



Inconstitucionalidad del incremento de la pena por reincidencia

Unconstitutionality of the increase in the penalty for recidivism

Inconstitucionalidade do aumento da pena por reincidência

Mirtha Angulo-Camacho ^I

amirtha1@utmachala.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0002-8868-7227>

Gabriel Suqui-Romero ^{II}

gsuqui@utmachala.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0002-3704-8193>

Correspondencia: amirtha1@utmachala.edu.ec

Ciencias Sociales y Políticas

Artículo de Investigación

***Recibido:** 20 de febrero de 2023 ***Aceptado:** 01 de marzo de 2023 * **Publicado:** 30 de abril de 2023

- I. Maestrante de la Maestría en Derecho, Universidad Técnica de Machala, Ecuador.
- II. Profesor de la Maestría en Derecho, Universidad Técnica de Machala, Ecuador.

Resumen

En Ecuador la reincidencia de la conducta delictiva ha existido desde la creación del primer cuerpo normativo en materia penal que data del año de 1837 y se mantiene vigente en el Código Orgánico Integral Penal; sin embargo, con su actual regulación se visualiza un agudizamiento en la criminalización al declarado culpable, en la medida que se la emplea para agravar la pena cuando el sentenciado previamente ha recibido otra condena por el mismo tipo penal. Como agravante de la pena es uno de los temas que, indudablemente, revierte polémica en el ámbito académico. Su validez ha sido puesta en cuestionamiento desde diversas perspectivas, tanto desde la dogmática como desde una visión político criminal. La presente investigación de revisión tiene por objetivo analizar la norma penal que consagra en Ecuador la figura de la reincidencia. Con el empleo de una metodología cuali-cuantitativa, apoyada en métodos como el sistemático, dogmático, comparativo, exegético entre otros, se pudo concluir que la aplicación de la reincidencia en la manera como se encuentra normada en el en la ley penal, tensa principios constitucionales como la igualdad y la no discriminación por pasado judicial.

Palabras Claves: Reincidencia; Discriminación; Pasado Judicial; Pena.

Abstract

In Ecuador, the recidivism of criminal conduct has existed since the creation of the first regulatory body in criminal matters that dates from the year 1837 and remains in force in the Comprehensive Organic Criminal Code; However, with its current regulation, a sharpening of the criminalization of the convicted person is seen, to the extent that it is used to aggravate the sentence when the previously sentenced person has received another sentence for the same criminal offense. As an aggravating penalty is one of the issues that undoubtedly reverses controversy in the academic field. Its validity has been questioned from various perspectives, both dogmatically and from a political-criminal perspective. The objective of this review investigation is to analyze the penal norm that enshrines the figure of recidivism in Ecuador. With the use of a qualitative-quantitative methodology, supported by methods such as systematic, dogmatic, exegetical, among others, it was possible to conclude that the application of recidivism in the manner in which it is regulated in criminal law, stresses constitutional principles such as equality and non-discrimination by judicial past.

Keywords: Recidivism; Discrimination; Judicial Past; Penalty.

Resumo

No Equador, a reincidência da conduta delitativa existe desde a criação do primeiro corpo normativo em matéria penal que data do ano de 1837 e se mantém vigente no Código Orgânico Integral Penal; sem embargo, com o seu atual regulamento se visualiza um agudizamiento na criminalização do declarado culposo, na medida em que se aplica para agravar a pena quando o sentenciado anteriormente tiver recebido outra condenação pelo mesmo tipo penal. Como agravante da pena é um dos temas que, indubitavelmente, revierte polémica no âmbito académico. Sua validade tem sido questionada a partir de diversas perspectivas, tanto desde a dogmática como desde uma visão político-criminal. A presente investigação de revisão tem como objetivo analisar a norma penal que consagra no Equador a figura da reincidência. Com o emprego de uma metodologia cuali-cuantitativa, apoiada em métodos como o sistemático, dogmático, comparativo, exegético entre outros, pode-se concluir que a aplicação da reincidência da maneira como se encontra normatizada na lei penal, tensa princípios Constitucionais como Igualdade e Não Discriminação por Processo Judicial.

Palavras-chave: Reincidência; Discriminação; Pasado Judicial; Pena.

Introducción

En un Estado constitucional de derechos y justicia social prima el ejercicio de los derechos en favor de los ciudadanos, para ello se requiere una administración de justicia eficiente y humanista que garantice el goce efectivo de esos derechos sin afectar la seguridad jurídica. Dicha proclama se ve tensada con la figura de la reincidencia a la hora de aplicar la pena en la sentencia en los casos de la verificación de un delito posterior similar, conforme lo determina el art. 57 del COIP, que para los efectos académicos se lo trae a colación:

Se entiende por reincidencia la comisión de un nuevo delito por parte de la persona que fue declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada. La reincidencia solo procederá 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 (Registro Oficial N° 512, 5to Suplemento, 10/08/2021, 2014).

Para introducirnos en el análisis de la norma en cuestión, es necesario empezar perfilando el discurso académico a partir de los postulados constitucionales respecto de los derechos que la reincidencia puede llegar a tensar. Así, el artículo 1 de la CRE, declara en su parte pertinente que *Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico* (Asamblea Nacional, 2019). Partiendo de esta declaración, la administración y funcionamiento del gobierno se someten a los preceptos de la Constitución como norma fundamental que se centra en la protección y defensa de los derechos de las personas, instaurando un sistema garantista que establecerá los mecanismos suficientes que garanticen el cumplimiento de los derechos, orientado a la consecución de una verdadera justicia, igualdad y equidad social.

