se encuentren o por cualquier medio verbal, audiovisual, escrito, informático, telemático o soporte físico o virtual.
11. Prohibición de residir, concurrir o transitar en determinados lugares.
12. Expulsión y prohibición de retorno al territorio ecuatoriano para personas extranjeras.
13. Pérdida de los derechos de participación.
14. Inhabilitación para contratar con el Estado que se aplicará en sentencias condenatorias por delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, concusión, cohecho, tráfico de influencias, oferta de realizar tráfico de influencias, y testaferrismo; así como, lavado de activos, asociación ilícita y delincuencia organizada relacionados con actos de corrupción, pena no privativa de la libertad que será comunicada al organismo técnico regulatorio del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La o el juzgador podrá imponer una o más de estas sanciones, sin perjuicio de las penas previstas en cada tipo penal.

2.1.2. Función de la pena.

La función de la pena ha ido en constante evolución con el pasar de los años y el desarrollo de la sociedad, las diferentes formas de Estado y otros factores que han incidido en la funcionalidad, pasando de ser una retribución al ofendido con el castigo del autor del delito, hasta llegar a ser una prevención y resocialización.

Si mencionamos el periodo primitivo, los delitos eran acciones lesivas realizadas en contra de las personas de manera individual, por ello existía el poder de castigar a sus agresores de forma privada y sin limitación alguna, es decir ejercer justicia con su propia mano.

En una época posterior la religión tuvo mayor dominio con respecto a las actividades la sociedad, dentro de ellas estaba en poder punitivo que éste grupo imponía a la sociedad, regulando ciertos parámetros y conductas, llegándose a confundir con el concepto de pecado. Se consideraban ofensas a la divinidad como lo expresaban ciertos libros como la Biblia o el Corán.

Posteriormente y con el avance de la sociedad la pena llegó a cumplir una función de corrección de conductas delictivas y seguidamente una rehabilitación al actor de las acciones antijurídicas, se puede decir que se evidenció un acercamiento entre el delito y su consecuencia, llegando a ser una medida de prevención y reinserción, corrigiendo conductas que anteriormente perjudicaran a la sociedad y evitando que se repitan. Y es por ello que la función de la pena pasó de ser una venganza al delincuente, a llegar a ser una prevención y resocialización.

Así mismo, con respecto a los fines de la pena, se ha podido llegar a que son la garantía y eficacia, enfocados a reducir altamente la violencia; y la sanción penal en sí debe tener su limitación a ejecutar una función de carácter retributivo. Como menciona Frisch, "la teoría de la pena y el concepto de delito van a constituir una sola unidad, por

lo que deben estar configurados de un modo tal que aquellos legitimen la imposición de la pena” (p.21)

2.1.3. Antecedentes históricos.

El concepto de la pena está sumamente relacionada con la idea de Estado, además el castigo impuesto por el cometimiento de un acto antijurídico variaba conforme a la época.

Según Michel Foucault:

“En esta línea, Rusche y Kirchheimer han puesto en relación los diferentes regímenes punitivos con los sistemas de producción de los que toman sus efectos; así en una economía servil los mecanismos punitivos tendrían el cometido de aportar una mano de obra suplementaria, y de constituir una esclavitud “civil” al lado de la que mantienen las guerras o el comercio; con el feudalismo, y en una época en que la moneda y la producción están poco desarrolladas, se asistiría a un brusco aumento de los castigos corporales, por ser el cuerpo en la mayoría de los casos el único bien accesible, y el correccional, el trabajo obligado, la manufactura penal, aparecerían con el desarrollo de la economía mercantil. Pero al exigir el sistema industrial un mercado libre de la mano de obra, la parte del trabajo obligatorio hubo de disminuir en el siglo XIX en los mecanismos de castigo, sustituida por una detención con fines correctivos” (p.25)

Al terminar la Edad Media, el castigo servía para sancionar a alguien por afectar al Estado, independientemente del bien jurídico vulnerado significaba una gran ofensa al príncipe o rey de determinado lugar, como consecuencia el cometedor del crimen era sancionado de una manera eficaz y cruel. Además, cuánto más público el agravio y el sufrimiento del delincuente, más grande sería el respeto al soberano del pueblo. A razón, Foucault menciona:

“El castigo no puede, por lo tanto, identificarse ni aun ajustarse a la reparación del daño; debe siempre existir en el castigo una parte, al menos, que es la del príncipe; e incluso cuando se combina ésta con la reparación prevista, constituye el elemento más importante de la liquidación penal del delito. Ahora bien, esta parte del príncipe, en sí misma, no es simple: por un lado, implica la reparación del daño que se ha hecho a su reino, del desorden instaurado, del ejemplo dado, perjuicio considerable y sin común medida con el que se ha cometido respecto de un particular; pero implica también que el rey procura la venganza de una afrenta que ha sido hecha a su persona” (p.46)

En un principio la pena tenía como pilar el castigo del delincuente para que pague pero no específicamente por el crimen que había realizado, sino, por haber afrentado a la figura real. Por lo que la desobediencia o irrespeto de las leyes comprendía ofender al príncipe o rey y este era representante de la ley, del Estado y hasta de una divinidad. Es por ello que en un Estado Absolutista, predominó la teoría absoluta o de la retribución, para la cual la pena debe ser utilizada solamente para castigar el delincuente.

Luego, con el paso del tiempo y la transición de una estructura de determinado Estado debido a la Ilustración los fines de la pena evolucionaron, pasando a ser de un castigo tormentoso y cruel a prevenir la delincuencia, surgiendo de esta manera las teorías preventivas que se centran básicamente en la sociedad en sí. Por lo cual, las teorías absolutas y de prevención funcionaron en un determinado período, de acuerdo con el modelo sociopolítico adoptado por el Estado. Luigi Ferrajoli, citando a Séneca, menciona que los argumentos de la teoría absoluta son del tipo “quia peccatum”, ya que hacen mención al pasado; mientras que por otro lado los argumentos de las segundas teorías, son “ne peccetur”, es decir, hacen referencia al futuro.

Al momento se puede afirmar que aunque existan otras formas de control social, la pena, hasta el momento, es la manera más adecuada y eficaz de éste mencionado control, sancionando a toda persona que realice algún acto típico, antijurídico y culpable.

2.2.1 El dolo.

2.2.1.1. Concepto.

El dolo con el paso del tiempo se ha considerado como uno de los mayores elementos subjetivos por su gran relevancia. En los principios de la teoría del dolo se concibe su estructura a partir de la teoría de la voluntariedad, siendo una consecuencia directa que el autor prevé y desea, sin embargo esta idea fue evolucionando hasta que fue sustituida por la representación bajo la base de que no concebía la definición de dolo eventual. (Asúa, p.453)

Mayer resuelve la problemática del dolo eventual y para esto lo justifica con la teoría de la representación, mencionando que la producción contraria al deber de un resultado típico es doloso, no únicamente cuando el autor del crimen se representa el resultado que sobrevendrá al emprender la acción, sino también cuando esa representación no le movió a cesar en su actividad premeditada y voluntaria.

Por todo lo mencionado, se dio lugar al alumbramiento de la teoría de la voluntad y de la representación con respecto al dolo para concretar sus elementos.

Para tener una comprensión del término dolo es útil analizar su significado y para definirlo se considera el concepto de (Cabanellas, 2014) quien menciona que dolo es un engaño, fraude, simulación de una voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro a realizar cualquier acto o contrato, valiéndose de argucias y sutilezas de la ignorancia ajena; pero sin intervención ni fuerza constituye vicios jurídicos en efecto de derecho civil; concluyendo que el dolo es la voluntad de la persona de causar daño de forma maliciosa incumpliendo con las obligaciones de mala fe.

Todo acto que se manifiesta de mala fe luego de haber comprado la presunción de la causa se declara doloso porque viene siendo el antecedente ilícito prohibido por la ley y depende de las circunstancias para medir los agravantes ya sea por la fuerza o la intimidación de una de las partes que actúa de manera maliciosa y que el acto no hubiera sido posible si no fuera por el engaño provocado que causo el consentimiento de la parte que al final saldrá afectada (Narváez Bonnet, 2015).

Si nos enfocamos en las conductas prohibidas por la ley se evidenciarán ciertas descripciones que harán referencias a elementos subjetivos y objetivos; por una parte siendo un elemento subjetivo el dolo de manera conjunta a las tendencias del autor y la voluntariedad. Identificando diferencias sustanciales entre las concepciones de dolo que se aplica dependiendo de la situación. En la actualidad se puede llegar a la conclusión de que el dolo tendrá esta aplicación de la conciencia o voluntad de realización de un acto que contiene la antijuridicidad de determinado acto de una forma maliciosa que conlleva a la culpabilidad de un delito que se ha efectuado como un juicio de crítica que contiene este elemento subjetivo de la conducta (Zambrano, 2008).

El art 26 del Código Orgánico Integral Penal (2020) estipula: “Actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta.

Responde por delito preterintencional la persona que realiza una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar, y será sancionado con dos tercios de la pena.”

2.2.2. Elementos del dolo.

El conocimiento

Uno de los elementos del dolo es el conocimiento, el cual debe ser actual, es decir se realiza en el mismo momento en que el autor del crimen realiza determinado comportamiento antijurídico y se refiere a los elementos del tipo objetivo. Sin embargo,

no todos los elementos que conforma el tipo objetivo son posibles de conocer de la misma forma, existirán algunos que necesiten cierta valoración jurídico-social o hasta un análisis técnico, siendo diferente el conocimiento que puede tener una persona con instrucción jurídica en comparación con quien carezca de ésta. (Cerezo, p.440)

Los elementos descriptivos necesitan de cierta percepción de los sentidos, en relación con el conocimiento, se pueden inutilizar con motivo del error, ya sea sobre los presupuestos o sobre los elementos del tipo, y existiría cierta posibilidad de ser vencible o bien invencible. En el primer caso se puede evidenciar que el sujeto activo no posee el conocimiento de la realidad típica objetiva no valorativa, en tanto el vencible aparece cuando el sujeto por no haber desplegado el cuidado posible y adecuado produce la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. (Cerezo, p.440)

Querer

Este elemento del dolo se centra en la libertad de voluntad la cual es la propia libertad individual de la persona; la voluntad es una definición del sujeto activo sobre un objeto conocido y puede presentarse de manera deliberada o indeliberada (Reyes, p.50).

El querer puede ser anulado en un momento determinado por la presencia de fuerzas externas irresistibles denominadas como vis absoluta, vis maior y los actos reflejos.

La vis absoluta y la vis maior son fuerzas físicas, externas e irresistibles que, por recaer sobre el cuerpo del sujeto, impiden, en el caso concreto, al querer típico, la primera es atribuible al ser humano y la segunda a las fuerzas de la naturaleza (Islas, p.63).

Los actos reflejos se entienden como reacciones del cuerpo humano involuntarias en respuesta a estímulos externos.

2.2.3. Tipos de dolo

En lo que respecta a los tipos o clases de dolo es necesario distinguir tres especies que la doctrina ha identificado; por una parte la doctrina causalista clásica, el dolo se concebía como *dolus malus*. Abarcaba, dos aspectos: a) el conocimiento y voluntad de los hechos, y b) la conciencia de su significación antijurídica entendido también como conocimiento del derecho.

Dentro de la teoría tradicional se han establecido otros tipos; Celestino Porte realiza una clasificación en relación a ocho factores: por su nacimiento (inicial o precedente y subsiguiente); por su extensión (determinado e indeterminado); por la modalidad de la dirección (directo, eventual y de consecuencia necesaria); por su intensidad (genérico y específico); por su duración (de ímpetu, simple y de propósito); por su contenido (de daño, de peligro, de daño con resultado de peligro y de peligro con resultado de daño); por su categoría (principal y accesorio), y por su realización (Porte, p.604).

Sin embargo, en la actualidad se puede distinguir tres clases o tipos de dolo que contienen los diferentes factores enunciados anteriormente, estos tipos son:

- a) dolo directo de primer grado (o intención en sentido estricto),
- b) dolo indirecto o directo de segundo grado,
- c) dolo eventual

a) Dolo directo de primer grado

El dolo de primer grado o intención se refiere al autor que persigue la acción típica o, en su caso, el resultado requerido por el tipo, dominando el factor de voluntad (Hans, p.403).

El dolo directo o intención de primer grado como lo define (Maurach, 2010) se caracteriza porque la realización de los hechos constitutivos de infracción penal es la

meta de conducta donde el sujeto persigue directamente la acción u omisión típica, el resultado previsto del tipo donde prevalece el elemento volitivo sobre el cognoscitivo.

La voluntariedad y la intención son un asunto netamente subjetivo que llega a concretarse con el tipo penal, ubicándose más allá de un tipo objetivo y que en relación con el tipo se debe tomar en cuenta pero no se precisa alcanzar (Hans, p.403).

