



**UNIVERSIDAD DEL AZUAY**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS**  
**ESCUELA DE DERECHO**

**“EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO FRENTE A LOS PLAZOS DE  
PRESCRIPCION DE LA ACCION Y LA PENA ESTABLECIDOS EN EL  
CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL”**

**TESIS PREVIA A LA OBTENCION DEL TITULO DE ABOGADA DE  
LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA.**

**AUTOR:**

Tatiana Carolina Vidal Carpio.

**DIRECTOR;**

Dr., Juan Carlos Salazar Icaza

**CUENCA, ECUADOR**

2017

## EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO FRENTE A LOS PLAZOS DE PRESCRIPCION DE LA ACCION Y LA PENA

### **RESUMEN**

La teoría del Derecho Penal del Enemigo esbozada por Gunther Jakobs afirma, que no todos los seres humanos merecen ser tratados como ciudadanos, pues quienes por sus principios o ideales vulneran de forma constante el Ordenamiento Jurídico vigente deben ser considerados enemigos, pues se elimina su estatus de persona y con ella todos los derechos intrínsecos a la misma, por cuanto se violenta Derechos como el de Libertad y Reinserción Social, derechos consagrados tanto en Tratados Internacionales como en la Constitución de la República del Ecuador y si bien la teoría del Derecho Penal del Enemigo, no está consagrada dentro del Ordenamiento Jurídico ecuatoriano, rasgos de dicha teoría se puede observar en los tiempos de prescripción de la Acción y la Pena establecidos por el Código Orgánico Integral Penal, ya que a diferencia del Código Penal anterior, se amplían y endurecen los tiempos, lo que provoca transgresión de los Derechos de Libertad y Reinserción Social.

Palabras Clave: Derecho Penal del Enemigo, Prescripción, Acción, Pena, Derecho de Libertad, Reinserción Social.

**CRIMINAL LAW OF THE ENEMY AGAINST THE STATUTES OF  
LIMITATION OF ACTION AND PENALTY**

**ABSTRACT**

The theory of Criminal Law of the Enemy outlined by Gunther Jakobs states that not all human beings deserve to be treated as citizens because they, due to their principles or ideals constantly violate the current legal system, must be considered enemies since their status as a person is eliminated, and with it, all its intrinsic rights. Hence, the rights of Freedom and Social Reinsertion established in International Treaties as well as in the Constitution of the Republic of Ecuador, are violated. Although the theory of Criminal Law of the Enemy is not enshrined within the Ecuadorian legal system, aspects of this theory can be observed in the Statutes of Limitation of legal Actions and Penalties established by the Organic Integral Criminal Code since, unlike the previous Criminal Code, the deadlines are extended and harden, causing transgression of the Rights of Freedom and Social Reinsertion.

**Keywords:** Criminal Law of the Enemy, Statutes of Limitation, Action, Penalty, Right of Freedom, Social Reinsertion.

  
MACARENA NITEZA  
JAY  
Español, Idiomas

  
Translated by,  
Lic. Lourdes Crespo

## INDICE

RESUMEN.....	II
ABSTRACT.....	III
INDICE.....	IV
AGRADECIMIENTO .....	VII
DEDICATORIA .....	VIII
INTRODUCCIÓN .....	IX
1. ORIGEN Y FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO .....	1
1.1 ORIGEN.-.....	1
1.1.1 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.-.....	2
1.2. DERECHO PENAL DEL CIUDADANO Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.- .....	6
1.2.1 DERECHO PENAL DEL CIUDADANO.- .....	6
1.2.2 DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.- .....	7
1.3 CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.- .....	9
1.3.1 CONCEPTO-.....	9
1.3.2 ELEMENTOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.- .....	11
1.4 FUNDAMENTO, FUNCIÓN Y FINALIDAD DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....	15
1.4.1 FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.- .....	15
1.4.2 FUNCION Y FINALIDAD DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.- ...	18
1.5. CRITERIOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.- .....	20