Por otro lado, consiente de la dureza del sistema acusatorio penal, el legislador en la normativa penal ha establecido instituciones para evitar el reclutamiento del ciudadano en centros de privación de libertad, como ocurre por ejemplo con la suspensión condicional de la pena; luego, el reincidente sentenciado no podría acceder este beneficio, porque su pena ha sido incrementada desproporcionalmente. Ello a la postre se contrapone a los fines del Estado constitucional de derechos, en atención a que como dispone el artículo 84 de la CRE, ningún cuerpo normativo puede contener leyes que contravengan a los derechos y principios reconocidos constitucionalmente a favor de sus habitantes; con otras letras, la institución de la reincidencia, conforme se encuentra normada, parece contraponerse a los fines de ese Estado constitucional de derechos y justicia. Además, si consideramos que el Art. 11 numeral 2 de la CRE, garantiza la no criminalización por el pasado judicial de las personas privadas de libertad, la advertida confrontación normativa podría acarrear vulneraciones a los derechos de los sentenciados. Y es que, la citada proclama constitucional es el punto de partida para la reflexión medular del presente trabajo. No obstante, es menester aclarar que pese a que se parta de una hipótesis negativa reflejada en el título, sin embargo, luego del posterior análisis se podrá tomar postura si en efecto se la confirma o en su defecto se la descarta.

Por otro lado, el derecho a la igualdad, es uno de aquellos que más puntualmente puede verse afectado con la regulación de la reincidencia, más todavía cuando el sistema interamericano proclama su trascendencia e importancia, en la medida que reafirma que no puede existir una verdadera igualdad entre las personas si no se elimina cualquier trato discriminatorio; puesto que conforme al Art. 24 *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho,*

sin discriminación, a igual protección de la ley” (Organización de los Estados Americanos, 1969). Pero también, se refieren a este principio la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aunque en los dos casos lo complementan con la no discriminación en el sentido de que se garantiza la igualdad de todas las personas ante ley a igual protección de los derechos y garantías, y a la prohibición de todo tipo de discriminación (Cajamarca Torres, Narváez Zurita, Erazo Alvarez, & Pozo Cabrera, 2021)

En su recorrido histórico se observa que el Código Penal, antes de la publicación del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), normaba la reincidencia en su Art. 77 en los siguientes términos: *Hay reincidencia cuando el culpado vuelve a cometer un delito después de haber cometido uno anterior por el que recibió sentencia condenatoria* (Registro Oficial Suplemento 147/22/01, 1971). En la actualidad en el COIP subsiste la reincidencia, pero como se ha indicado supra, con énfasis al cometimiento de una nueva infracción penal con los mismos elementos; es decir, se refiere a la reincidencia que incrementa en un tercio la pena a la persona que vuelva a cometer un delito similar mismo tipo penal por el que previamente ya recibió sentencia condenatoria ejecutoriada.

Desarrollo

Pasado judicial

Los antecedentes penales son considerados como un foco que posibilitan múltiples lesiones a los derechos fundamentales de su titular, tales como la privacidad, la dignidad, la igualdad y el derecho a no ser discriminado, entre otros, y que tienen un impacto negativo en el círculo social, laboral y familiar de la persona que los posee (Villalobos Vallejos, 2018).

A través del tiempo, las personas que tienen antecedentes penales han sido y son víctimas de discriminación por parte de la sociedad, lo que a la postre conlleva implícitamente vulneración a ciertos derechos. Ahora bien, ha de entenderse como discriminar la acción de ofrecer un trato distinto a determinadas personas ya sea por motivo de carácter social o personal, lo que consiguientemente implica que a la persona discriminada se le ponga en situación de desventaja frente a las demás. Y es que, la discriminación puede presentarse en varios tipos entre los que se encuentran la discriminación fáctica, realizada por las personas de determinada sociedad; y, la discriminación jurídica, que la realiza el propio Estado al determinar medidas que contribuyen

aumentar esta desigualdad como la creación de un sistema de antecedentes penales y la escasa respuesta institucional para remediar este fenómeno. Lo advertido implica, a su vez, a la vulneración a igualdad jurídica que promueve una igualdad de todos ante la ley, o una misma capacidad de todos para tener los mismos derechos. De ahí que, este derecho conlleva una obligación para el Estado de implementar medidas que permitan solucionar el alto índice de discriminación que aún existe (Ochoa Díaz & Astudillo Urquiza, 2021).

El pasado judicial de por sí ya constituye una “carga moral negativa” que, en países de Latinoamérica como Ecuador, deben sobrellevar quienes han cumplido una sentencia condenatoria. Y es que, el señalamiento moral que padece el ex reo, además de colocarlo en terreno discriminatorio psicológico, lo ubica también en terreno discriminatorio laboral y muchas veces también discriminatorio de otras oportunidades de desarrollo como ser humano rehabilitado. Luego, ya en su connotación penal a la hora de la imposición de una pena por reincidencia, presenta rastros de una discriminación fundada en un derecho penal de autor, en atención a ese “pecado jurídico” acuñado por (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2006), cometido por el reo.

Reincidencia

Desde una perspectiva generalizada, la reincidencia es considerada como una agravante de la pena o como circunstancia de la responsabilidad penal o criminal, que “*consiste en haber sido el reo condenado antes por un delito análogo al que se le imputa*” (Diccionario de la Lengua Española, 2023). Luego, la doctrina penal especializada desde hace mucho tiempo se viene refiriendo a esta institución, unas veces como una forma de incremento de la antijuridicidad (Mir Puig, 1974); como la comisión de una conducta delictiva por segunda vez (Marín De Espinosa Ceballos, 1999); otras veces, ha sido considerada como un incremento deliberado de la culpabilidad por su insensibilidad a la pena anteriormente cumplida; inclusive, y desde una perspectiva de política criminal, se ha llegado a concluir que la reincidencia no es otra cosa que un “*fenómeno multicausal, que involucra aspectos individuales, sociales y criminogénicos del individuo*” (Larrota, Gaviria, Arenas, & Mora, 2018); desde una concepción sociológica del delito, la reincidencia es considerada como “una carrera desviada” que paulatinamente “*se va conformando acorde a la interacción del individuo con otros individuos, acciones y entornos en los que se encuentre presente el crimen. Convivencia que lo va dotando de herramientas y conocimientos para cometer actos desviados de forma reiterativa*” (Monteros, 2019).