La intención es recogida por el legislador en diversos tipos, los cuales tienen una visión futura, exponiendo a la intención no como dolo, sino a nivel de una seguridad, la duda o el desconocimiento.

b) Dolo directo de segundo grado

El dolo indirecto o directo de segundo grado es aquel donde el sujeto activo espera el resultado para afectar a determinada persona pero no calcula o identifica las consecuencias dañosas que podrían afectar a terceros, por ejemplo si una persona quiere matar a otra mediante la colocación de un explosivo en la cartera de la posible víctima, el delincuente no sabe el momento preciso en que explote el artefacto, pudiendo estar otras personas cerca de la víctima a la que quiere matar ocasionando una afectación masiva a terceras personas (Medina Jara, 2007).

El dolo directo de segundo grado constituye una de las manifestaciones del dolo al envolver la creación de un resultado típico con la conciencia de que se transgrede un deber jurídico, con todo conocimiento de ésta eventualidad y del curso esencial de la conexión de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en la sociedad, con voluntariedad para realizar determinada acción y con representación y seguridad del resultado que se quiere (Asúa, p.459).

Por lo que el autor del acto delictivo tiene total conocimiento de lo que va a realizar en concordancia con el tipo y la forma de actuación que empleará, dando lugar a un pleno conocimiento.

c) Dolo eventual

El dolo eventual es la voluntad que acepta el resultado criminal, pero solo como posible. Por ejemplo, una persona quiere dar muerte a otra, para lo cual cada día le pone un poco de algún veneno en su comida, existiendo de esta forma una probabilidad de que muera o no.

En el dolo eventual se tiene conocimiento, y se prevé como probado un resultado pero se deja librado al azar, la doctrina al respecto ha señalado que surge cuando “el autor prevé como posible un resultado típico y se conforma con él” (Plascencia, 1998, p. 119) y que, “significa que el autor considera seriamente como posible la realización del tipo legal y se conforma con ella” (Jescheck, 1981, p. 405) en otras palabras “existe cuando el sujeto representa la posibilidad de un resultado que no desea, pero cuya producción ratifica en última instancia” (Jiménez, 1984, p. 461).

El sujeto activo conduce su comportamiento hacia un fin de impasibilidad para el derecho penal, pero del cual se puede originar un resultado típico, antijurídico y culpable, sin que incurra dicho factor en modificar su comportamiento.

Es común caer en la confusión entre el dolo eventual y la culpa consciente, pero para identificar algunas diferencias se puede aplicar la teoría del consentimiento, la cual menciona la existencia del dolo eventual cuando el sujeto de manera consciente acepta la producción de determinado resultado, en tanto que si realiza la acción con la confianza de que el resultado no se produzca, se dará la culpa consciente.

Por otra parte, como lo estipula la teoría de la probabilidad, si el sujeto considera posible la realización positiva del daño que quiere causar estará ante el dolo eventual. Pero si consideraba que la realización del daño era algo posible, se daría la culpa consciente o con representación. Por lo que la teoría de la probabilidad desprende la diferencia sobre el dolo eventual y la culpa consciente de un elemento esencial del dolo: voluntad.

2.3.1. La culpa.

2.3.1.1. Concepto.

Como antecedente es necesario destacar que el término “culpa” tiene su origen en la Antigua Roma y específicamente dentro del ámbito civil. Algunos autores como Manzini y Alimena afirman que su origen se remonta a Adriano desapareciendo con Justiniano; sin embargo, cierta parte de la dogmática penal estima que no existió una concepción de culpa válida para el derecho penal, sino sólo con validez para las controversias de índole civil (Asúa, p.468).

Y es que partir de las ideas de English (1930) que se adiciona a la culpa el deber objetivo de cuidado como elemento integrante, de la mano de la conexión causal de la acción con el resultado y la culpabilidad; la culpa mantiene sus pilares de la previsibilidad anexada con un designado vicio de voluntad a partir del cual se ha suprimido aquello que debía prever (Asúa, p.468).

La definición de (Cabanellas, 2014) definimos por culpa a cualquier falta, voluntaria o no, de una persona que produce un mal o un daño en cuyo caso culpa equivale a dolo donde se evidencia el agravante de la situación donde no solo existe una culpa por desconocimiento sino un objetivo malicioso que se pretende alcanzar.

En el Código Orgánico Integral Penal en su art. 27 estipula: “Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código”

Se pueden identificar ciertas teorías con respecto a la culpa, entre las más importantes se pueden destacar las siguientes:

1. Las teorías objetivas las cuales sitúan a la naturaleza de la culpa en factores externos u objetivos, al margen de la psique del sujeto activo, predominando la de los medios antijurídicos y la de la acción contraria a la disciplina.
 - a) La teoría de los medios antijurídicos: La culpa tiende a necesitar de dos presupuestos para configurarse como tal: la relación causal entre la conducta del sujeto activo y el resultado ilícito y la elección de los medios antijurídicos. Por ello solo se necesita que el resultado de la acción se realice por un medio diferente al derecho para que pueda ser sancionado como doloso ausentando esa posibilidad de ser un caso fortuito.
 - b) La teoría de la acción contraria a la policía y a la disciplina: Ésta teoría se origina gracias a Manzini, el cual menciona que la culpa es una conducta voluntaria, genérica o contraria a la policía o a la disciplina, y la que resulta siendo un acto dañino, el cual está tipificado en la norma como delito y es producido sin voluntad o por la errada idea inexcusable de cumplir un deber jurídico. Por ello la culpa puede traducirse en negligencia, imprudencia o impericia, en virtud de la inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o disciplinas (Manzini, p.746).
2. Las teorías subjetivas se centran en factores como la previsibilidad, la provisióbilidad, la violación del deber de cuidado y el error.
 - a) La previsibilidad: Se basa en la eventualidad del sujeto activo de tratar de evitar el daño o lesión, de manera que exista una previsión. Surge la culpa en el momento de que se produce una lesión sin que intervenga el ánimo de querer por el sujeto activo y originado de la falta de previsión de un evento que podía ser previsible.
 - b) La provisióbilidad: Tiene su origen en crear el cuidado posible y necesario para eludir las lesiones o poner en riesgo el bien jurídico. Surge

la culpa cuando se prescinde sobre la prevención necesario para evitar un resultado típico y antijurídico y previsible.

c) La violación del deber de cuidado: Se basa en la atribución a la culpa de un principio basado en la violación de un deber de cuidado requerido a todo ciudadano en los casos en que realiza actividades peligrosas de las cuales deriva o puede derivar una posible lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos (Ferri, p.226). El COIP desarrolla el concepto de culpa a partir de la infracción del deber objetivo de cuidado en el Art. 27 expresando: “Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código”

d) El error: Tiene su origen en las ideas expuestas por Merkel al proponer la posibilidad de que en la culpa el sujeto activo no quiere la realización de los elementos constitutivos del delito. Para que sea viable reconocer a la culpa dentro de ésta teoría se necesita que el error sea evitable, en razón de las eventualidades en que se halla el sujeto activo al momento de realizar determinado acto antijurídico.

3. La teoría positivista: en esta teoría se valora a la culpa como el resultado de una conducta realizada de manera involuntaria en relación a sus consecuencias, la punibilidad no tiene argumento diferente del que tiene cierto delito doloso, a razón de esto Ferri dice:

“...la razón de aquella forma represiva de defensa social, que en un determinado momento histórico cada sociedad civilizada considera necesaria contra determinadas acciones que intencionalmente o no, conscientemente o de modo inconsciente, aparecen por debajo del minimum de disciplina social establecido por las leyes, es la de que

constituyen expresión sintomática de una personalidad más o menos inadaptada a la vida social y, por ende, peligrosa, para la que no bastan las sanciones del derecho civil, administrativo o disciplinario”(p. 226)

4. La culpa en el finalismo: Dentro de esta teoría la culpa presenta ciertos cambios que son considerados trascendentales, ya que en un inicio se descartaba la posibilidad de culpa, pero se fundamentaba en una falta de observancia de un deber de cuidado. En la actualidad se acepta su presencia, sin embargo, mantiene un contenido originado en la infracción de la norma de cuidado, la previsibilidad y el conocimiento de la conducta.

2.3.1.2. Clases de culpa

Muchos autores hablan de la existencia de una culpa consciente y una culpa inconsciente, en primer lugar la culpa consciente se evidencia cuando, si bien no se quiere causar la lesión se insinúa cierta posibilidad, sin embargo, se ejecuta, se acepta el peligro de la situación, pero existe una confianza de que no se cumplirá una consecuencia lesiva, pero si el autor de la acción deja de confiar concurre el dolo eventual. Y, en segundo lugar la culpa inconsciente presume que no solo no se quiere incurrir a la consecuencia lesiva, sino que no se piensa en alguna posibilidad.

En otras palabras la culpa consciente tiene una previsión, y la culpa inconsciente no posee tal previsión, llamándose también culpa con o sin representación.

El elemento clave es la previsibilidad de determinado peligro, y es la culpa consciente aquella que el autor ha previsto el posible resultado, y la culpa inconsciente el autor no emplea prudencia ni diligencia necesaria para llegar a la producción de cierto resultado jurídico como lo estipula Alfonso Zambrano en su libro “Derecho Penal”.

2.3.1.3. Estructura de la culpa

La culpa consciente o inconsciente mantiene cierta estructura:

- a. La parte objetiva: Es aquella infracción de un deber de cuidado y la consecuencia de la parte objetiva de un hecho previsto en un tipo doloso.
- b. La parte subjetiva: Necesita el elemento positivo de cumplir con un comportamiento descuidado, ya sea con conocimiento del peligro consciente o inconsciente, y el elemento negativo de no haber querido el sujeto activo cometer el acto derivado.

2.3.1.4. Formas de la culpa

a. Imprudencia

Hablar de imprudencia significa obrar sin cautela, es decir aduce a la realización de una acción, es la culpa por acción. Todas las personas tienen la obligación de observar ciertos requisitos que son compatibles a su conducta, dependiendo de la experiencia, incrementando en ella ciertos intereses jurídicos, y es por ello que se debe hacer énfasis en los cuidados para emplearlos para cumplir un deber.

En la legislación española existe una división con respecto a la imprudencia, situándose la simple y temeraria. La imprudencia punible por otra parte tiene 3 componentes: una acción u omisión voluntaria, un mal efectivo y una relación entre causa y efecto.

b . Impericia

La impericia hace referencia según al antiguo derecho francés como una falta de destreza, y ésta tenía su división en una torpeza material y moral, siendo ésta última la relativa a la profesional, en la cual la persona da respuesta porque no ha tenido los conocimientos básicos y necesarios para ejercer su profesión, la cual podía evitar teniendo cautela.

La ley obliga a las personas ciertas condiciones y formalidades para ejercer su profesión, es por ello que en caso de que un profesional incurra en culpa por incapacidad, sin estar en el ejercicio de sus funciones existe falta de cuidado, es decir imprudencia o negligencia.

c. Negligencia

Es considerada negligencia al descuido u omisión, la cual se basa en no cumplir a lo que se está obligado. La persona puede desarrollar una actividad, sin embargo, no lo hace. La negligencia es considerada también una falta de diligencia.

Según la Real Academia Española y su concepto dentro del Derecho Canónico se considera a la negligencia como: “Desatención de las propias obligaciones o descuido en el cumplimiento de las reglas y normas, sin que medie una intención dolosa, es decir, una directa voluntad de omitir o retardar la acción debida, pues se trata, de una situación de culposa inercia y falta de cuidado”

Luego de identificar las conceptualizaciones de pena, dolo y culpa se tiene más claro el panorama en la diferenciación de estos elementos dentro de un delito y la razón por la que es trascendental hacer una separación de éstos términos cuando hablamos de reincidencia, específicamente haciendo énfasis en los delitos de culpa, los cuales en el capítulo siguiente se evidenciará la vulneración de principios como “ne bis in ídem”, proporcionalidad y culpabilidad.

Capítulo tres

Principios “Ne bis in ídem”, proporcionalidad y culpabilidad

3.1 Principio “Ne bis in ídem”

El principio de ne bis in ídem, es una institución jurídica de rango constitucional y convencional, que va a impedir que una persona pueda ser procesada o castigada dos veces por los mismos hechos. De esta manera impide que una persona sea sancionada o castigada dos o más veces por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

Este principio se encuentra tipificado en la Constitución de la República del Ecuador al considerarse como una garantía al debido proceso y del derecho a la defensa: “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto” (Art. 76 # 7).