2. LA ACCIÓN Y LA PENA .....	22
2.1. CRITERIOS QUE LLEVARON AL LEGISLADOR A LA MODIFICACION DEL CODIGO PENAL AL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL.....	22
2.1.2 LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION Y LA PENA EN EL COIP .....	23
2.2 LA PRESCRIPCIÓN Y LA LIMITACIÓN A LA POTESTAD ESTATAL .....	23
2.3- LA ACCIÓN .....	25
2.3.1 TEORIA DE LA CAUSALIDAD.- .....	25
2.3.2 TEORIA FINAL.- .....	26
2.3.3 CONCEPTO DE ACCION.....	27
2.3.4 LA PRESCRIPCION DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN .....	28
2.3.5 LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN.....	28
2.4 LA PENA .....	30
2.4.1 TEORIA ABSOLUTA DE LA PENA.- .....	30
2.4.2 TEORIA RELATIVA DE LA PENA.....	31
2.4.3 TEORIAS PREVENTIVAS GENERALES Y ESPECIALES.....	31
2.4.4 LA PRESCRIPCIÓN DE LA PENA.....	32
2.5 LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y LA PENA, COMPARACIÓN ENTRE EL CÓDIGO PENAL Y EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL. ....	33
2.5.1 LA PRESCRIPCION DEL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL. ....	33
2.5.2 LA PRESCRIPCION DE LA PENA.....	36
3. VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD Y REINSERCIÓN .....	37
3.1. ENFOQUE CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD Y REINSERCIÓN Y SU VULNERACIÓN AL INCREMENTAR LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN, RASGOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO. ....	37
3.1.1 DERECHO DE LIBERTAD.- .....	37
3.1.2 LA PRIVACION DE LA LIBERTAD Y LA REINSERCION SOCIAL.....	38
3.1.3 LA LIBERTAD COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL.....	42

3.1.4 LA REINSERCIÓN COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL .....	43
3.1.5 VULNERACION DEL DERECHO A LA LIBERTAD Y REINSERCIÓN AL INCREMENTAR LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y LA PENA, RASGOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.-.....	46
3.2. TRANSGRESIÓN AL ESTATUS DE PERSONA AL MOMENTO DE ACRECENTAR LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y LA PENA.....	48
3.3. LA ENMIENDA DEL DELINCUENTE Y LA REINSERCIÓN A LA SOCIEDAD AL AUMENTAR LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y LA PENA. ....	51
CONCLUSIONES: .....	53
1. LO QUE SE ENTIENDE POR DERECHO PENAL COMUN Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.-.....	53
2. IMPROCEDENCIA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.- .....	54
3. VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD Y REINSERCIÓN SOCIAL.- .....	55
4. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y LA PENA UNA LIMITACION AL PODER PUNITIVO DEL ESTADO. ....	56
5.- NECESIDAD DE DISMINUIR LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y LA PENA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL. ....	57
BIBLIOGRAFÍA .....	59

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco a la Universidad Del Azuay por haberme permitido ser parte de su Comunidad Académica y de la cual me siento orgullosa, durante mis cinco años de permanencia en esta magna institución me permitieron observar que toda la planta docente esta integrada por los mejores maestros universitarios, quienes nos enseñaron que a más de ser profesionales debemos ser personas y es por ello que agradezco a todos mis maestros por los conocimientos brindados, por enseñarme que las cosas en Derecho se deshacen de la misma forma en que se hacen y aunque el camino sea largo y traiga consigo un sin número de obstáculos sigue siendo camino.

De una manera muy especial agradezco a mi Tutor y Maestro el Dr. Juan Carlos Salazar Icasa, quien me presto su valioso tiempo para estar frente a este trabajo y ayudar a culminar una meta más en mi vida.