Cualquiera que fuere la connotación que la doctrina le quiera otorgar a la reincidencia, lo cierto es que en su trascendencia jurídico penal, en Ecuador constituye una forma de agravación de la pena conforme lo advierte el último inciso del Art. 57 del COIP “Si la persona reincide se le impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal incrementada en un tercio”,

Respecto de su estructuración normativa, de la definición que sobre reincidencia proclama el citado Art. 57 del COIP se puede colegir que la reincidencia tiene las siguientes características:

- a) Es reiterativa, en la medida que necesariamente la norma exige la existencia de una sentencia penal ejecutoriada contra el mismo reo.*
- b) Es alternativa en sus causales, en la medida que exige para su aplicación dos circunstancias alternativas entre sí: o que se trate de la misma infracción penal; o que en los dos delitos se haya atentado al mismo bien jurídico.*
- c) Es taxativa en cuanto a la alternativa concurrencia de afectaciones al mismo bien jurídico, en la medida que cuando se pretenda reincidencia por un delito que aunque sea distinto del que se cometió anteriormente, debe existir afectación al mismo bien jurídico, sobre esta cuestión volveremos más adelante.*

De su lado, entre los requisitos de procedencia constan:

- a) La existencia de una sentencia declaratoria de culpabilidad debidamente ejecutoriada. Se trata de una exigencia indispensable para los efectos de aplicación de la reincidencia, pues, la reiteración en materia jurídico-penal, en atención al principio de legalidad, solamente puede proceder cuando exista una decisión en firme. La firmeza de la sentencia, precisamente, en términos jurídicos implica encontrarse ejecutoriada. Respecto de esta exigencia, hay una cuestión que no es baladí y que versa con la necesidad de advertir la diferenciación entre los términos sentencia ejecutoriada y condena ejecutada o sentencia cumplida. La primera consiste en la inmovilidad de una decisión o resolución judicial; la segunda, en cambio, tiene que ver con el pleno cumplimiento de la pena. De ahí que, no se presentan obstáculos para aplicarse reincidencia cuando una persona que se encuentra cumpliendo una sentencia ejecutoriada comete un nuevo delito que se adecua a las características del Art. 57 del COIP, por ejemplo, una persona cumpliendo pena con sentencia ejecutoriada por homicidio (bien jurídico vida), comete un delito de lesiones (mismo bien jurídico). Empero, si una decisión no está en firme no cabe la reincidencia, esta cuestión puede ocurrir cuando por ejemplo, una persona en contumacia no se presenta*

al juicio y por esta razón se ha suspendido el proceso penal seguido en su contra y, en esta condición, el procesado en la espera del plazo para que prescriba la acción comete un nuevo delito que afecta al mismo bien jurídico que el anterior; en este caso, al no existir sentencia condenatoria ejecutoriada no cabe la reincidencia por la ausencia de este requisito. Similar cuestión ocurre en los casos de apelación y casación penal.

- b) *La existencia del mismo delito que el que se comete a posteriori. Respecto de esta cuestión, es indispensable advertir que la norma no se refiere a los mismos hechos (lo fáctico), sino a la misma conducta adecuadora del tipo. Por ejemplo, si el delito antecedente es estafa (sin importar las circunstancias del hecho ni la modalidad de la estafa), bastaría que el nuevo delito cometido por la misma persona sea estafa para que se configure este requisito de reincidencia.*
- c) *La afectación a un mismo bien jurídico. En caso de que el nuevo delito no sea el mismo que el reo haya cometido anteriormente, también existirá reincidencia cuando los dos delitos afecten al mismo bien jurídico tutelado. En la práctica, este requisito de procedencia se verifica en la integración de los tipos penales que, en el caso ecuatoriano, ha realizado el legislador a la hora de estructurarlos en el Título IV del Libro Primero de COIP. Así, por ejemplo, si el reo ha sido sentenciado con anterioridad por el delito de estafa y en la actualidad va a ser sentenciado por delito de robo, la aplicación de la reincidencia es procedente en la medida que los dos delitos están integrados dentro de una misma Sección que forman parte de un mismo Capítulo. Ahora bien, cabe cuestionarse ¿qué sucede si los dos delitos (el antecedente y el posterior) se encuentran normados no dentro de una misma Sección que tutela el mismo bien jurídico, sino en secciones diferentes pero dentro de un mismo Capítulo? En este caso, ¿procede o no la reincidencia? ¿bajo qué argumentos y parámetros?*

Respecto de la cuestión planteada, la reflexión se proyecta en la necesidad, primero, por delimitar la noción bien jurídico en atención a su utilidad práctica. En este sentido, en la estructuración regulatoria de los delitos, el legislador ecuatoriano ha empleado una técnica que agrupa infracciones en bienes jurídicos inmediatos y bienes jurídicos mediatos. Por bienes jurídicos mediatos entiéndase a aquellos que de forma genérica o amplia son protegidos por los tipos penales; mientras que, los bienes jurídicos inmediatos son aquellos que se encuentran protegidos de forma más específica, directa o puntual. En el caso de Ecuador, los bienes jurídicos mediatos

han sido categorizados por el legislador penal en las denominaciones de los Capítulos, en tanto que, los inmediatos se encuentran categorizados en las denominaciones de las Secciones y en los Parágrafos. Así, por ejemplo: el Capítulo Segundo del Título IV del Libro Primero proyecta el bien jurídico mediato “Derechos de libertad”; luego dentro de este Capítulo la Sección Primera agrupa a delitos que de forma inmediata protegen el la “inviolabilidad de la vida”. Entonces, una forma de diferenciar los bienes jurídicos mediados de los inmediatos es por sus ubicaciones en la estructuración de los Capítulos y Secciones del Título IV Libro Primero del COIP.