Dentro del Código Orgánico Integral Penal se estipulan los principios procesales y se destaca entre ellos el principio de Prohibición de Doble Juzgamiento, tipificado en el artículo 5 numeral 9 donde menciona lo siguiente: “Ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto. La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio”

Así mismo dentro del ámbito internacional en la Convención Americana de Derechos Humanos establece dentro del apartado de Garantías Judiciales en el artículo 8 numeral 4: “El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos” haciendo referencia directa sobre el principio “ne bis in ídem”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York es otro de los instrumentos internacionales que ha estipulado en su norma la aplicación del principio ne bis ídem, en su artículo 14 numeral 7 establece que: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

En lo que respecta a la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional, se hace una relación entre el principio ne bis in ídem con el derecho a la defensa estipulándose los siguientes precedentes referentes al tema:

1. En primer lugar se menciona que nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia.

2. Su fundamento lo hace en relación de la institución de la cosa juzgada, y esta afirmación está contenida en la sentencia 012-14-SEP-CC, CASO 0529-12-EP, en la que menciona que el principio ne bis in ídem y la institución de la cosa juzgada se encuentran íntimamente relacionados, pero se diferencian entre sí, por una parte el principio de ne bis in ídem atiende al hecho de que nadie puede ser juzgado más de una vez por el mismo hecho y materia, mientras que la cosa juzgada, resulta en un atributo, en una calidad que el ordenamiento jurídico destina a la sentencia, cuando esta cumple con los requisitos para que quede firme, sea inimpugnable (cosa juzgada formal) y sea inmutable (cosa juzgada material). (fs. 95-96).

3. Para que se alegue como una garantía del debido proceso, es necesario que exista una resolución proveniente de una causa iniciada anterior a un proceso en el cual concurren cuatro premisas que conduzcan a la prohibición de doble juzgamiento, contenida en el principio ne bis in ídem: identidad de hecho, identidad de sujeto, identidad de motivo de persecución, identidad de materia.

4. El resultado o finalidad de este principio conduce a la protección y amparo de las leyes y su procedimiento respectivo, así como la seguridad que recubre a los sujetos

procesales, siendo de esta manera una estructura de la administración de justicia y garantista del debido proceso que la Constitución consagra.

El pasado Tribunal Constitucional Ecuatoriano manifestó acerca de la repercusión del principio de ne bis in ídem: “El principio ne bis idem, no constituye otra cosa que la garantía que el Estado le otorga a sus ciudadanos, a no poder ser perseguidos en términos estrictamente procesales en forma indefinida por un mismo acto que ya fue previamente analizado y juzgado, independientemente de lo que se haya resuelto en ese caso anterior” (2008, p.18)

En la Sentencia 1149-07-RA del año 2009 emitida por la Corte Constitucional, se analiza el principio en cuestión y se estipulan una parte material y una parte procesal, manifestándose la negativa de instaurar un nuevo procedimiento de un tema que con anterioridad ya ha sido resuelto:

“El principio ne bis in ídem, inobservado por los demandados, cuenta con una doble dimensión: en su vertiente material garantiza el derecho a no ser sancionado dos o más veces por la infracción de un mismo bien jurídico; mientras que en su vertiente procesal, garantiza el derecho a no ser sometido a juzgamiento dos o más veces por un mismo hecho. En efecto, la dimensión material de este principio impide que una persona sea sancionada o castigada dos o más veces por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento; mientras que en su dimensión procesal se había establecido que tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, es decir, todo esto tiene su fundamento en la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico ante la eventual comisión de un hecho antijurídico. Tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica” (2009, p.25).

3.1.1 Antecedentes y la teoría abolicionista

El origen del principio *ne bis in ídem*, data de la antigua Roma, tiempo en que se daba la prohibición de iniciar un juicio nuevo luego de haberse dado una segunda demanda sobre la misma materia, por la misma o diferente acción.

Desde la visión de la doctrina Alemana el principio *ne bis in ídem* se relaciona de manera directa a la institución de cosa juzgada, con individualización de la decisión que se adoptara en un juicio, por lo que la justicia sólo podía ejercerse una vez respecto de la misma cosa (León Villalba, p.31).

En primer lugar el principio sostenía que en que una misma acción no podía hacerse valer en dos ocasiones sin tomar en cuenta el resultado del primer procedimiento que le fuera iniciado al acusado. Esta negativa no operaba de manera automática luego de la contestación de demanda y fijación de la litis, sino que el demandado debía ejercerla en vía de excepción (León Villalba, p.31).

En la etapa de Revolución Francesa se evidenció un notable cambio en el derecho positivo, al crearse la frase “*ne bis in ídem*”, la cual se repitió en reiteradas ocasiones en leyes posteriores, así como en el Código de Merlin, el Código de Instrucción Criminal, hasta en la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América.

La Teoría abolicionista: Principio *Ne bis in ídem* y la reincidencia

La comisión de un delito por parte del anteriormente condenado por otra infracción penal, tiene como elemento unitario al sujeto de la misma. Si los delitos se separan de su autor y la pena es retribución del delito, un razonamiento lógico debía llevar fatalmente a negar cualquier eficacia agravatoria a la reincidencia. "La resistencia que algunos seguidores de la Escuela Clásica opusieron a admitir que la reincidencia pudiera ser motivo de agravación de la pena es ciertamente índice elocuente de la actitud mental de tales clásicos; y han de reconocer que se trataba de una postura coherente en cuanto en cada delito el sujeto se encuentra frente a una nueva violación, en la cual el abuso de la libertad

de elección debe ser valorado en sí mismo, con independencia de las precedentes violaciones" (Grispigni, 1955, p.264)

Con la pena el acto ilícito queda retribuido y por lo tanto saldada la deuda con la sociedad, por lo que tomar de nuevo en consideración el acto ya condenado, altera la medida de la retribución y sería contrario al principio "ne bis in idem", en cuanto el delito ya castigado, "se tomaría nuevamente en consideración al fin de aportar un injustificado aumento de pena y otras consecuencias jurídicas para un sucesivo comportamiento criminal efecto de una diversa autónoma violación" (Gianniti, 1959, p.143)

La reincidencia al considerarla directa con el principio de ne bis in idem, los abolicionistas mencionan a que el aumento de pena que produce "implica un nuevo juicio sobre un hecho ya examinado", es decir, en otras palabras y adecuándolo al presente: "El juez al examinar el nuevo delito cometido por el reincidente no estudia si la anterior sentencia de condena ha sido justa ni si la pena impuesta ha sido suficiente...; la seguridad legal que es propia de la cosa juzgada penal, de donde deriva la regla del ne bis in idem, no es, por tanto, contradicha; antes bien la autoridad de la precedente cosa juzgada viene más que nunca puesta de relieve" (Latagliata, p.33-38).

Luis M. García, señala que "Se cuestiona a la reincidencia en la medida que se traduce en una mayor gravedad de la pena del segundo delito violando el mencionado principio, puesto que esa mayor gravedad es el resultado del anterior delito, ya juzgado en definitiva, pues la condena anterior, presupuesto de la reincidencia, es consecuencia del delito anterior (p.126). Por lo que este autor considera la violación del principio "ne bis in idem", manifestando que no únicamente se da la prohibición de juzgar dos veces por un mismo acto, sino que también se produce cierto impedimento de imputar efectos subsiguientes que quebrantarían este principio.

Por lo que a criterio personal considero que la reincidencia trae consigo una vulneración del principio ne bis in ídem, debido a que, un mismo acto o hecho es apreciado

por una parte para argumentar una primera condena, así como para estipular la agravante por el posterior delito.

3.1.2 Conceptualizaciones del principio “Ne bis in ídem”

Guillermo Cabanellas (1992) define non bis in idem como un aforismo latino que significa no dos veces sobre lo mismo (p.175)

Oré (2017) señala que: “Un mismo hecho es valorado tanto para fundamentar una primera condena como para fundamentar la agravante por el subsecuente delito; lo que importa indudablemente una doble valoración que afecta el principio ne bis in idem en sentido material” (p.32)

De León Villalba (1988), califica el “non bis in idem”, o también llamado “ne bis in idem”, como un criterio de interpretación o solución a constante conflicto entre la idea de seguridad jurídica y la búsqueda de justicia material, que tiene su expresión en un criterio de la lógica, de que lo ya cumplido no debe volverse a cumplir. Esta finalidad, continúa diciendo el referido autor, se traduce en un impedimento procesal que negaba la posibilidad de interponer una nueva acción, y la apertura de un segundo proceso con un mismo objeto (p.388).

3.2. Principio de proporcionalidad

La proporcionalidad es un principio creado en primer lugar por el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, el cual resolvía aquellos casos en los que estaba inmersos la aplicación de las normas del país mencionado que admiten los derechos fundamentales. Uno de los máximos exponentes del estudio de este principio fue Alexy. Así mismo en América con los antecedentes expuestos fue adoptándose el principio de proporcionalidad en los tribunales nacionales y de la misma manera la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo aplica en diferentes sentencias.

En el siglo XVIII, inicia un ligero pensamiento acerca del principio de proporcionalidad, el cual fue en constante evolución, y es así como en la filosofía o en las ciencias exactas que se utilizaba la proporción. El filósofo Aristóteles en su *Ética a Nicómaco* estipula para la justicia, lo que va a denominar proporcionalidad dentro de una diferenciación que establece entre justicia distributiva y conmutativa (Aristóteles, 1993, p.243).

Este filósofo mantiene el pensamiento de que lo justo es la proporción, y lo injusto es lo que va en contra de la proporción, en otras palabras, el que comete una injusticia tiene una porción excesiva de bien y el que la padece, una demasiado pequeña. Ésta es una especie de justicia (Aristóteles, 1993, p.245).

En Europa el principio de proporcionalidad comienza a aplicarse desde la Segunda Guerra Mundial en países como Luxemburgo, Italia, cuya jurisprudencia se elabora tomando como referencia dicho principio, sobre todo cuando se trata de proteger los derechos humanos (Bernalm p.49).

Dentro del ámbito legislativo la proporcionalidad es la consecuencia del examen de varios componentes que lo constituyen, y de la interpretación de las normas constitucionales de cada país que acepta este principio. Se crea como un mecanismo de control para que se evite ciertas circunstancias negativas como el error manifiesto, y sobre todo encontrar un equilibrio entre costos y beneficios de las intervenciones del Estado, direccionando directamente a la protección de los derechos fundamentales, en este caso relativos al Derecho penal.

La proporcionalidad trae consigo una estructura un tanto compleja, la cual se refiere a optimizar ciertas posibilidades jurídicas, con la ley de la ponderación dividiendo en tres pasos: Primeramente, se precisa el grado de la no afectación o de afectación de uno de los principios; luego, define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; y, por último, cuando debe definirse si la importancia de la

satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro (Alexy, 2008, p. 16).

En torno al principio de proporcionalidad se encuentran tres subprincipios, los cuales contemplan cierta obligación sobre los derechos fundamentales: el subprincipio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El subprincipio de idoneidad insta la idea de que toda actuación en los derechos fundamentales debe ser apropiada para obtener un fin constitucionalmente legítimo, es decir que su finalidad no tiene que estar prohibido por la Constitución (Bernal, p.42).

El subprincipio de necesidad establece que la exigencia de necesidad o intervención mínima consiste en que no exista otro medio menos oneroso para lograr el fin perseguido, solo cabe elegir el medio que resulte menos gravosa para alcanzar la finalidad.

Baquerizo y Leuschner (2011) menciona que “la exigencia de necesidad implica ensayar prospectos de medidas alternativas que, cumpliendo con el mismo fin o valor perseguido pudieran resultar menos lesivas” (p.137).

En otras palabras, este subprincipio establece que no se encuentran otras alternativas que pueden ser más idóneas para proteger el fin constitucional, dando lugar a que se aplique la pena siempre y cuando sea proporcional al delito cometido.

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto impone a que las finalidades perseguidas en la intervención de los derechos guarden relación con el alcance del derecho intervenido; es decir identificar aquella necesidad de probar que el perjuicio al bien jurídico protegido es real, y no solo producto de presunciones.

El principio de proporcionalidad dentro del Derecho penal busca “aquella regla de conducta que obliga a los jueces a mantener un balance equitativo entre el ius puniendi y los derechos de las personas” (Houde, Sanchez, 1997, p.96).

El artículo 76, numeral 6 de la Constitución (2008), determina que: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” consagrando así de forma expresa el principio de proporcionalidad en su básica y amplia concepción.

La Corte Constitucional ecuatoriana ha afirmado que el principio de proporcionalidad se establece como estudio “del propósito que se persigue y si éste es constitucional y legítimo” (Chávez, 2010).

El Código Orgánico Integral Penal (2020) estipula lo siguiente con respecto a la proporcionalidad:

Artículo 12.- Derechos y garantías de las personas privadas de libertad. - Las personas privadas de libertad gozarán de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución de la República y los instrumentos internacionales de derechos humanos:

16. Proporcionalidad en la determinación de las sanciones disciplinarias: las sanciones disciplinarias que se impongan a la persona privada de libertad, deberán ser proporcionales a las faltas cometidas. No se podrán imponer medidas sancionadoras indeterminadas ni que contravengan los derechos humanos.