## **DEDICATORIA**

Como no estar agradecida con Dios y nuestra madre Auxiliadora por brindarme la capacidad de terminar lo que inicie y son ellos, quienes me otorgaron unos Padres incondicionales Alejandro y Alicia, quienes en todos estos cinco años estuvieron junto a mí, apoyándome de la forma, en como solo un padre y una madre saben hacerlo, y que decir de mis hermanos Lorena, Marcela y Esteban, quienes son mi vida, mi inspiración, mi orgullo y han sabido animarme en los momentos más grises, y no podría mi corazón estar completo sin mi Abuelita Adela y mi Tío Sergio, pues papa Dios es tan grande y su amor es infinito que no solo me brindo una mama y un papa sino dos, motivo por el cual les dedico este trabajo.

## **INTRODUCCIÓN**

Mediante el estudio del Derecho Penal de Enemigo se pretende establecer, que al momento de que los seres humanos buscan vivir dentro de una sociedad por más derechos que estos renuncien y otorguen a un líder, en este caso el Estado, el poder punitivo no puede eliminar el status de persona, pues está inmerso dentro del ser humano al momento de que este acepta vivir en comunidad, y si bien se ha violentado el ordenamiento jurídico, se debe buscar al responsable y tener un cumulo de pruebas para poderlo culpar y buscar penalización por aquel acto antijurídico que causo daño al bien jurídico protegido, además se debe recordar que el derecho penal, es un derecho de hecho, y no se puede inmiscuir en el ámbito privado de la persona, la cual merece ser procesada de acuerdo al debido proceso, y mientras no se demuestre lo contrario está seguirá siendo inocente, pues todos somos iguales ante la ley y tenemos derecho a la reinserción social, a transitar libres y no ser reprochados de por vida por las acciones que se cometieron en el pasado. Es por ello que este trabajo está dirigido hacia la crítica de la incrementación de los plazos de prescripción de la acción y la pena ya que transgrede Garantías, establecidas en la Constitución Política del Ecuador de 2008 e Instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

# **1. ORIGEN Y FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO**

## **1.1 ORIGEN.-**

El alemán Gunther Jakobs es quien esboza la teoría del Derecho Penal del Enemigo, su primera aparición fue de manera referencial en el año 1985 dentro del trabajo denominado “Criminalización en el estadio previo del Bien Jurídico”, después surge propiamente en la ciudad de Berlín en el año 1999, en donde Jakobs estructura lo que ahora conocemos como Derecho Penal del Enemigo, basado en la “dogmática penal que justifica la existencia de un derecho penal y procesal penal sin las mencionadas garantías” (Cabrera, 2012).

Garantías propias de un Estado de Derecho, pues como su nombre mismo lo establece son mecanismos que ayudan a los ciudadanos a que el Organismo Estatal cumpla y proteja los derechos establecidos en la Constitución.

Pero Jakobs establece que existen individuos que por sus principios y conductas no forman parte del Estado de Derecho, es por ello que no se acogen a la protección otorgada por el Estado, por lo que no se les puede considerar como ciudadanos y mucho menos tratarlos como tal, sino que deben ser considerados como enemigos.

Esto se da a partir de la inseguridad social que en la actualidad vivimos algunos ejemplos de ello tenemos, el atentado terrorista que sufrió los Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001, la trata de mujeres niños niñas y adolescentes, el tráfico de armas, el lavado de dinero y demás situación que perturban la paz social.

Pues también su estatus de persona se ve afectado ya que no interesarían los derechos que guardan en los distintos tratados Internacionales de Derechos Humanos y hasta es posible que dicha teoría hubiera sido llevada a la práctica con “los presos talibanes en la base naval de Guantánamo, Cuba, en donde, como refiere Portilla Contreras, la traslación a la realidad de la ficción jurídica de las “no-personas”, en definitiva, de los “enemigos” sin derechos, tiene plena eficacia, violándose todo tipo de derechos y garantías, donde permanecen por más de diez años sin proceso o sin juicio alguno” (Cabrera, 2012).