Ahora bien, lo advertido permite ir delimitando el camino respecto de las interrogantes planteadas supra. En este sentido, no cabe dudas que si el delito antecedente y el posterior delito se encuentran agrupados dentro de una misma Sección (bienes jurídicos inmediatos), procede la reincidencia. Luego, cuando esos dos delitos se encuentren en secciones diferentes pero dentro de un mismo Capítulo, la situación no está muy clara. Y es que, pueden darse casos en los que el delito antecedente es un delito de tortura (bien jurídico integridad personal, Sección Segunda) y el posterior es un delito de privación ilegal de libertad (bien jurídico libertad personal, Sección Tercera). Como se puede observar, en el ejemplo traído a reflexión los dos delitos (el antecedente y el posterior) pese a que forman parte del mismo bien jurídico mediato “derechos de libertad” por ser parte del Capítulo Segundo, sin embargo, cada uno de ellos protege bienes jurídicos inmediatos diferentes: integridad personal vs libertad personal. Un ejemplo más ilustrativo puede ser un delito antecedente de extorción (bien jurídico propiedad, Sección Novena) con un delito posterior de calumnias (bien jurídico honor y buen nombre Sección Séptima); en este caso, cada delito está en una sección diferente pero dentro de un mismo capítulo por lo tanto están protegiendo en común un mismo bien jurídico mediato “los derechos de libertad”.

De abogarse por la opción del “mismo bien jurídico mediato”, cabría la reincidencia cuando el delito antecedente y el nuevo estén tipificados dentro de un mismo capítulo sin importar si están en la misma o en diferentes secciones. Empero, si se aboga por la opción “mismo bien jurídico inmediato”, entonces, solamente cabría reincidencia cuando en delito antecedente y el nuevo estén contemplados dentro de la misma sección o parágrafo del mismo Capítulo.

Luego, en atención a lo literal del Art. 57 del COIP, se ha de postura por la opción “mismo bien jurídico inmediato”; en consecuencia, la reincidencia únicamente procederá cuando se trata de bienes jurídicos inmediatos, y no cuando el delito antecedente y el posterior, protegiendo un mismo

bien jurídico mediato, se encuentran en secciones diferentes protegiendo bienes jurídicos inmediatos diferentes.

Pero la descripción regulatoria, además, en los casos de que se trate la reincidencia por la reiteración de la comisión delictual de un delito que afecte a un mismo bien jurídico, exige un sub requisito adicional: la coincidencia de “los mismos elementos de dolo y culpa”. Se trata lo advertido, de un requisito sustancial que merece reflexión que se proyecta en dos direcciones: una referida a los elementos del dolo (intelectual y volitivo) y de la culpa (infracción de la norma de cuidado y la producción de un resultado); y, otra referida a la clase o tipos de dolo (directo, indirecto, eventual) y de culpa (consciente, inconsciente). Veamos a continuación cada una de estas exigencias legales.

Los elementos de dolo y culpa para la configuración de la reincidencia por afectación a un mismo bien jurídico

Como se advirtió supra, puede existir reincidencia también cuando el delito antecedente y el posterior, aunque no sean los mismos, afecten a un mismo bien jurídico inmediato; así se desprende del texto del Art. 57 del COIP. De ahí que, para agotar el análisis de la reincidencia sobre esta cuestión, a continuación se realiza un breve recorrido respecto de las advertidas sub exigencias.

- a) **Elementos del dolo.-** *De forma mayoritaria la doctrina penal señala que el dolo está constituido por un elemento intelectual y un elemento volitivo cuya concurrencia es indispensable para los efectos penales. Así, el elemento intelectual o denominado también intelctivo corresponde a la conciencia o al conocimiento que posee el sujeto activo respecto de los elementos objetivos que configuran delito o tipo penal. De su lado, el elemento volitivo versa respecto de la voluntad del sujeto para la realización de esos elementos objetivos del tipo. De ahí que, en la concurrencia de estos dos elementos, en la medida que estructuran al dolo, es en donde se deberá “comprobar si el autor ha actuado conforme a la valoración del comportamiento exigida por el tipo en cuestión, y no en caso contrario” (Cuello Contreras, 2022); en definitiva, como sostiene Hassemer “el dolo es decisión a favor del injusto” (1990), y para el caso de reincidencia, los elementos del dolo deberán verificarse similares tanto en el delito antecedente cuanto en el nuevo delito a sancionar.*

b) Elementos de la culpa.- La culpa, entendida como imprudencia y diferente de la noción culpabilidad, se estructura en dos elementos básicos: la infracción de la norma de cuidado y la producción de un resultado; el primero opera como el desvalor de la acción y el segundo como el desvalor del resultado. Estos dos elementos concurrentes, deben también verificarse en el delito antecedente y el delito nuevo para que opere reincidencia por tipo culposo. Luego, se puede afirmar que la reincidencia procede en tipos dolosos y en tipos culposos.

Los tipos o clases de dolo y de culpa para la configuración de la reincidencia por delitos que afectan a un mismo bien jurídico

Aunque de una lectura a la norma del Art. 57 del COIP no se desprenda, de forma expresa, que debe haber coincidencia en los tipos o clase de dolo o en los tipos o clase culpa para que proceda la reincidencia cuando se afecta a un mismo bien jurídico; sin embargo, en atención a la gravedad de los efectos que genera la reincidencia en la pena y sus implicaciones en derechos constitucionales, se considera que al menos en los casos de afectación a un mismo bien jurídico, debería exigirse la coincidencia de la misma clase de dolo o de culpa según sea el caso.