Se respetarán estos derechos, en lo que corresponda, durante el cumplimiento de la medida cautelar de prisión preventiva, el cumplimiento de la pena, en los traslados, registros, requisas o cualquier otra actividad. (Art. 12. núm. 16).

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) en su Art. 3 menciona:

Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional (Art.3. num. 2)

3.2.1 Conceptualizaciones del principio de proporcionalidad

Mir (2016) establece:

“Como bien sabemos el principio de proporcionalidad es un límite al poder coercitivo del Estado por que este obliga al legislador como al juzgador de imponer una pena determinada según corresponda siendo concordante con la gravedad considerada del hecho que cometió” (pág. 138).

Carbonell (2007) dice: “De hecho, el principio de proporcionalidad constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente “límite de los límites” a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos” (p.10)

Villaverde (2008) menciona: A través del principio de proporcionalidad se asegura que la intensidad de la restricción o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo, de manera que el límite cumpla su función (negar

protección constitucional a determinada conducta que se pretende encuadrada en el objeto de un derecho) sin que ese límite constituya un remedo de sanción por la creencia errónea de que se estaba ejerciendo un derecho fundamental, ni una forma de disponer de la existencia del derecho mismo. La finalidad última del principio de proporcionalidad es, obviamente, evitar que el Poder público que tenga atribuida la competencia para aplicar los límites a un derecho fundamental, vulnere en su aplicación su contenido esencial (p.182).

Lopera (2010) menciona: “Es una ponderación en la que toman parte, por un lado, los principios iusfundamentales afectados por la definición de la conducta prohibida y de su correspondiente penal y, por otro, los principios que ordenan la protección de aquellos bienes jurídicos que respaldan la intervención legislativa” (p. 116)

Ignacio Villaverde (2008) menciona: En aquellos casos en los que sea posible emplear medios distintos para imponer un límite o éste admita distintas intensidades en el grado de su aplicación, es donde debe acudir al principio de proporcionalidad porque es la técnica a través de la cual se realiza el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental y el principio de efecto recíproco (p.182)

Silva Sánchez dice: “es necesario tener presente un criterio de proporcionalidad que determine el momento en el que el riesgo de reincidencia pasa a ser asumido por el conjunto de la sociedad, como parece razonable que tenga lugar en el marco de un Estado de derecho que disponga una distribución equilibrada de cargas entre el individuo y la sociedad” (p.709).

Rojas (2015) dice:

Este principio tiene su razón de ser en los derechos fundamentales cuya dogmática lo considera como límite de límites, con lo cual pretende contribuir a preservar la proporcionalidad de las leyes ligándolo con el principio de Estado de Derecho y, por ende, con el valor justicia (pág. 10).

La vulneración al principio de proporcionalidad al aplicar la reincidencia es muy claro, debido a que el juzgador impone un incremento de la pena sobre la base de antecedentes penales, por lo que no se centra en un contexto de igualdad al no tomar en cuenta el comportamiento actual ya que únicamente se aplica el aumento de la pena por el quebrantamiento de la ley en una segunda ocasión, siendo desproporcional ya que se rebasa la gravedad y sancionando como doblemente culpable al infractor. La imposición de la pena debe ser proporcional con el delito cometido, por lo que de ninguna manera debe ser exagerada, por lo que nuestra legislación debe ajustarse en la relación de la gravedad de la pena y el cometimiento de un hecho.

3.3 Principio de Culpabilidad.

El principio de culpabilidad es considerado un límite al poder punitivo del Estado para evitar castigos motivados en hechos de otras personas; se basa en la responsabilidad objetiva direccionada únicamente a las características propias del delincuente, así como para evitar ir más allá del grado del injusto cometido.

Los principios “son los fundamentos de algo, se entiende como proposiciones o verdades que sustentan el saber o la ciencia jurídica”. Por ello el principio “no hay pena sin culpabilidad” y es uno de los pilares fundamentales del derecho penal. Esta es el fundamento, la justificación y la “conditio sine qua non de la pena” (Hurtado, 2011, p.577)

3.3.1 Antecedentes

Con el paso del tiempo se ha ido desarrollando el concepto de culpabilidad, y una de las bases impuestas era la de negar la existencia de delitos sin culpa, creándose

el principio rector que se ha introducido en las distintas legislaciones a nivel mundial, el cual estipula que no hay delito sin culpabilidad: *nullum crimen sine culpa*.

Anteriormente, el resultado típico sólo era punible cuando causaba un daño, haciendo caso omiso del contenido volitivo de la acción, por lo que eran sancionados tanto el responsable como el inocente, y en ciertos casos las condenas iban más allá de la persona infractora y se castigaba también a su familia y específicamente a sus descendientes, por lo que es claro evidenciar que era normal lo que ahora se considera prohibido.

Cicerón manifiesta un concepto más sólido sobre el principio de culpabilidad de una manera objetiva: “culpa enim est nomen generis, quod continent non modo quidquid negligenter peccatum est sed et malitiose”, afirmando “nosotros en la vida no debemos mirar la pena que está señalada a cada pecado, sino cuanto es lícito a cada uno: debemos pensar que todo lo que no conviene hacer es delito, y que todo lo que no es lícito es impiedad” (Treviño, 1983, 140).

3.3.2 El principio de culpabilidad y la reincidencia

La culpabilidad es imputar responsabilidad por un injusto a un individuo en base a la exigibilidad en un ámbito comunicativo, en atención a condicionamientos reconocible, en una determinada practica social” (Hurtado, p.577).

La culpabilidad se encuentra tipificada en el Código Orgánico Integral Penal (2020): Culpabilidad. - “Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta” (Art. 34).

Así mismo con las reformas realizadas en el año 2020 se incluyó el art. 35 donde menciona la causa de inculpabilidad que establece “No existe responsabilidad penal en los casos de error de prohibición invencible y trastorno mental, debidamente comprobados”

Es importante mencionar los comentarios realizados por los jueces del tribunal constitucional de México con respecto al principio de culpabilidad y la reincidencia en su EXP. N.º 0014-2006-PI/TC.

“El principio de culpabilidad constitucional considera la figura de la reincidencia del siguiente modo: para determinar el grado de reprobabilidad de una persona respecto a un delito “A”, la figura de la reincidencia faculta al juez para evaluar otros delitos anteriormente cometidos, a los que llamaremos “B”, para considerar el nivel de reprobabilidad de la conducta delictiva del procesado. Si el juez comprueba que existe “B”, esto constituirá un elemento que agravará la reprobabilidad del delito “A”, y la persona que lo ha cometido recibirá, por lo tanto, un nivel una reprobación mucho mayor que la que le correspondería si se considerase el delito “A” de modo aislado. De culpabilidad no puede ser evaluado aisladamente, sino en conjunto con otras conductas que forman parte de los antecedentes del inculpado, a fin de que se pondere de modo proporcional el nivel de reprobabilidad que merece el procesado.(p. 12,13)

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal colombiana, el 20 de febrero de 2008, cuyo magistrado ponente fue el doctor Julio Enrique Socha Salamanca, menciona:

[...] si de acuerdo con el principio de culpabilidad ésta se constituye como la medida de la pena, y si la misma se ha definido como el reproche que se le debe efectuar a quien realiza el injusto, resulta claro que, en un objeto de connotación orientado exclusivamente al delito que se cometió, cualquier estimación relacionada con la personalidad del agente tiene que ajustarse de manera directa a las circunstancias que rodearon la conducta punible, y no a consideraciones más cercanas al derecho penal de autor que a otra cosa, como sustentar una mayor afectación al bien jurídico por el hecho de que el autor ostenta una “personalidad proclive al delito” o, en otras palabras, porque se trata de un delincuente [...]

El principio de culpabilidad es un pilar fundamental al ius puniendi del estado, por lo que Garro (2017) manifiesta que:

“La culpabilidad es un presupuesto y un límite de la pena. Constituye un indispensable límite al poder punitivo estatal no sólo para evitar cualquier castigo motivado en hechos de otros, en una responsabilidad puramente objetiva o basada exclusivamente en las características personales del autor, sino también para no sobrepasar la medida o grado del injusto cometido. La esencia de la culpabilidad no radica en un defecto del carácter, adquirido culpablemente por el modo de vida que se ha llevado, sino en que el autor ha cedido a la tentación en la situación concreta y ha cometido un hecho punible y de esa forma se ha hecho culpable por su actuación” (p.42).

El principio de culpabilidad es un apoyo de graduación de la pena por la comisión de un delito, por lo que la esencia de este principio no radica en la personalidad del delincuente, sino propiamente en la comisión del delito, por lo que la reincidencia vulnera la culpabilidad por originar un análisis de la culpabilidad de un hecho pasado. Por los antecedentes se agrava la pena por un tercio más del previsto en el tipo penal por lo que la vulneración del principio de culpabilidad por el hecho es real (Mera, 1998, p.140).

Sergio Politoff (1997) menciona acerca del principio en cuestión y la reincidencia: “...ellas constituyen una contradicción con el principio non bis in ídem y el de culpabilidad, ya que el hechor recibe un castigo adicional en consideración a un hecho del pasado por el cual ya sufrió la pena correspondiente y que es ajeno al hecho sobre el cual decide la actual sentencia.” (p.243).

El autor anteriormente mencionado también hace un comentario de la doctrina de la culpabilidad haciendo una analogía con un hecho de la vida cotidiana al trasladar el reproche a una época anterior al hecho constitutivo de delito. “Conducir el reproche a esos hechos pasados que no son materia de prohibición conminada con pena constituye

una evidente violación al principio *nullum crimen nulla poena sine lege*.”(Politoff, 1997, p.245).

Bustos (1989) hace un acertado comentario acerca de la reincidencia y la vulneración al principio de culpabilidad al considerarla inconstitucional: “Se considera que la reincidencia se fundamenta en el carácter o personalidad del reincidente, quien, tendría un desprecio permanente en contra de los bienes jurídicos, lo que no puede implicar ni mayor responsabilidad (ya que se funda en un rasgo permanente) ni mayor injusto. Este rasgo permanente lleva a tipos de autor o bien a un Derecho Penal por el carácter. Tal rasgo de carácter no puede fundamentar, por tanto, una agravación, a lo más podría servir para determinar la forma de ejecución de la pena” (p.376).

Así mismo en el Informe de la Comisión de Constitución, legislación y justicia hace un análisis, arrojando como resultado el siguiente:

“Las agravantes de reincidencia y reiteración no sólo representan un sensible quebranto del Derecho penal de culpabilidad, sino que, además, aparecen, desde otra perspectiva, como medios político- criminales poco adecuados. Ambas suelen mostrar el fracaso de los efectos preventivos de la pena anteriormente impuesta. Ante este fracaso parece poco oportuno que el ordenamiento jurídico reaccione, a su vez “reincidiendo” en la pretensión de lograr finalidades de aseguramiento y prevención precisamente a través de la misma sanción que fracasó ya con anterioridad. El medio más apropiado para conseguir estas finalidades no será ciertamente el aumento de la cantidad de la sanción retributiva que ya fracasó, sino la aplicación de una sanción de naturaleza distinta.” (Comisión, 2006, p.29).

Nuestra Norma Suprema establece: “Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada” (Art. 76, núm. 2).

Así mismo, el derecho a la presunción de inocencia se tipifica en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) la cual menciona: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa” (Art.11, núm. 1).

Es obligatoria la aplicación de este principio para los jueces, salas y tribunales, garantizando la primacía de los derechos humanos como es “indubio pro homine”.

3.3.3 Conceptualizaciones del principio de culpabilidad.

Zaffaroni (2002) menciona:

“El principio de culpabilidad es el más importante de los que se derivan en forma directa del Estado de Derecho, porque su violación importa el desconocimiento de la esencia del concepto de persona. Imputar un daño o un peligro para un bien jurídico, sin la previa constatación del vínculo subjetivo con el autor (o imponer una pena sólo fundada en la causación) equivale a degradar al autor a una cosa causante” (p.139).

El profesor Jiménez de Asúa (1958) manifiesta que es la parte más delicada del Derecho Penal, esto debido al aspecto subjetivo del sujeto activo de una infracción, y su juicio de reproche. establece: “...puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica”(p.252) .

Zambrano Pasquel (2006):

“Definimos a la culpabilidad como: el juicio de reproche personal que se le formula al sujeto por el delito, cuando teniendo la capacidad general de comprender la ilicitud del comportamiento y de determinarse conforme a esa comprensión, en el caso concreto podía obrar de manera diferente cumpliendo con la conducta que le era exigible y que le impone el ordenamiento jurídico” (p.32)

Para Roxin (2008) señala que:

La culpabilidad para la fundamentación de la pena atañe a la cuestión de bajo que presupuestos existe culpabilidad y por tanto por regla general responsabilidad jurídico penal. En cambio, la culpabilidad para la medición de la pena atañe al supuesto de hecho o tipo de conexión para la medición judicial de la pena y por tanto al “conjunto de los momentos que poseen relevancia para la magnitud de la pena en el caso concreto (p.814).