Jakobs traza su teoría basándose también en los criterios de algunos filósofos que al momento de construir un concepto sobre la sociedad y el hombre, llaman también enemigos, malhechores, traidores de la patria, a quienes no desean formar parte de una sociedad y prefieren seguir en un estado natural lo que conlleva a la guerra, y es por estos criterios que Jakobs llega al convencimiento que el derecho penal debe subdividirse en Derecho penal del ciudadano y del enemigo.

### **1.1.1 FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.-**

#### **THOMAS HOBBS**

Hobbes, manifiesta que para poder vivir dentro de un Estado, los hombres deben abandonar su estado de naturaleza, teniendo en cuenta que tal estado no encuentra diferencia entre los hombres, puesto que algunos poseerán mayor masa muscular, otra mayor estatura o crean ser más sagaces, pero esto visto como un gran conjunto los hombres no poseen diferencia que merezca relevancia, entonces qué sucede, que nos imposibilita para vivir en un estado natural y lleno de paz.

Pues de la “igualdad procede la desconfianza” ( Hobbes , 2012, pág. 51) cada vez en que los hombres deseen poseer una misma cosa, estos se convierten en enemigos y no hay más que un paso para que se desarrolle la guerra, dentro de un estado natural cada uno es su propio Juez, y el único objetivo es luchar por la supervivencia y el honor, ya que al no existir un soberano, con el suficiente poder de gobierno, cada uno trata de sobrevivir a su manera, es por ello que “hallamos en la naturaleza del hombre tres causas principales de discordia, la primera la competencia, segunda la desconfianza, tercero la gloria” ( Hobbes , 2012, pág. 52), a más de la capacidad de razonamiento estas son las causas por las que no funciona un Estado Natural, como en el caso del enjambre de abejas, todas viven dentro de una colonia, trabajan para su subsistencia y el desarrollo de su colonia, muy diferente al caso de los hombres, en donde no hay forma alguna en que exista algún tipo de arte, letras, industria o sociedad.

Por lo antes expuesto es que se hace necesario “la mutua transferencia de derechos es lo que los hombres llaman contrato” ( Hobbes , 2012, pág. 55), aunque hay casos en donde no necesariamente ambas partes contratantes ceden sus derechos

sino solamente uno de ellos, esto en forma masiva da como consecuencia , que los seres humanos para vivir en un ambiente de paz y de desarrollo deben transferir parte de su libertad a una sola persona o grupo de personas con las mismas ideas u objetivos ya que, de esa forma se construye una sociedad en la que existe lineamientos a los cuales todos deben acogerse, por el hecho de haber cedido parte sus derechos, lo que conlleva a que el Estado tenga como finalidad procurar la paz y la seguridad de su pueblo, “advirtiendo que todo aquel que no participe en el pacto permanece en un estado de guerra y, por tanto eran enemigos de los demás” (Flores, et al., 2006, pág. 8), por cuanto todos quienes no deseaban formar parte de aquel gobierno que de una u otra forma establecía coerción para poder cumplir su meta, que es la seguridad social, simplemente permanecía en un estado de guerra.

De nada serbia el perdón pues éste solo es concedido a los ciudadanos mas no a los enemigos, y como manifiesta Hobbes al ser citado por Jakobs “el ciudadano no puede eliminar por sí mismo su estatus. Sin embargo, la situación es distinta cuando se trata de una rebelión, es decir, de alta traición” (Gunther & Melia, Derecho Penal del Enemigo, 2003, pág. 29), por consiguiente aquel que sea considerado como un reo de alta traición es un enemigo.

### **IMMANUEL KANT**

Para este autor la Naturaleza es tan sabia y crea a todas las criaturas con ciertos órganos o dispositivos que cumplen una función en especial, por ello establece, que los hombres para poder aprender a manejar de una adecuada manera sus dones, debía vivir por una temporada solo, en un estado natural pues es la única manera en que sus habilidades se podían desarrollar, puesto que a medida que encuentra un obstáculo éste aprende a usar sus habilidades y es de esta forma que los hombres evolucionan, pero dejan un rastro o como Kant llama unos “hilos conductores”, para poder observar al “ciudadano de la Naturaleza que nos traiga al hombre que la quiere concebir” (Kant, 1941, pág. 41).