Al hilo de lo indicado y como sostiene la doctrina, el dolo puede ser directo, indirecto o eventual; en tanto que la culpa puede ser consciente e inconsciente. Respecto del dolo, su clasificación se puede advertir en la tipificación de ciertas conductas penales en el Título IV del Libro Primero del COIP, que en ocasiones proyecta delitos donde pueden verificarse las tres clases de dolo, en ocasiones delitos en donde solamente puede verificarse alguna de las clases de dolo. Ejemplos puntuales lo constituyen el delito de asesinato, en el que según el actuar del sujeto activo, puede presentarse eventos de dolo directo (quiere matar a una persona y la mata); de dolo indirecto (quiere matar a una persona pero su actuación provoca la muerte de otra u otras personas); y, hasta dolo eventual. Mientras tanto que en ciertos tipos solamente puede proyectarse dolo directo o solamente dolo eventual.

De su lado, respecto de los delitos culposos, también debería advertirse la necesidad de la coincidencia entre el delito previo y el posterior de las clases de culpa (consiente e inconsciente). Lo analizado permite sugerir que, además de coincidencia en la concurrencia de los elementos de dolo y culpa, se exija concurrencia en los tipos o clases de dolo o de culpa, según sea del caso.

De lo que se trata es, por cuanto la regulación de la reincidencia está vigente, por lo menos, de elevar sus exigencias o requisitos para su aplicación. Esta tarea se la puede realizar mediante actividad propia de la jurisprudencia penal.

Consecuencias de la aplicación de la reincidencia

El último inciso del Art. 57 advierte que a la persona reincidente “*se le impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal incrementada en un tercio*” (COIP). Se trata de una suerte de agravante de la pena que no da oportunidad a atenuarla. Luego, puede presentarse cierta incertidumbre cuando por ejemplo, concurren agravantes de la pena en el nuevo delito que se le impute al reincidente, en cuyo caso, ¿se debe aplicar la agravante o se debe aplicar la pena por reincidencia? De todas formas, en uno u otro caso y en la medida que se aplique alternativamente cualquiera de ellas no habría mayor perjuicio para el sentenciado ya que tanto la agravante como la reincidencia incrementan el tercio de la pena máxima. La situación es diferente cuando concurren dos o más atenuantes en el nuevo delito por el que se le sanciona al reincidente, en este caso, pese a ser un derecho la atenuación, sin embargo, *ipso iure*, por reincidente, se le gravará la pena. Por aquí parece que comienzan a tensarse los derechos del sentenciado.

Frente a la premisa advertida, hay que reflexionar respecto de la necesidad de una normativa que permita evaluar el derecho a las atenuantes con la pena de por reincidencia, con la finalidad que las atenuantes obren como una suerte de contrapeso al rigor de la pena por reincidencia. Una opción puede ser la incorporación de una figura que frente a esta clase de concurrencia, module la pena solamente al máximo y no a un tercio más. Otra más benigna, puede ser que frente al evento de concurrencia entre reincidencia y atenuantes, se imponga la pena que el juez considere dentro de los rangos determinados en los tipos, esto es, sin atenuar ni agravar por reincidencia. En definitiva, se trata de introducir una fórmula que permita a los jueces, en caso de concurrencia de dos o más atenuantes en el nuevo delito y la reincidencia, o aplicar únicamente el máximo de la pena, o no considerar ni atenuantes ni reincidencia, en una suerte de “muerte cruzada” en la medida que la una anula la otra.

El sistema de rehabilitación social

La CRE, como norma suprema establece los principios rectores que proclaman como finalidades del sistema nacional de rehabilitación social, por un lado, “*la rehabilitación integral de las*

personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad” y, por otro lado, *“la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos”*.

La primera finalidad entraña una labor loable del Estado que comprende rehabilitar integralmente a las personas que han sido privadas de libertad por sentencia penal condenatoria. Luego, el verbo rehabilitar conforme al Diccionario de la RAE consiste en “Habilitar de nuevo o restituir a alguien o algo a su antiguo estado” (2023). Luego, conforme al mismo Diccionario, rehabilitar implica la comprensión o el abarcamiento de “todos los elementos o aspectos de algo” (2023). Entonces, esa labor del Estado en materia de rehabilitación integral, consistirá en habilitar en todos los aspectos (al menos que involucren la reeducación de la conducta desviada) a quien se encuentra cumpliendo sentencia condenatoria para tornarlo persona respetuosa del Derecho (en la medida que su no observación, le llevó precisamente a sufrir la privación de libertad). Luego cabe cuestionarse si una persona rehabilitada integralmente ¿tiene necesidad de volver a delinquir? o dicho en otros términos, ¿tienen necesidad en ser reincidente?

Y es que los advertidos cuestionamientos no deben ser considerados baladí, toda vez que desde una concepción de justicia social, el Estado debe garantizar al penado una verdadera reinserción social que le permita desenvolverse de forma correcta y con las mismas oportunidades que cualquier otra persona, en el medio social al que retorna en libertad. Es decir, y tratando de encontrarle cierto justificativo a la penalización de la reincidencia o para que en cierto modo el castigo por reincidencia justifique el poder punitivo estatal, es necesario que al penado se lo haya rehabilitado de forma correcta; luego, si a pesar de ello, el penado al salir en libertad reincide, su comportamiento contrario a los estándares correctos de obrar en libertad podría llegar a justificar (aunque no es de nuestra postura) la agravación de su pena.

Por otro lado, la CRE también resalta que el sistema de rehabilitación social debe priorizar *“el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad”*. El presente mandato, proyecta la parte material o sustancial del derecho a la rehabilitación social del penado; implica la responsabilidad estatal de dotarle de un tratamiento rehabilitatorio en todo sentido para que, una vez en libertad, el penado pueda no sólo ejercer sus derechos sino también, y sobre todo, cumplir sus obligaciones de respeto a los bienes jurídicos protegidos penalmente sino quiere nuevamente ingresar a prisión y aún más, sino quiere que su futura pena se vea agravada por los efectos penales de la reincidencia.