3.4 Análisis de legislación sobre la reincidencia.

3.4.1 Ecuador

Como se lo mencionó en el capítulo I del presente trabajo investigativo la reincidencia según el Diccionario de la Real Academia reincidir es la “reiteración de una misma culpa o defecto. En Derecho, circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en haber sido reo condenado antes por un delito análogo al que se le imputa.” (DRAE, 2016)

En la legislación penal ecuatoriana, en el Código Orgánico Integral Penal, en el artículo 57, se define a la reincidencia como:

“... la comisión de un nuevo delito por parte de la persona que fue declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada.

La reincidencia solo procederá cuando se trate de la misma infracción penal o se haya atentado contra el mismo bien jurídico protegido en cuyo caso deberán coincidir los mismos elementos de dolo o culpa.

Si la persona reincide se le impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal incrementada en un tercio” (Código Orgánico Integral Penal, 2020).

Sin embargo, considero que debería eliminarse el tipo de reincidencia culposa de nuestra legislación al vulnerarse ciertos principios como “ne bis in ídem”, proporcionalidad y culpabilidad por las razones expuestas en este capítulo.

3.4.2. Derecho Comparado

3.4.2.1. Colombia.

La agravante general de reincidencia fue suprimida del Código Penal Colombiano en 1980, y, desde entonces, no ha vuelto a ser incluida como tal, incluso en la reforma al Código Penal del año 2000. Si bien el artículo 55 del Código Penal considera como circunstancia de menor punibilidad la carencia de antecedentes penales, la reincidencia no está contemplada como agravante general. (Cofré, 2011, p.7)

Ossa (2012) menciona: "...si el acusado posee antecedentes penales, el juez va a estar impedido a la hora de realizar la ejecución penal para ubicarse en el cuarto mínimo de movilidad, vislumbrándose concretamente dicho instituto como una causal de agravación de la pena, aunque no esté tipificado de dicha forma como en el caso de las agravantes específicas del tipo penal, así muchos sectores en el campo del derecho sigan insistiendo que al reincidente la pena no se le agrava porque no es una causal de agravación" (p.14)

En el Código Penal colombiano, la reincidencia está estipulada sólo para el delito de contrabando en su artículo 319, la cual aumenta de la mitad a las tres cuartas partes cuando se demuestre que el sujeto activo de la conducta es reincidente.

En el Código Penitenciario y Carcelario (Ley N° 65/93), la reincidencia es uno de los criterios de separación de internos:

Artículo 63. Clasificación de internos. Los internos en los centros de reclusión, serán separados por categorías, atendiendo a su sexo, edad, naturaleza del hecho punible, personalidad, antecedentes y condiciones de salud física y mental. Los detenidos estarán separados de los condenados, de acuerdo a su fase de tratamiento;

los hombres de las mujeres, los primarios de los reincidentes, los jóvenes de los adultos, los enfermos de los que puedan someterse al régimen normal.

También se encuentra tipificado el concepto de “reincidencia disciplinaria”, la cual se considerará reincidentes a los internos que hubieren cometido nuevamente falta leve o grave en un período de 6 o 3 meses:

Artículo 128. REINCIDENCIA: Se considera como reincidente disciplinario al recluso que habiendo estado sometido a alguna de las sanciones establecidas en esta ley, incurra dentro de los seis meses siguientes en una de las conductas previstas como faltas leves o dentro del término de tres meses en cualquiera de las infracciones establecidas como graves.

La reincidencia también se encuentra estipulada contemplada en el Código de Policía Nacional o Decreto 1355, promulgado el 4 de agosto de 1970. Está definida en el título cuarto, capítulo primero, de las contravenciones especiales de Policía, específicamente, en su artículo 63:

Artículo 63. REINCIDENCIA. El que después de una sentencia condenatoria cometiera una nueva contravención, incurrirá en la sanción que a ésta corresponda, aumentada en una cuarta parte para la primera reincidencia y en una tercera parte para las demás, siempre que la nueva contravención se haya cometido antes de transcurridos dos años de ejecutoriada la condena. La regla anterior dejará de aplicarse cuando en disposición especial se prescriba tratamiento diferente.

3.4.2.2. Argentina

En Argentina se contempla la existencia de la figura de la reincidencia la ley N° 20.429 de armas y explosivos, N° 24.192 que establece el régimen penal y contravencional para la prevención y represión de la violencia en espectáculos deportivos, en la cual impone una pena accesoria a la principal de carácter penal (Cofré, 2011), la ley N°25.871 (Ley de Migraciones) y la Ley N° 24.449 (Ley de Tránsito).

En el Código Penal Nacional Argentino, la reincidencia ocupa el libro VIII:

Artículo 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 esa 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 aquél por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años.

Dentro del artículo 50, se evidencia de manera general a la reincidencia, recogiendo sólo la reincidencia propia, también llamada reincidencia real (Christensen, 2013), ya que exige el cumplimiento total o parcial de la pena (“quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad”). Además, se refiere a la reincidencia genérica (“cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena”).

Antes de la modificación de esta norma por la ley N° 23507, en 1984, también era reincidente el indultado o aquél cuya pena haya sido conmutada, y se recogía la reincidencia impropia, hoy derogada del ordenamiento penal argentino, con al menos, una excepción. (Ley 12.331, 1937)

En artículo 52 del Código Penal Argentino, se establece la reincidencia, en la cual se agrava la pena mediante la adición de una pena de reclusión, accesoria, y por tiempo indeterminado (“Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena”), siendo esta una reincidencia genérica, ya que nada

señala sobre la naturaleza del delito cuya sanción es agravada. Las hipótesis de aplicación de la multireincidencia son dos: cuando el condenado registre cuatro penas privativas de libertad, siendo al menos una de ellas mayor a tres años, y el caso en que existieren cinco o más penas privativas de libertad iguales o menores a tres años. Un punto discutido es la reclusión por tiempo indeterminado, ya que vulneraría los principios de legalidad y proporcionalidad (Centro de Estudios de Seguridad Ciudadana, 2014, p.39).

Eugenio R. Zaffaroni señala que: “El concepto de reincidencia está usado en sentido técnico estricto, de modo que debemos atenernos a lo dispuesto por el art. 50, excluyendo del mismo al que se hubiese beneficiado con el transcurso de los plazos señalados en el último párrafo de1 mismo. Por otro lado, dado que la reincidencia surte el efecto de agravar la pena, se impone que el sujeto haya sido considerado reincidente en la sentencia condenatoria, pues de lo contrario la libertad condicional se estaría negando con base en una circunstancia modificatoria de la condena, cuando sólo puede resolverse tomando la condena tal como fue impuesta en la sentencia” (p.192)

3.4.2.3. España.

En España nunca se ha eliminado la agravante de reincidencia, pero sí han existido fluctuaciones en su tratamiento. Además, se han incorporado conceptos provenientes de la criminología, como la habitualidad. Aquélla implica una tendencia estable o inclinación a delinquir, expresada por la reiteración en la comisión de delitos, adquirida a través de la práctica. (Sanz, 2013, p. 97)

En la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, elimina la reincidencia genérica, por considerarse contraria al principio “ne bis in ídem”, al principio de legalidad y además, ineficaz como tratamiento para evitar la habitualidad o reiteración delictual. Además, elimina la habitualidad (existencia de dos o más condenas previas) en el hurto y en la estafa (artículos 515.4 y 528.4 del Código Penal anterior).

Con la reforma penal de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, se introduce la reincidencia cualificada por el número de delitos cometidos (artículo 66, inciso primero, numeral 5º), con posibilidad de elevación en grados de la pena según cantidad de delitos cometidos; y se reincorpora la habitualidad, en la falta de lesiones, hurto y sustracción de vehículos (artículos 147, 234 y 244).

La reincidencia como circunstancia agravante se encuentra prevista en el artículo 22.8:

Artículo 22. Son circunstancias agravantes: [...] 8.^a Ser reincidente. Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

Además, la reincidencia impide la suspensión condicional de la condena (artículo 88 n° 1 del Código Penal Español), revoca la libertad condicional (artículo 93 del citado Código) y excluye la posibilidad de indulto.

Capítulo cuarto

Investigación y análisis de resultados

4.1. Objetivos.

4.1.1. Objetivo general.

Realizar un estudio jurídico doctrinario sobre la incorrecta aplicación de la reincidencia culposa en nuestra legislación.

4.1.2. Objetivos Específicos.

- Analizar en diversas legislaciones la institución jurídica de la reincidencia, su aplicación y sus posibles problemáticas.

- Establecer la necesidad de suprimir la reincidencia culposa en el COIP debido a que vulnera los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

4.2. Hipótesis.

¿La aplicación de la reincidencia en delitos culposos vulnera principios constitucionales?

¿La reincidencia culposa atenta a los derechos de las personas que han cumplido una pena con anterioridad?

¿Es necesario hacer una reforma al artículo 57 inciso 2 del COIP?

4.2.1 Preguntas de investigación

1. ¿Qué es la reincidencia culposa?
2. ¿Por qué la reincidencia culposa puede vulnerar principios?
3. ¿Es importante realizar una reforma al COIP con respecto a la reincidencia culposa?

4.3. Metodología.

Método Analítico –Sintético

Nos permitirá desarrollar los objetivos propuestos en la presente tesis, así mismo darnos un mayor entendimiento a la problemática de la reincidencia culposa en la legislación ecuatoriana. De la misma manera el análisis de casos suma el factor importante de interpretación del tema desarrollado con el fin de edificar los conocimientos que son resultado de la presente investigación dando como resultado las conclusiones pertinentes.

Método comparativo

Nos permitirá encontrar las semejanzas o diferencias entre la legislación de otros países con el nuestro, de tal manera que se desarrolla un procedimiento en el que se contrasta las normas establecidas sobre la reincidencia.

Método cuantitativo

En la presente investigación se utilizará el análisis de las encuestas formuladas a profesionales de Derecho, los cuales permitirán tener un mayor control e inferencia de los resultados obtenidos con lo investigado durante el desarrollo del presente trabajo, así mismo se obtendrán explicaciones contrastadas a partir de la hipótesis, estos resultados se basan en estadísticas.

4.4. Técnicas de investigación.

Para la realización de la presente investigación se recolectó datos a partir de la elaboración de una encuesta la cual permitió tener un mayor criterio acerca del tema “Análisis jurídico-doctrinario de la reincidencia culposa en la legislación penal ecuatoriana”

4.4.1. Encuestas.

El desarrollo de la encuesta fue una parte crucial para determinar los conocimientos y opiniones que tienen tanto los estudiantes de la carrera de Derecho como los abogados. La población encuestada fue un total de 40 profesionales del

Derecho, a los cuales se les aplicó la encuesta mediante 7 preguntas abiertas y cerradas.

4.5. Muestra.

Para determinar la muestra de la presente investigación se tomó como población los 4634 abogados que tiene el sistema informático del Foro de Abogados del Cantón Loja, por lo cual el tamaño de la muestra es de 40 abogados por medio de la siguiente fórmula para el cálculo de la muestra:

$$n = \frac{N}{(E)^2 N - 1 + 1}$$

$$n = \frac{4634}{0.16^2 4633 + 1}$$

$$n = \frac{4634}{119}$$

$$n = 38.94$$

n= Tamaño de la muestra

N= Población o universo

E= Error máximo admisible (0.16)

4.6. Resultado y análisis de Encuestas.

La población encuestada para el presente trabajo de investigación fueron 40 profesionales del Derecho, los resultados que se lograron con esta técnica son los siguientes:

Gráfico 1

1. ¿Conoce qué es la reincidencia?

1. ¿Conoce qué es la reincidencia?
40 respuestas

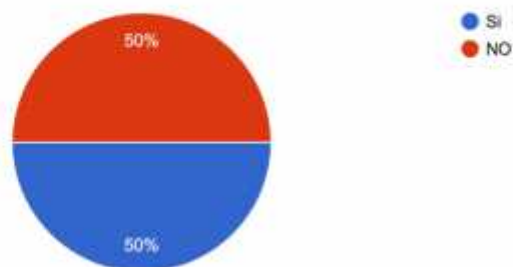


El resultado de la primera pregunta se puede evidenciar que el 100% de los encuestados (40 personas) conocen el significado de la reincidencia.

2. ¿Conoce cuáles son las clases de reincidencia existentes en la legislación penal ecuatoriana?