A medida que el tiempo transcurre y las generaciones transmiten sus conocimientos se llega a una etapa en donde el hombre, tienen la necesidad de ser social, esto por su propio egoísmo, busca una manera de sobresalir y sentirse seguro, aunque claro es que siempre iba a existir resistencia de por medio y que muchas de

las veces se iba a recurrir al aislamiento, pero la necesidad de vivir y vivir en paz es superior.

Es de esta forma se llega a una “ (Kant, 1941, pág. 48) Sociedad Civil, que administra el derecho en general”, es decir que es una sociedad que mantiene un conglomerado de reglas y leyes llamada Constitución, que deben seguir para poder mantenerse en paz, pues es la manera como la libertad en estado salvaje puede ser vigilada y controlada, es como si se educara a la libertad de los hombres para que respeten a sus semejantes y entiendan que su libertad termina donde la del otro inicia, aunque esto no quiere decir que su deseo por sobresalir disminuya o desaparezca, Kant asemeja a esta situación con los “árboles del bosque que al tratar de quitarse unos a otros aire y sol, se fuerzan a buscarlos por encima de sí mismos y de este modo crecen erguidos; mientras que aquellos otros que se dan en libertad y aislamiento, extienden sus ramas caprichosamente y sus troncos enanos se encorvan y retuercen” (Kant, 1941, pág. 50).

También en esta situación de sociedad es necesario que exista una cabeza o un señor que controle el cumplimiento de la Constitución, pues la envidia corroe a los hombres, lo que hace que quienes se creen más fuertes pisoteen a sus semejantes, además que, si bien es cierto que, en la Constitución está presente la voluntad de todos quienes desean vivir en paz, está necesita de un vigía.

Pero que sucede con aquellos que desean permanecer como simples pastores, es decir con aquellos que prefieren vivir de los productos de sus rebaños, sin tener que preocuparse por cultivar o labrar la tierra, pues ellos solo necesitan un lugar momentáneo, y no tienen que estar a expensas del clima y mucho menos de los demás, es decir prefieren seguir en un Estado de Naturaleza que como traduce Kant, es un estado de Guerra, acaso se puede obligar a estos humanos a ser parte de la sociedad, para así poder mantener un estado de paz.

“No se trata de la mejora moral del hombre, sino del mecanismo de la Naturaleza, y el problema es averiguar cómo se ha de utilizar ese mecanismo natural en el hombre, para disponer las contrarias y hostiles inclinaciones de tal manera que todos los individuos se sientan obligados por fuerza a someterse a las leyes y tengan

que vivir por fuerza en pacíficas relaciones, obedeciendo a las leyes” (Kant I. , 2003, pág. 15).

Pues lo que se busca es la paz entre los hombres y es por ello que Jakobs al citar a Kant establece, que “toda persona se encuentra autorizada para obligar a cualquier otra persona a entrar en una constitución ciudadana” (Gunther & Melia, Derecho Penal del Enemigo, 2003, pág. 30).

En el caso en que dicha persona rechace la constitución establecida, claro está que realiza un acto hostil, lo cual pone en alerta a la sociedad que trata de defenderse de dicha inseguridad, pues no respeta las normas lo cual quiere decir que prefiere vivir en guerra, y la forma que tiene la sociedad para protegerse no es otra que rechazar a dicha persona, no dejarla participar dentro de la misma y tratarla como un enemigo de la sociedad.

### **JUAN JACOBO ROUSSEAU**

Para Rousseau, el Ser Humano para asegurar su supervivencia debe unir fuerzas, ya que al pasar todos los obstáculos del estado natural, los hombres deben buscar la manera de realizar alianzas ya que estos “no pueden engendrar nuevas fuerzas, sino unir y dirigir las que existen ( Rousseau, 1972, pág. 26)”, es por esta afirmación que se busca una asociación en donde el hombre sea libre, propietario de las cosas que adquirió y sobre todo pueda vivir bajo la vigilancia de un ente que asegurara su conservación.