Empero, si como se advirtió *supra*, el Estado no es capaz de cumplir el advertido mandato constitucional, es decir, no desarrolla las capacidades del penado para su posterior vida en libertad, entonces, el castigo incrementado en la institución de la reincidencia y la reincidencia misma resulta contradictoria a los postulados constitucionales del Art. 201 de la CRE.

En línea con lo anterior, hay que destacar que uno de los factores que debe considerarse en la rehabilitación integral es la educación, en la medida que ésta coadyuva a reducir la tasa de reincidencia criminal (Castro Rubio & Rengifo Dávila, 2022). Entonces, la tarea educadora a los privados de libertad debe formar parte de la política penitenciaria ecuatoriana, concretamente, del Sistema Nacional de Rehabilitación Social; esta labor se puede advertir entre las finalidades señaladas en la ley. En efecto, el numeral 2 del Art. 673 del COIP recogiendo los postulados constitucionales señala como una de las finalidades del Sistema Nacional de Rehabilitación Social “*el desarrollo de las capacidades de las personas privadas de libertad para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar su libertad*”, esas capacidades, precisamente deben ser desarrolladas mediante la educación al privado de libertad; solo de este modo, además, se le podrá garantizar su rehabilitación integral mientras dura el cumplimiento de su condena (Art. 673.3 COIP). De ahí que la educación penitenciaria al privado de libertad, se constituye en una de las mejores y determinantes herramientas para la prevención de la reincidencia.

Luego, otro de los factores negativos que pueden llegar a incidir en la conducta criminal reiterativa o reincidencia, tiene que ver con la inobservancia o la defectuosa o incompleta observancia de otra de las finalidades recogidas en el citado Art. 673, como es la reinserción social y económica. La reinserción social, cuando el penado abandona los centros de rehabilitación, conocida también como rehabilitación social post penitenciaria, en términos de Brito y Alcocer, en la actualidad constituye “un reto de la justicia ecuatoriana” (2021); nosotros acotamos que, además, es un “reto del Estado y de la sociedad ecuatoriana” en la medida que la justicia alcanza únicamente mientras el penado cumple su condena, en tanto que, luego de ella, le corresponde al Estado a través del respectivo Ministerio emplear las políticas públicas necesarias para garantizarle el pleno goce de este Derecho post penitenciario; pero también, es un reto de la sociedad ecuatoriana de cara a brindarle la acogida social y la confianza debidas a esta clase de población que ha cumplido condena penal. Luego, respecto de la reinserción económica, es una asignatura pendiente estatal que, en la población ex carcelaria intervenida en esta investigación, pudo evidenciarse el no cumplimiento.

Por otro lado, las políticas de prevención del delito deben ser seriamente consideradas a la hora de aterrizar en la aplicación o ejercicio práctico de las finalidades del Sistema Nacional de Rehabilitación Social, solamente de esa manera dichas finalidades podrán garantizar la verdadera reinserción social y sobre todo la rehabilitación integral del penado. Y es que, las políticas preventivas de delitos, en la medida que articulen instrumentos, planes y acciones (entre ellas, educativas) tendientes a la prevención, constituyen el pilar fundamental para contribuir a disminuir índices de reincidencia, o al menos, para aplacar impulsos delictivos de potenciales reincidentes. Esto, en la medida que la educación como parte de las políticas preventivas de delitos contribuye a la disminución de la delincuencia, dado las oportunidades laborales y/o económicas a las que una persona con educación pueden aspirar, y en el caso concreto de los penados.

Así, si antes de ingresar al sistema carcelario no pudieron educarse, entonces, en ejercicio de las finalidades del Sistema de Rehabilitación Social advertidas podrá en lo futuro, en el proceso de reintegración, aspirar a oportunidades de vida no tentadas por la delincuencia; pues, como recomienda la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) en la Guía de Introducción a la Prevención de la Reincidencia y la Reintegración Social de Delincuentes uno de los objetivos “de los programas de reintegración es alentar al delincuente a desistir del delito para parar la re-delincuencia” (Naciones Unidas, 2013). Y es, que, de existir un verdadero proceso de reintegración integral acompañado de acertadas políticas públicas, el ex reo tendrá herramientas necesarias para discernir su desistimiento, mismo que como resalta el UNODC, consiste en el “proceso por el cual, con o sin la intervención de los organismos de justicia penal, los delincuentes abandonan sus actividades delictivas y viven su vida sin cometer otros delitos” (2013).

Posible coalición entre reincidencia y derechos reconocidos en la Constitución del Ecuador

La CRE proclama que ninguna persona puede ser discriminada, entre otros motivos, por su pasado judicial, en la medida que se pretenda menoscabar o en efecto se menoscaben o anulen “el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos”, inclusive, la norma suprema dispone mediante ley ordinaria, sanción para toda forma de discriminación (Art. 11.2).

La citada proclama constitucional que, como se advirtió *supra*, es el punto de partida para la reflexión medular del presente trabajo, coloca en el iceberg del debate la procedencia y justificación

de la reincidencia penal versus la no discriminación por pasado judicial y otros derechos colaterales como la igualdad y el derecho a una pena justa. Veamos a continuación algunas puntualizaciones respecto de la variable principal no discriminación.

Reincidencia y no discriminación por pasado judicial

Respecto de esta cuestión, el debate se centra en dos direcciones siempre, eso sí, dentro del contexto de un proceso penal: una respecto de la reincidencia entendida en términos latos como la comisión de un nuevo delito (de cualquier tipo) por parte de una persona que ya ha pagado una condena penal; y, otra respecto de la reincidencia en términos estrictamente legales como los advertidos en el Art. 57 del COIP.