Gráfico 2

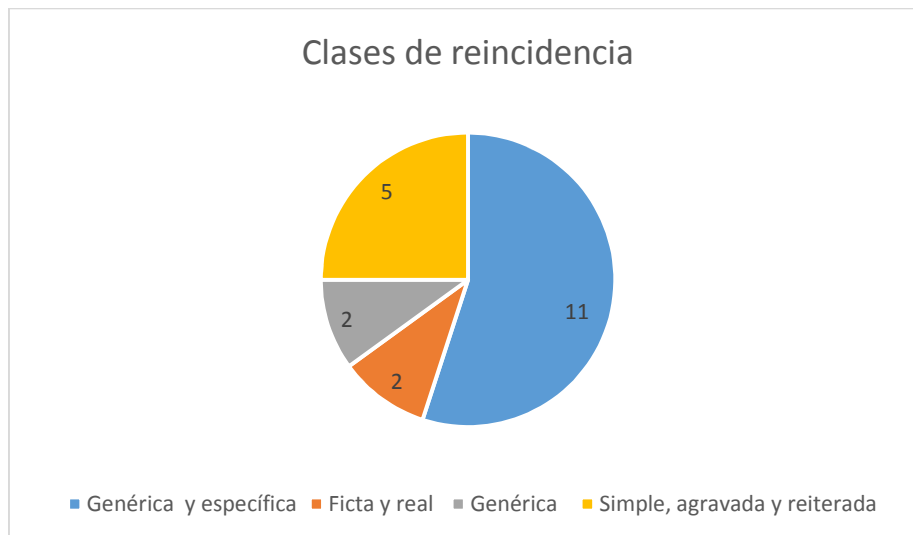
2. Conoce cuáles son las clases de reincidencia existentes en la legislación penal ecuatoriana?
40 respuestas



Como resultado de la pregunta dos, se puede apreciar que el 50% (20 personas) conocen las clases de reincidencia existentes en nuestra legislación, mientras que el otro 50% (20 personas) no conocen la clasificación de la reincidencia en el marco penal ecuatoriano.

En caso de ser afirmativa su respuesta anterior, mencione las clases de reincidencia

Gráfico 3



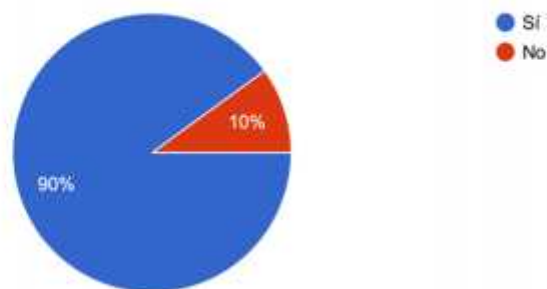
Las 20 personas que respondieron la pregunta anterior de manera afirmativa, mencionaron que existen diferentes tipos de reincidencia: En primer lugar el 55% (11 personas) consideran que existe la reincidencia genérica y específica, el 25% (5 personas) creen que la reincidencia puede ser simple, agravada y reiterada, el 10% que constituyen 2 personas mencionan que la reincidencia únicamente puede ser genérica, y finalmente el 10% restante (2 personas) conocen que las clases de reincidencia son la ficta y real.

3. ¿Conoce las consecuencias punitivas a ser impuestas a la persona reincidente?

Gráfico 4

3. ¿Conoce las consecuencias punitivas a ser impuestas a la persona reincidente?

40 respuestas

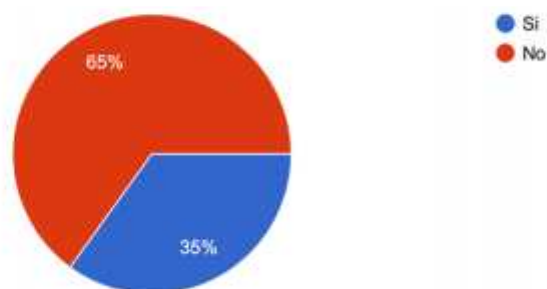


El 90% de los encuestados que responden a 36 personas conocen la pena impuesta a la persona que reincide en determinado delito, mientras que el 10% (4 personas) desconocen las consecuencias punitivas de la reincidencia en nuestro marco legal.

4. ¿En los delitos culposos se debe aplicar la figura jurídica de la reincidencia tal como lo dispone actualmente el COIP?

Gráfico 5

4. En los delitos culposos se debe aplicar la figura jurídica de la reincidencia tal como lo dispone actualmente el COIP?



En los resultados de esta pregunta se puede evidencia que el 65% que equivale a 26 personas mencionan que no se debería aplicar la reincidencia tal como lo tipifica el COIP, mientras que el otro 35% (14 personas) consideran que se debería aplicar la sanción que actualmente establece en COIP en delitos culposos.

5. ¿La reincidencia culposa vulnera principios jurídicos del derecho procesal penal?

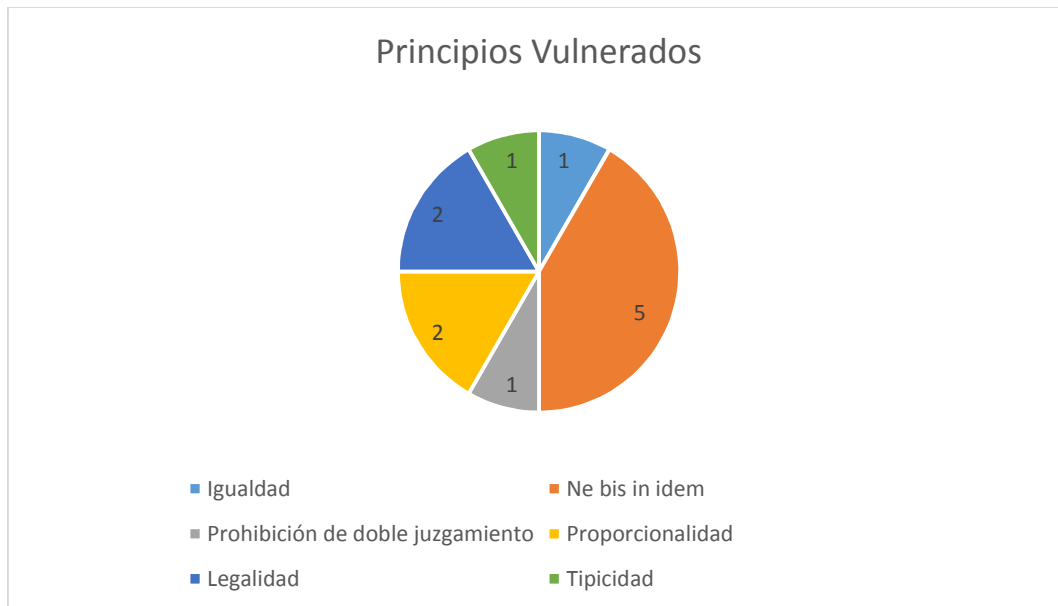
Gráfico 6



Como resultado de la presente pregunta el 65% de los encuestados (26 personas) consideran que se vulneran principios del derecho procesal penal, mientras que el 35% (14 personas) mencionan que no existe una vulneración de principios a las personas que les aplica la reincidencia culposa.

Si su respuesta anterior es afirmativa mencione que principios jurídicos se vulneran

Gráfico 7

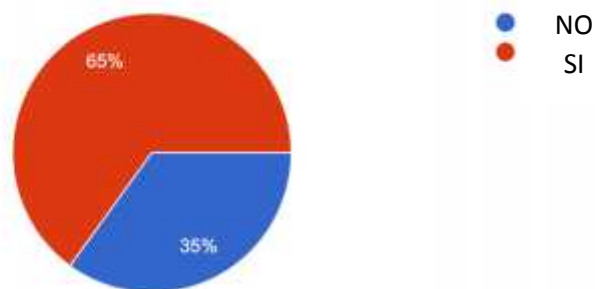


De las 14 personas que respondieron en la pregunta anterior que se vulneran principios del derecho procesal penal, 12 de ellas dieron una respuesta específica sobre los principios, dando como resultado lo siguiente: El 42% (5 personas) mencionan que el principio vulnerado es el Ne bis in idem, el 17% (2 personas) consideran que es el principio de legalidad, así mismo el 17% (2 personas) toman al principio de proporcionalidad como principio quebrantado, el 8% (1 persona) menciona que se vulnera el principio de igualdad, el 8% (1 persona) considera que el principio de prohibición de doble juzgamiento se vulnera y finalmente el 8% restante (1 persona) considera que el principio de tipicidad se quebranta por la aplicación de la reincidencia culposa.

- 6. ¿Cree usted que existe una afectación de derechos a la persona que ha sido condenada nuevamente por un delito culposo aplicándole la reincidencia estipulada en el art.57 del COIP?**

Gráfico 8

6. ¿Cree usted que existe una afectación de derechos a la persona que ha sido condenada nuevamente por un delito culposo aplicándole la reincidencia estipulada en el art.57 del COIP?

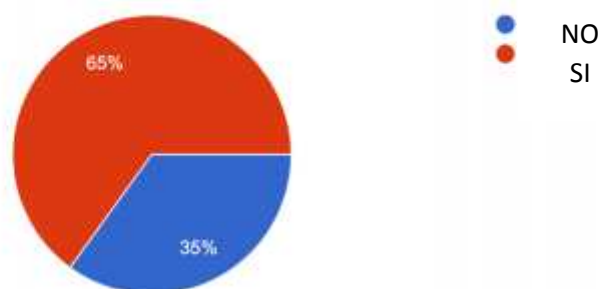


El 65% de los encuestados (26 personas) creen que existe una afectación de derechos a una persona que ya ha sido condenada por un delito culposo, mientras que el 35% (14 personas) no consideran que exista ninguna afectación de derechos por lo que se debería aplicar la reincidencia culposa.

7. ¿Cree usted que es necesario hacer una reforma al artículo 57 del COIP, para que se elimine la agravante de la reincidencia culposa en nuestra legislación?

Gráfico 9

7. ¿Cree usted que es necesario hacer una reforma al artículo 57 del COIP, para que se elimine la agravante de la reincidencia culposa en nuestra legislación?



Las respuestas arrojadas por esta pregunta evidencian que el 65% (26 personas) consideran que se debería hacer una reforma al artículo 57 del COIP, mientras que el

35% restante (14 personas) no creen conveniente hacer una reforma al artículo 57 por lo que no consideran positivo la eliminación de la agravante de la reincidencia culposa.

Discusión

Luego de la realización de la presente investigación, tanto de su marco teórico como la aplicación de encuestas dirigidas a profesionales del Derecho, se han manifestado ciertos resultados, los cuales han demostrado el cumplimiento tanto de los objetivos como hipótesis planteados para la presente tesis.

En primer lugar se ha realizado un estudio jurídico doctrinario sobre la incorrecta aplicación de la reincidencia culposa en nuestra legislación. En base de conceptualizaciones sobre la figura de la reincidencia, así como su tipificación en el COIP en su artículo 57 en el que no especifica una diferenciación entre reincidencia culposa y dolosa como tal. Además se realizó un énfasis entre delitos de dolo y culpa, los cuales al aplicar el incremento de un tercio de la pena por ser reincidente en el cometimiento de delitos culposos se vulneran principios constitucionales como el de culpabilidad, proporcionalidad y ne bis in ídem, citando nuestra Norma Suprema en su artículo 11 número 2, la cual señala que: "Nadie podrá ser discriminado por razones de [...] pasado judicial", así como en el artículo 76 numeral 7, letra i donde se establece que "Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia" y al especificar que la reincidencia no se puede dar dentro de un marco garantista se ha creado una especie de derecho penal de autor en el que Bockelman menciona que "Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino que sólo el que el autor sea 'tal' se convierte en objeto de la censura legal" (p.177). El Código Orgánico Integral Penal, tiene contenido de carácter garantista, dentro de la cual se deben destacar un aspecto crucial como lo es la finalidad de la pena, entendida como la rehabilitación y la resocialización, sin embargo se evidencia que si bien es cierto el Estado protege los derechos de los ciudadanos debe enfocarse también a la finalidad de la pena como tal para que el delincuente sea rehabilitado y luego reinsertado en la sociedad, lo cual no se cumple a cabalidad en la realidad ecuatoriana, ya que se lo ha

demostrado con el estudio de la Campaña Quinaucho en el año 2015, en la que se evidencia el nivel de reincidencia elevada en el Ecuador, la cual se ubica en un 46%, es decir, que son casi la mitad de las personas privadas de libertad de los centros de rehabilitación social. Ya que vuelven a entrar en conflicto con la ley por lo que la reinserción del delincuente debe ser considerada uno de los ejes primordiales de una verdadera rehabilitación social, y cabe recalcar que dentro de este porcentaje de personas privadas de libertad corresponden a los que han sido sentenciados por delitos culposos. Además según Núñez señala tres características, las cuales definen la situación de las personas encarceladas en Ecuador donde denota la violación sistemática de los derechos humanos de las personas reclusas, por lo que, hay que enfatizar que el Estado al ser garantista de derechos también debe enfocarse en la creación de políticas criminales que cubran este desamparo que aún existe a los privados de libertad.