De ahí surge la idea del Contrato Social, el cual está compuesto de cláusulas conectadas tal como un engranaje, si una clausula falla la siguiente también, de esa forma serán nulas y no causaran efecto alguno, es por esta razón que las cláusulas que conforman el Contrato Social deben ser entendidas como una sola, de este modo se estructura un ente o como Rousseau lo llama una Persona Publica una ciudad o un Estado, en donde existe una estructura normativa que forma un cuerpo moral y colectivo de este modo, “ lo que el hombre pierde por el contrato social es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo cuanto le apetece y pueda alcanzar; lo que gana es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee” ( Rousseau, 1972, pág. 32)

Si el contrato social tiene como objetivo principal la conservación del hombre, brinda un conjunto de garantías que pretenden garantizar la vida de sus contratantes, pero que sucede con quienes no desean formar parte de este Contrato Social, que posición debe tomar el Estado frente al hombre que no desea renunciar a su estado de naturaleza.

Rousseau establece, que quien quiere el fin quiere también los medios, es por ello, que quien comete traición a su patria, mediante la ejecución de actos rebeldes, es un malhechor que deja de ser miembro e inicia una guerra “entonces la conservación del Estado es incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca; y cuando se hace morir al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo” ( Rousseau, 1972, pág. 48).

De esta manera Rousseu establece que el pacto se ve quebrantado y aquel que no desea formar parte debe ser segregado “como infractor del pacto, o por la muerte, como enemigo público; porque un enemigo tal no es una persona moral, es un hombre, y entonces el derecho de la guerra es matar al vencido” ( Rousseau, 1972, pág. 48).

## **1.2. DERECHO PENAL DEL CIUDADANO Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.-**

Como establece Jakobs existen dos tipos de derecho penal, el derecho penal del ciudadano y del enemigo el cual toma más impulso por la inseguridad social que afronta la humanidad como es el hecho terrorista del 11 de septiembre de 2001 en New York , pero en qué se distinguen estos derechos;

### **1.2.1 DERECHO PENAL DEL CIUDADANO.-**

Para empezar con esta conceptualización creo necesario establecer lo que se entiende como ciudadano al “natural de una ciudad, vecino, habitante de la misma. Quien disfruta de los derechos de ciudadanía, el residente en una ciudad o estado libre cuando sus leyes y constitución le dan ciertos derechos, o al menos lo respetan (Cabanellas, pág. 55)”, mientras que, “la ciudadanía es una calidad que posee el habitante de un determinado Estado en virtud de la cual goza del efectivo ejercicio de

los derechos políticos y soporta el cumplimiento de las obligaciones de igual naturaleza”.

Ahora bien al hablar del Derecho Penal del Ciudadano se hace referencia al ser humano que cedió parte de sus derechos a un soberano, esto con el objetivo de supervivencia, es decir que al referirnos al derecho penal del ciudadano, hablamos del derecho penal común, el cual regula acciones anti jurídicas cometidas por una persona y que su acción causo daños en el medio exterior y según Jakobs, son personas únicamente aquellas que cumplen un rol dentro de la sociedad como los médicos, ingenieros, albañiles, abogados, etc

Y son quienes deben regirse a este tipo de jurisdicción, pues son personas que cometieron un error, pero están prestos a garantizar el cumplimiento de la norma; lo cual está vinculado con la pena, la misma que debe ser directamente proporcional al hecho típico, antijurídico y culpable, esto es por el cumplimiento del derecho penal general el cual es un derecho de acto.

Derecho penal de acto puesto que este se activa únicamente cuando la acción que fue cometida por el ser humano (autor) infringe la norma, es por ello que Jakobs dice que “solo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal, y ello como consecuencia de la idea de que toda normatividad necesita de una cimentación cognitiva para poder ser real” (Gunther & Melia, Derecho Penal del Enemigo pagina , 2003, pág. 51).