El primer caso, sugiere necesariamente el respeto al principio de no discriminación por pasado judicial dentro de un proceso penal al amparo de la fórmula que nadie puede juzgarse por su pasado judicial, según la cual el pasado judicial de una persona no debe servir para declarar la culpabilidad de un procesado en un nuevo proceso penal. Luego, el segundo caso infiere una reflexión más profunda y problemática que parte de la interrogante ¿el pasado judicial justifica el incremento de la pena por reincidencia sin que ello se considere discriminación? Esta cuestión, a su vez, merece una doble reflexión. Una desde la perspectiva de la peligrosidad del reincidente y de su desentendimiento por el respeto al Derecho (teoría del merecimiento); y, otra desde la necesidad de protección a los derechos vulnerados por el reincidente actuar delictivo (teoría de la necesidad). Frente a las dos premisas planteadas en el párrafo anterior, es necesario abordar, desde un recorrido doctrinario, algunas conceptualizaciones respecto de variables directamente relacionadas con las cuestiones planteadas.

Para reflexionar lo advertido, cabe cuestionarse ¿Cuál es la diferencia entre la reiteración o reincidencia entre delitos diferentes y entre delitos similares o que afectan a los mismos bienes jurídicos protegidos? Para los efectos jurídicos penales, la diferencia radica en la agravación de la pena que hay lugar en caso de delitos similares, mientras que para delitos que no los son, no se contempla agravación de pena. Empero, ¿la lógica empleada por el legislador penal ecuatoriano al diferenciarlas y considerar aumento de pena para un caso y no para el otro, tiene un trasfondo político criminal fuerte? Veamos a continuación algunas puntualizaciones:

A simple vista, se trataría de una diferenciación meramente formal y sin justificaciones de fondo. Veamos por qué. En uno de los casos (delitos diferentes), a una persona que habiendo pagado

condena penal por un delito de asesinato luego comete un delito de robo, no cabe que se le aplique la pena por reincidencia por cuanto se está frente a delitos diferentes, y a pesar que el delito previo es un delito grave; luego, si una persona que ha cumplido una condena por robo comete un nuevo delito, esta vez de violación, tampoco procede la reincidencia para agravar la pena. En estos dos eventos se está frente a delitos diferentes y pese a que uno sea más grave que el otro, el legislador no ha considerado estas situaciones como reincidencia. Por ende, en estos eventos no se está frente a cuestionamientos de vulneración a derechos constitucionales.

Empero en el segundo caso (el normado en el Art. 57 COIP), una persona que ha cumplido sentencia condenatoria supongamos de un delito de abuso de confianza y luego comete un delito de hurto (diferente delitos pero mismo bien jurídico afectado), procede la reincidencia a pesar de que se trata de delitos menores. Entonces, ¿cuál es la motivación punitiva para agravar la segunda pena? Por otro lado, si en la actualidad ha cobrado fuerza los postulados de un derecho penal de acto contrario aun derecho penal de autor ¿acaso la reincidencia coaliciona con dichos postulados? Y es que quizás, uno de los motivos de justifique su regulación verse respecto de necesidades justificadas de agravar la pena a quien, desatendiéndose de la rehabilitación integral que le proporcionó el Estado cuando estuvo en prisión, comete un nuevo delito (teoría del merecimiento). Luego, y de ser así, entonces ¿porque el legislador ecuatoriano no introdujo la reincidencia como una agravante dentro del catálogo del Art. 47 del COIP? Y es que por aquí comienza la problemática de la posible vulneración de derechos constitucionales.

En efecto, al estar regulada la reincidencia en el Art. 57 del COIP, su aplicación se convierte en un presupuesto en el que deberá valorarse sus requisitos de procedencia fuera de las circunstancias agravantes, por ende, corre el riesgo de convertirse en una carga punitiva adicional contra el procesado. Luego, si además de la reincidencia concurren circunstancias agravantes ¿cuál es la pena que debe recibir el procesado? Acaso en estos eventos corresponde agravar la pena y además imponer la pena por reincidencia; y, de ser así, ¿acaso estamos frente a un sistema punitivo excesivamente desproporcionado por la doble agravación de la pena? Y es que la problemática en Ecuador tiene que ver con la ubicación de la reincidencia dentro del estudio de la pena (Título II, Libro I del COIP), por lo tanto, queda descartada su aplicación como agravante en la media que éstas se encuentran normadas en un Título diferente (Capítulo IV, Título I, Libro II). Pero en realidad, los efectos de la reincidencia no son otros que agravar la pena.

Desde una óptica político-criminal, justificar la necesidad de la pena conlleva, a su vez, asumir no solo la teoría del merecimiento sino además la necesidad de la intervención estatal frente a conductas más graves como sostiene (Robles Planas, 2012). Luego, choca con estos postulados políticos criminales, la normativización de una reincidencia que agrava la pena sin sustento basado en dichas teorías, más aún, cuando como en el caso ecuatoriano, agrava la pena en concurrencia con posibles agravantes que pueda observar el procesado en el segundo delito. De ahí que, la actual regulación de la reincidencia en Ecuador, merece profundo análisis y pronunciamiento de la jurisprudencia de cara a evitar que su aplicación vulnere derechos advertidos en este trabajo. Y es que, no es suficiente como fundamento político criminal, propugnar un mero discurso de “lucha contra la criminalidad” para normar instituciones penales que en su aplicación práctica pueden llegar a tensar y/o vulnerar derechos; al contrario, en la medida que la política criminal “se incardina en un modelo de Estado social y democrático de Derecho. Esta visión hace que la prevención de delitos-faltas, como fin del Derecho penal, no deba ser vista como un modelo de “lucha” contra la criminalidad” (Alcocer Povis, 2017), incluida las agravaciones de penas por reincidencia, si se pretende que el Derecho penal ecuatoriano se enmarque en la línea de ese “Derecho penal de garantías” contextualizado en una justicia restaurativa (Dias Dos Santos, 2018).