Dentro del análisis de los encuestados en la pregunta número 4 se puede comprobar que el 65% de los profesionales del Derecho coinciden en que no se debería aplicar la pena de la reincidencia culposa como lo tipifica el COIP, siendo una mayoría notable de los encuestados los que conciben la idea de que la sanción aplicada por reincidencia tipificada actualmente es errónea.

Así mismo se realizó un análisis de las diversas legislaciones como lo son de Colombia, Argentina, España y Ecuador. Se pudo observar que en la legislación colombiana fue suprimida del Código Penal la figura de la reincidencia en 1980, y, desde entonces, no ha vuelto a ser incluida como tal, incluso en la reforma al Código Penal del año 2000 y que si bien el artículo 55 del Código Penal considera como circunstancia de menor punibilidad la carencia de antecedentes penales, la reincidencia no está contemplada como agravante general. (Cofré, 2011, p.7). En España específicamente en la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, elimina la reincidencia genérica, por

considerarse contraria al principio “ne bis in ídem”, al principio de legalidad y además, ineficaz como tratamiento para evitar la habitualidad o reiteración delictual. Se destaca además que en el año de 1984 Brasil redujo los efectos de la figura mencionada y además eliminó las medidas post-delictuales, así mismo en 1985 desaparecieron ciertas normas del código uruguayo con respecto a la reincidencia. Por lo que es claro que otros países han hecho un cambio a lo largo de los años porque han visto conveniente una readaptación a la figura materia de la presente tesis ya que los resultados han sido positivos al no considerarla como agravante.

Como objetivo específico se planteó la necesidad de suprimir la reincidencia culposa en el COIP debido a que vulnera los principios de culpabilidad y proporcionalidad, además en la hipótesis establecida en la investigación es de demostrar si: ¿La aplicación de la reincidencia en delitos culposos vulnera principios constitucionales?. Por lo que dentro del capítulo tres, se realizó un análisis minucioso de los principios vulnerados, incluyendo también al “ne bis in ídem” donde mediante tratados internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8 numeral 4 estipula que : “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”, o nuestra Norma Suprema al considerarse como una garantía al debido proceso y del derecho a la defensa: “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto” (Art. 76 # 7). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 numeral 7 establece que: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país. Así mismo la Teoría Abolicionista defiende la postura de la violación de principios.

Tratadistas como Luis M. García, señala que “Se cuestiona a la reincidencia en la medida que se traduce en una mayor gravedad de la pena del segundo delito violando el mencionado principio, puesto que esa mayor gravedad es el resultado del anterior delito, ya juzgado en definitiva, pues la condena anterior, presupuesto de la reincidencia, es consecuencia del delito anterior (p.126). Por lo que se considera la violación del principio “ne bis in idem”, manifestando que no únicamente se da la prohibición de juzgar dos veces por un mismo acto, sino que también se produce cierto impedimento de imputar efectos subsiguientes que quebrantarían este principio.

Con respecto al principio de proporcionalidad, el artículo 76, numeral 6 de la Constitución (2008), determina que: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” consagrando así de forma expresa el principio de proporcionalidad en su básica y amplia concepción. La esencia del principio de proporcionalidad frente al poder punitivo es que se aplique de forma estricta cuando se vulnera un bien jurídico, el cual debe ser proporcional al acto, por lo que la reincidencia culposa viola este principio.

Finalmente la culpabilidad se encuentra tipificada en el Código Orgánico Integral Penal (2020) en su artículo 64 que menciona: “Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”. Sin embargo, como lo menciona Mera (1998); el principio de culpabilidad es un apoyo de graduación de la pena por la comisión de un delito, por lo que la esencia de este principio no radica en la personalidad del delincuente, sino propiamente en la comisión del delito, por lo que la reincidencia vulnera el principio por originar un análisis de la culpabilidad de un hecho pasado. Por los antecedentes se agrava la pena por un tercio más del previsto en el tipo penal por lo que la vulneración del principio de culpabilidad por el hecho es real (p.140).

De acuerdo a las encuestas planteadas específicamente en las preguntas 5 ¿La reincidencia culposa vulnera principios jurídicos del derecho procesal penal?, y la pregunta

6. ¿Cree usted que existe una afectación de derechos a la persona que ha sido condenada nuevamente por un delito culposo aplicándole la reincidencia estipulada en el art.57 del COIP? Los resultados son del 65% de profesionales que coinciden que existe una vulneración de principios y afectación de derechos a los condenados por reincidencia culposa, lo cual nos da una visión de mayoría que sin duda aplicar esta figura en delitos culposos va en contra de los principios garantistas de nuestras normas y de esta forma se cumple otra hipótesis del presente trabajo la cual era despejar la interrogante sobre el atentado a los derechos de las personas que han cumplido una pena con anterioridad.

Como una tercera hipótesis se planteó la idea de hacer una reforma al artículo 57 inciso 2 del COIP, derivado del análisis planteado anteriormente, para lo cual se delimitó a la idea de especificar la reincidencia culposa, la cual debería detallarse como este cometimiento de un nuevo delito de culpa con los mismos elementos de tipicidad, y que para esto no debería existir un incremento de la pena ; y por otra parte especificarse a la reincidencia dolosa como el cometimiento de un nuevo delito con dolo por parte de la persona que fue declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada y sólo si vuelve a cometer un delito de análoga naturaleza, es decir, los mismos elementos de tipicidad de dolo; será impuesta la pena máxima del tipo penal incrementada un tercio.

Para complementar esta idea se realizó una pregunta en la encuesta dirigida a los profesionales del Derecho, la cual estipula 7. ¿Cree usted que es necesario hacer una reforma al artículo 57 del COIP, para que se elimine la agravante de la reincidencia culposa en nuestra legislación? Para lo cual el 65% de los encuestados manifiestan positivamente a la reforma considerándose que el artículo actualmente tipificado no cumple las garantías que dicta la Constitución como establece en su artículo 393 encontrándonos en un estado de derecho y de justicia garantizará la seguridad humana por medio de las políticas con el fin de asegurar la convivencia pacífica de las personas cuyo fin es de promover la paz y prevenir las diversas formas de violencia y a la comisión de delitos.

Conclusiones

En la presente investigación se ha identificado la existencia de una incorrecta aplicación de la reincidencia culposa, por existir un endeblez entre las normas nacionales, y diferentes tratados internacionales al no cumplir con las garantías y debido proceso, dando como resultado una vulneración a los principios “ne bis in ídem”, proporcionalidad y culpabilidad de la persona sentenciada por reincidencia y aplicársele un tercio más de la pena del delito cometido con culpa como lo estipula el art. 57 del COIP.

Se demuestra que existe una notable vulneración al principio de proporcionalidad, como de culpabilidad a la persona sentenciada nuevamente por el cometimiento de un delito de culpa, que en lugar de sancionar el nuevo delito el cual es materia de juzgamiento, se castiga a la persona y se lo condena por lo que es y no por el acto que cometió.

La aplicación del artículo 57 del COIP sanciona la conducta de la persona vulnerando derechos inherentes a los ecuatorianos y extranjeros residentes en el país, ya que se toma en cuenta la peligrosidad del individuo como identificativo del reincidente dando como resultado una tendencia previa al juzgador al momento de sentenciar, incumpliendo con la finalidad de mantener un orden jurídico evitando poner en una situación vulnerable al reincidente.

De los resultados obtenidos en la aplicación de las encuestas dirigidas a los profesionales del Derecho se consiguió datos que demuestran la problemática central de la presente investigación y se necesita que el Estado por ser garantista de derechos tome en consideración dentro de su sistema judicial a la figura de la reincidencia culposa como ilegítima por vulnerar derechos trascendentales y principios contemplados en nuestra legislación.

Recomendaciones

Primera: Que se realice una verdadera concordancia de las normas en nuestro sistema legal, con el fin de que no exista una vulneración de los derechos a las personas que han sido condenadas injustamente por la aplicación de la figura de la reincidencia culposa y se cumpla a cabalidad todas las garantías contempladas tanto en la Constitución como en el COIP.

Segunda: Que la Asamblea Nacional, como la Corte Constitucional analicen a profundidad el tema de la reincidencia culposa, para evitar así en un futuro más transgresiones a los derechos de las personas condenadas por reincidencia culposa y se dé una respuesta favorable para una correcta aplicación de ésta figura en casos venideros.

Tercera: Que se realice un análisis profundo del artículo 57 inciso 2 donde se haga una clara diferenciación de la reincidencia dolosa y culposa, para que ésta última no tenga una imposición de la sanción establecida por vulnerar principios como de proporcionalidad y culpabilidad contemplados en la Constitución y tratados internacionales.

Cuarta: Que se realicen programas direccionados por la Función Judicial y los órganos competentes para que se instruya de mejor manera a los abogados en materia penal para tener un mayor conocimiento de temas como el de la presente investigación, así mismo crear políticas criminales las cuales deben ser emitidas por el órgano competente como lo manda la Constitución y se creen programas de ayuda a las personas privadas de libertad que han sido condenadas como reincidentes culposos para luego tener una efectiva reinserción a la sociedad.

Referencias

- Agudo, E. (2005). Principio de culpabilidad y reincidencia. Granada, España: Universidad de Granada.
- Arroyo de las Heras, A., Muñoz Cuesta, J., Goyena Huerta, J., Las Circunstancias.
- Aristóteles, Ética Nicomáquea, Libro V, Madrid, Editorial Gredos S.A., 1993, p.243.
- Armengol, P. (2002). La reincidencia. Pamplona, España: Analecta.
- Asua Batarrita, Adela (1982): La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles el siglo XIX, Bilbao, 1982
- Asua, A. (1982). La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del S. XIX. Bilbao, España: Universidad de Deusto.
- Bacigalupo, E.(1980), La individualización de la pena en la reforma penal, en Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense, monográfico no 3.
- Bacigalupo, E. (1999). Derecho Penal Parte General. Madrid.
- Baquerizo, J. Y Leuschner, E. (2011). Sobre neoconstitucionalismo, principios y ponderación. Notas desde la teoría y la filosofía del derecho. (1ra.ed). Guayaquil, Ecuador. Edilex S.A
- Barbero Santos. En Nicolás García Rivera, El Poder en el Estado Democrático. Cuenca, España: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996.
- Bernal Pulido, Carlos, (2007). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Bernal Pulido, Carlos, (2008). La racionalidad de la ponderación, EN: Miguel Carbonell, El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos

- Bockelman, 1939,3 s, citado por Claus Roxin, Derecho Penal, Parte general, Tomo I, "Derecho Penal del hecho y Derecho penal de autor", editores, Civitas, 1997
- Bustos Ramírez, Juan. (1989). Manual de Derecho Penal, Parte General, 3ª edición, Barcelona, Ariel.
- Cabanellas, Guillermo. (1992) 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.
- Cabanellas, G. (2001). "Diccionario Jurídico Elemental". Editorial Heliasta. Buenos Aires – Argentina
- Cabanellas, G. (2010). Diccionario enciclopédico de derecho usual. Buenos Aires: Heliasta.
- Cabanellas, G. (2014). DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL. ECUADOR : EDITORIAL HELIESTA S.R.I.
- Campaña Quinaucho Damián Guillermo, La Rehabilitación Social y el nuevo modelo de gestión del Sistema Penitenciario aplicables a los CRS de Guayaquil y CRS de Cotopaxi en el año 2015, Quito, 2015.
- Carbonell, M (2007). El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional.
- Cerezo Mir, José, Curso de derecho penal español. Parte general, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1981
- Cicerón, Marco Tulio, (1983).Las paradojas de M. Bruto, Ateneo, vol. II, p. 345, obra citada por Vela Treviño, Sergio, Culpabilidad e inculpabilidad, México, Trillas
- Christie, Nils. Conflicts as Property, 87. En Louk Hulsman, "Políticas criminales alternativas". En Criminología Crítica y Control Social, El poder punitivo del Estado, 75-104. Rosario, Argentina: Editorial Juris, 1993.