Conclusiones

Luego del análisis y la reflexión de algunos tópicos que atañen a la reincidencia y su posible coalición con la no discriminación por el pasado judicial de los penados, se ha llegado a las siguientes consideraciones conclusivas:

En un Estado democrático de derechos y de justicia social, el respeto y observancia de los derechos constituye la base de su vigencia. Uno de esos derechos es, precisamente no ser discriminado por el pasado judicial, que en caso de ser tensado u inobservado, acarrea también tensión en otros derechos colaterales como la igualdad por ejemplo, los que, por ser derechos constitucionales deben guardar armonía en las regulaciones de leyes infra constitucionales. No obstante, en este trabajo de ha sostenido que el Art. 57 del COIP, asoma como una normativa que tensa dichos derechos.

Por otro lado, es menester que *de lege lata* se exija, por cuanto no existe declaratoria de inconstitucionalidad del Art. 57 del COIP, que la reincidencia en los casos de afectaciones a un mismo bien jurídico, proceda únicamente respecto de afectaciones a bienes jurídicos inmediatos y

no respecto de bienes jurídicos mediatos. Así mismo, respecto de la concurrencia de dolo o culpa, se ha considerar también la coincidencia entre los dos delitos (el previo y el posterior). De este modo, por lo menos mientras dure su vigencia, se eleva el nivel de exigencia en la aplicación de esta grave institución.

Además, frente a la situación de concurrencia de atenuantes y reincidencia en el proceso por el posterior delito la jurisprudencia debe matizar, al amparo de interpretaciones analógicas *in bona parte*, sistemas de compensaciones con la finalidad de garantizar la aplicación justa y equitativa de una u otra institución penal y evitar vulneraciones, además, al debido proceso. Igual tarea merece la cuestión referida a la concurrencia de circunstancias agravantes y de reincidencia.

Finalmente, se concluye que no se puede sostener un discurso político criminal justificativo de reincidencia, basado solamente en teorías de merecimiento sino sobre todo en teorías de necesidad, en las que, el Estado a través del Sistema Nacional de Rehabilitación Social cumpla, mientras el penado está bajo su control, los objetivos plasmados en la CRE y en Libro III del COIP; caso contrario, como están las cosas, se proyectan en Ecuador una inconstitucionalidad de la agravación de la pena por reincidencia.

Referencias

1. Alcocer Povis, E. (2017). *Dialnet*. Obtenido de La reincidencia como agravante de la pena. Consideraciones dogmáticas y de política criminal: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/400654/tegap.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
2. Alcocer, E. (2017). La Reincidencia como agravante de la pena: consideraciones dogmáticas y de política criminal.
3. Asamblea Nacional. (2019). *Constitución de la República de Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
4. Bobbio, N. (2014). propuesta de igualdad.
5. Brito Febles, O., & Alcocer Castillo, B. (2021). La reinserción social post penitenciaria: un reto a la justicia ecuatoriana. *UISRAEL*, 11-27.
6. Cajamarca Torres, A., Narváez Zurita, C., Erazo Alvarez, J., & Pozo Cabrera, E. (2021). El derecho al olvido como garantía de la no discriminación por el pasado judicial. *Iustitias Sociales*, 261-289.

7. Castro Rubio, N., & Rengifo Dávila, C. (2022). El sistema penitenciario actual y la reincidencia criminal en las cárceles de Ecuador. *Visionario Digital*, 148-176.
8. Cuello Contreras, J. (2022). Dolo y valoración. Restricciones del tipo subjetivo en los delitos con elementos y remisiones de carácter normativo. Peculiaridades de la imprudencia, ejemplificadas en la insolvencia punible imprudente. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-38.
9. Dias Dos Santos, Í. (2018). *En busca de la justicia restaurativa. Un cambio de paradigma en el Derecho penal de garantías*. Montevideo-Buenos Aires: B de F.
10. Diccionario de la Lengua Española. (2023). *Real Academia Española*. Obtenido de <https://dle.rae.es/reincidencia>
11. García, L. (2005). *La Reincidencia*. México.
12. Hassemer, W. (1990). Los elementos característicos del dolo. *Cronicas Extranjeras* , 910-931.
13. Larrota, R., Gaviria, A., Arenas, A., & Mora, C. (2018). Aspectos criminogénicos de la reincidencia y su problema. *Revista de la Universidad Industrial de Santander*, 158-165.
14. Marín De Espinosa Ceballos, E. (1999). *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas politico criminales*. Granada: Comares.
15. Mir Puig, S. (1974). *La reincidencia en el Código Penal*. Barcelona: Bosch.
16. Monteros, A. (2019). *La injusticia de la penalización de la reincidencia como circunstancia agravante de la pena*. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7000/1/T3007-MDPE-Monteros-La%20injusticia.pdf>
17. Naciones Unidas. (2013). *Guía de Introducción a la Prevención de la Reincidencia y la Reintegración Social de Delincuentes*. New York: Serie Justicia Penal.
18. Ochoa Díaz, C., & Astudillo Urquizo, J. (2021). *El pasado judicial de las personas sentenciadas y el derecho al trabajo*. Riobamba: UNIANDES.
19. Organizació de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*;. San José.
20. Registro Oficial N° 512, 5to Suplemento,10/08/2021. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Carpol.
21. Registro Oficial Suplemento 147/22/01. (1971). *Código Penal*. Quito.

22. Robles Planas, R. (2012). Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal. En (. Robles Planas, *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: DyKinson.
23. VASQUEZ, G. (2018). SUPREMACIA CONSTITUCIONAL.
24. VILALOBOS, H. (s.f.).
25. Villalobos Vallejos, H. (2018). ¿Sin segundas oportunidades? Los antecedentes penales como problema jurídico-penal. *De estudio de la justicia*, 167-201.
26. Zaffaroni, E., Alagia, A., & Slokar, A. (2006). *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.

© 2023 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).