- Cofré Perez, Leonardo. 2011. Idas y vueltas de la Reincidencia en América Latina: estado de la normativa en Argentina, Colombia, Perú y Chile. Revista Debates Penitenciarios Universidad de Chile.
- Cuello, E. (1958). La moderna penología. Barcelona: BOSCH.
- De Leon Velasco, H. A., & Mata Vela, J. F. (2004). Derecho Penal Guatemalteco Parte General y Parte Especial. Guatemala: Editorial Estudiantil Fenix.
- DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier. (1998). Acumulación de sanciones penales y administrativas: Sentido y alcance del principio "ne bis in idem". Bosch. Barcelona, España.
- Española, R. A. (2001). Diccionario de la Lengua Española. En R. A. Española. Madrid : Espasa .
- Fernández, L. E. (2016). (A. V. Samaniego, Entrevistador)
- Ferri, Enrico. "Socialismo y criminalidad". Madrid : Centro Editorial de Góngora, 1895
- Frisch, "Pena, delito y sistema del delito en transformación", InDret Penal, n°3, 2014, p,21
- Foucault, Michel. "La evolución del concepto de individuo peligroso en la psiquiatría legal del siglo XX". En Estética, ética y hermenéutica, 37-58. Barcelona: Paidós Ibérica S.A., 1999.
- García. G. (2005). "El Instituto de la Reincidencia en el Derecho Penal Argentino". Buenos Aires – Argentina.
- García, P. (2012). "Derecho Penal. Parte General". Universidad Continental. Huancayo - Lima – Perú.

- García Álvarez, M. F. (2013), "Importancia del estudio de las causas delictivas y otros aspectos para estructurar las políticas criminales", Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística.
- Garro Aburto, J. L.,(2017). Reincidencia y Habitualidad en Procesos Penales a Consecuencia de la Ley 30076
- Gianniti, (1959) «I reati della stessa índole», Milán
- Grispigni (1995). «La personalitá e il valore sintomático del reato», en fLa Scuola Positiva»
- Habermas, J (1998). Facticidad Y Validez. Madrid: Trotta
- House, Sanchez y Fallas. D.(1997). Proceso penal y derechos funadamentales. (1ra ed). San José, Costa Rica: Litografía e imprenta LIL, S.A.
- Hurtado Pozo, Jose, Prado Saldarriaga,Victor, (2011). Manual de derecho penal parte general tomo i. Lima, Idemsa.
- Ianniti Piramallo, (1932) «Corso di Diritto Crimínale, Roma
- Ignacio Villaverde Menéndez. (2008). La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad, en: Miguel Carbonell (editor), El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
- Islas de González Mariscal, Olga, Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal.
- Jescheck, H. (1981). Tratado de Derecho Penal (Vol. I). Barcelona: Bosch.
- Jiménez de Asúa, Luis. (1982). "PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL, LA LEY Y EL DELITO"; Buenos Aires – Argentina; Editorial ABELEDO PERROT (Sudamericana); Tercera edición

Jiménez, L. (1945). La ley y el delito, curso de dogmática penal. Argentina: Sudamericana Editores.

Latagliata, op. cit., p. 33-38

Luigi Ferrajoli, Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal. 3a Ed. ZOMER SICA, Ana Paula et al. (trad.), (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010).

Lopera, G. (2010). Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal, en Mir Puig. Constitución y principios del derecho penal. Algunas bases constitucionales. Valencia, Tirant lo Blanch.

Manzini, Vincenzo, Trattato di procedura penale e di ordenamento giudiziario, op. cit., vol. I, p. 743.

Martínez. Z. (1971). “La Reincidencia”. Universidad de Murcia. Revista Jurídica. Vol. XXVIII Núm. 1-2-3-4

Martinez de Zamora, A. (2015). La reincidencia . Revistas científicas de la universidad de Murcia.

Maurach, Z. (2010). DERECHO PENAL

Medina Jara, R. (2007). MANUAL DE DERECHO PENAL

Mera Figueroa, Jorge. 1998. Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno, Chile, Editorial Jurídica Conosur.

Michael Foucault, Vigilar y Castigar – Nacimiento de la prisión. 1a Ed. (Buenos Aires: Siglo XXI, 2002, 25)

Molina, A. (1988). Introducción a la Criminología. Medellín: Biblioteca Jurídica

Nicolini, «Le questioni di diritto», II, 1870

Núñez, J. (2006). La crisis del Sistema penitenciario en Ecuador. FLACSO, Quito.

Oré, citado en Coello Gamarra, C. F.(2017), Necesidad del cumplimiento de la totalidad o una parte de una pena privativa de libertad efectiva por delito doloso como requisito para establecer la condición de reincidente.

Ossa López, María Fernanda. (2012) . Aproximaciones Conceptuales a la Reincidencia Penitenciaria. Revista Ratio Juris 7. Universidad Autónoma de Latinoamérica

Penal, C. O. (2014). Ecuador.

Pacheco, Joaquín. 1856. El Código penal concordado y comentado, T. I. 2º Ed. Madrid, pp. 238-239.

Pérez, E., Redondo, S. (1991). Efectos psicológicos de la estancia en prisión. Madrid, España: Dirección General de Servicios Penitenciarios y Centro de Estudios Jurídicos.

Plascencia, R. (1998). Teoría del delito. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Politoff, Sergio. 1997. Derecho Penal, T. I., Chile, Editorial Jurídica Conosur

Porte Petit Candaudap, Celestino, Programa de derecho penal. Parte general, 3ª ed., México, Trillas, 1990, pp. 604 y ss

Ranieri, Manuale di Diritto Pénale, Padova, 1956, p. 93 s.

Reyes Echandía, Alfonso, Culpabilidad, 3ª ed., Bogotá, Temis, 1991, pp. 50 y ss.

Reyes, A. (2003). Criminología. Bogotá: Temis

Robert Alexy, La fórmula de peso, en: Miguel Carbonell, El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 16. 38 Luis Prieto Sanchís, El Constitucionalismo de los Derechos. en: Miguel Carbonell (Editor), Teoría del Neoconstitucionalismo, Madrid, Trotta, 2007

- Rojas, I. (2015). "La proporcionalidad de las penas". Diagramación Electrónica. 21av Edición. Bogotá – Colombia
- Roxin, C.(2008) , Derecho penal parte general tomo I, Madrid, Civitas.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam, vol. 1.
- Ulpiano. (1998). Derecho Penal Introduccion y Parte General. En F. Balestra. Abeledo-Perrot. Universal, G. D. (1986). Bogota: Prolibros Ltda
- V. Alexander y Staub, «El delincuente y sus jueces desde el punto de vista psicoanalítico», Trad. esp., Madrid, 1935, p. 16 ss
- Zaffaroni, E. (2000). DERECHO PENAL. España: TECFOTO, S.L.
- Zaffaroni, Eugenio.(2002) "DERECHO PENAL, PARTE GENERAL"; Buenos Aires – Argentina,; Sociedad Anónima Editora EDIAR; 2da. Edición
- Zaffaroni, Eugenio. Criminología Crítica y Control Social, El Poder Punitivo del Estado. Rosario, Argentina: Editorial Juris, 1993.
- Zabala, M. (2005). La reincidencia como circunstancia agravante de la punibilidad y su relación con el principio de culpabilidad y con las garantías que de él derivan. Buenos Aires: USAL.
- Zambrano Pasquel, Alfonso, "Derecho Penal, PARTE GENERAL", Lima – Perú, 2006, ARA Editores E.I.R.L., 3ra. edición,
- Zambrano, A. (2008). MANUAL DE DERECHO PENAL. ECUADOR: CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES.
- Zavala, J. (1986). La pena. Guayaquil: E.Q. .
- Zúñiga Rodríguez, Laura. (2001). Política Criminal. Madrid. Colex

Zúñiga Rodríguez, Laura. Libertad personal, seguridad pública y sistema penal de la Constitución de 1993. En Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Anuario de Derecho Penal [Publicaciones Periódicas] Número 1994 [en línea],

TESIS

Christensen, Agustina. (2013). Agravación de la Pena por Reincidencia en el Derecho Penal Argentino. Tesina de graduación de abogacía. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad FASTA.

Chávez, J (2010). El principio de proporcionalidad en la justicia constitucional. Repositorio académico de la Universidad Andina Simón Bolívar, Universidad Andina Simón Bolívar

Cruz, B. (2016). Reincidencia de las personas privadas de libertad por falta de aplicación de las medidas de reincersion laboral garantizada en la constitucion. Quito : Universidad Central del Ecuador .

SITIOS WEB

Centro de estudios de seguridad ciudadana de la universidad de Chile, 2014. La medición de la Reincidencia y sus Implicancias en la Política Criminal. Santiago http://www.cesc.uchile.cl/Publicacion_CESC_web_creditos.pdf

Cofré Perez, Leonardo. 2011. Idas y vueltas de la Reincidencia en América Latina: estado de la normativa en Argentina, Colombia, Perú y Chile. [En línea] Revista Debates Penitenciarios Universidad de Chile 16. Julio 2011. <http://www.cesc.uchile.cl/publicaciones/debates_penitenciaros_16.pdf> [07 Julio 2015]

Liszt, V. (2014). Enciclopedia Juridica. Obtenido de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/pena/pena.htm>

Martínez de Zamora, Antonio. 1970. La Reincidencia. Canales de la Universidad de Murcia (Derecho), XXVIII 1-2-3-4, 1969-70
<http://revistas.um.es/analesumderecho/article/view/104371>

Narvéez Bonnet, J. E. (2015). Revista Ibero - Latinoamericana. Obtenido de Responsabilidad Civil Profesional:
<https://search.proquest.com/docview/1795936887/A50D7E0F38D84FC5PQ/4?accountid=130858>

Orozco, M. (15 de Abril de 2016). El Comercio. Recuperado de <http://www.elcomercio.com/actualidad/desempleo-ecuador-aumento-economia.html>

Real Academia Española: <https://dej.rae.es/lema/negligencia>

Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, María. 2013. Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales [en línea] Revista Estudios Penales y Criminológicos, 2013. Vol. XXXIII.
 <<http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/1353>>

DOCUMENTOS

Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, aprobado por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el 18 de diciembre de 1980, según decreto publicado el 9 de enero del año siguiente, en el Diario Oficial de la Federación, ratificado el 24 de marzo de 1981 y publicados el 20 de mayo de ese mismo año en dicho órgano oficial de difusión.

Código Orgánico Integral Penal. (2020). Quito, Ecuador

Código Penal de la Nación de Argentina. (1984). Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado).
https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_de_la_Republica_Argentina.pdf

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Quito, Ecuador. Recuperado de <https://www.turismo.gob.ec/wp-content/uploads/2016/02/CONSTITUCION-DELA-REPUBLICA-DEL-ECUADOR.pdf>

Argentina. 1937. Artículo 17 de la Ley 12.331, Profilaxis, 11 enero 1937

Desarrollo Jurisprudencial de la Primera Corte Constitucional (serie 7, noviembre 2012 - noviembre 2015, Secretaría Técnica Jurisdiccional Corte Constitucional del Ecuador)

República del Ecuador. Tribunal Constitucional, [Resolución 1431, Edición Especial del Registro Oficial 29], 13 de marzo de 2008

República del Ecuador. Corte Constitucional, (Sentencia 1149-07-RA, suplemento del Registro Oficial 607 del 8 de junio de 2009.

Sobre el origen del principio de proporcionalidad en el contexto alemán, COHEN-ELIYA y PORAT (2013)

Informe de la Comisión de Constitución, legislación y justicia recaído en el proyecto de ley que modifica el código penal y el código procesal penal en materia de seguridad ciudadana y refuerza las atribuciones preventivas de las policías. Boletín N° 4321-07, 4 octubre 2006, p. 29.

Voto del juez Zaffaroni, Corte Nacional del Crimen Sala VI, 27/12/85, ED, 118-147 y JA 1987-I-194. En: GARCÍA, Luis. 1992. Reincidencia y Punibilidad, Buenos Aires, Astrea. p.126.

Apéndice Encuesta



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

TITULACION DE DERECHO

ENCUESTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DE DERECHO

INVESTIGACION PARA EL DESARROLLO DE LA TESIS TITULADA “ANÁLISIS JURIDICO
DOCTRINARIO DE LA REINCIDENCIA CULPOSA EN LA LEGISLACION PENAL ECUATORIANA”

1. ¿Conoce qué es la reincidencia?
Si No

2. Conoce cuáles son las clases de reincidencia existentes en la legislación penal ecuatoriana? Menciónelas en caso de ser afirmativa su respuesta.
Si No
.....

3. ¿Conoce las consecuencias punitivas a ser impuestas a la persona reincidente?
Si No

4. En los delitos culposos se debe aplicar la figura jurídica de la reincidencia tal como lo dispone actualmente el COIP?

Si No

5. La reincidencia culposa vulnera principios jurídicos del derecho procesal penal.

Si No

Cuáles.....

6. Cree usted que existe una afectación de derechos a la persona que ha sido condenada nuevamente por un delito culposo aplicándole la reincidencia estipulada en el art. 57 del COIP
Si No
7. ¿Cree usted que es necesario hacer una reforma al artículo 57 del COIP, para que se elimine la agravante de la reincidencia culposa en nuestra legislación?
Si No