En conclusión el derecho penal del ciudadano rige aquellas personas que cumplen un papel dentro de sociedad y que además brinden garantía para el cumplimiento de la norma, pues los actos que estos comenten son espontáneos, nada estructurados y carecen de principios o fundamentos, además que estas personas poseen todos sus derechos y obligaciones, es decir pueden hacer uso de sus garantías constitucionales las cuales proporciona un Estado de Derecho, por cuanto debe existir un debido proceso.

### **1.2.2 DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.-**

Gunther Jakobs menciona que mucho antes de que exista lo que ahora conocemos como Derecho Penal del Enemigo, el Estado ha buscado normas

mediante las cuales podía protegerse de aquellos que atentaban en contra del Estado, pero se conocía como normas excepcionales dirigidas hacia los autores de los hechos delictivos y peligrosos.

Es por ello que Jakobs divide a la humanidad en personas e individuos, entendiendo que los segundos son los criminales los enemigos, que no forman parte de la sociedad sino del entorno de ésta, por cuanto sus actos son contrarios a las normas.

Para Zaffaroni “la esencia del trato diferencial que se depara al enemigo consiste, en que el derecho le niega su condición de persona. Solo es considerado como ente peligroso o dañino (Zaffaroni, 2008, pág. 28)”.

En este caso el ser humano se reduce a un ente peligroso, el cual no se merece los derechos que posee un ciudadano común, esto por cuanto se elimina el estatus de persona

Es por lo que Jakobs afirma que solo se puede hablar de una persona cuando este cumple un rol dentro de la sociedad, por cuanto la persona debe ser productiva. Se debe establecer que al momento de eliminar el estatus de persona Jakobs reconoce el estado de naturaleza del hombre, pues dentro de esta etapa, del ser humano no se podía hablar de personalidad, lo que para muchos significa la vulneración de los derechos humanos, a los cuales todos se supone tenemos acceso por el hecho de ser humanos.

Pero ante tal situación el autor establece que las cosas se deben llamar por su nombre puesto que “habrá que castigar a los que vulneren los derechos humanos; pero eso no es una pena en contra de personas culpables; sino contra enemigos peligrosos (Gunther, Derecho Penal del Enemigo, 2003, pág. 55)” y a ello se le denomina Derecho Penal del Enemigo.

Entendiendo también que el Derecho penal del Enemigo es un derecho de hecho pues lo que se pretende es interceptar al enemigo antes de actuar por cuanto existe una custodia de seguridad anticipada, se busca dar seguridad a un hecho futuro.

### **1.3 CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.-**

#### **1.3.1 CONCEPTO.-**

Para poder establecer el concepto de Derecho Penal del Enemigo se debe establecer, lo que se entiende por derecho penal, puesto que, a partir de éste nace. Se debe partir enunciando, que el Derecho Penal es una “ciencia práctica, puesto que con ella se administra justicia pero también se evalúa el actuar de la persona y que tiene como misión proteger los bienes vitales de la comunidad (Salazar Icaza , 2016)”, entendiéndose que la protección es de forma preventiva porque impone sanciones al actor , cuando sus actos son contrarios a la norma, y que por tales actos se produce un cambio en el mundo exterior en cuanto al bien jurídico protegido y de este modo la sociedad no cometa dichos actos antijurídicos.

“De esta manera Hernán Coello García establece que el derecho penal es “ la rama del derecho que estudia la trilogía conformada por el delincuente, el delito y las consecuencias del delito” para Hanz Welzel el derecho penal es “aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad”, y por último para Maurach el derecho penal es “aquel conjunto de normas jurídicas que une ciertas y determinadas consecuencias jurídicas, en su mayoría reservadas para esta rama del derecho, a una conducta humana determinada” (Salazar Icaza , 2016)

De ello destaca que el derecho penal es un derecho de prevención, que castiga la acción humana y antijurídica pero solo cuando se ve reflejada en el mundo exterior, puesto que no se puede sancionar los pensamientos.

Por lo antes mencionado Jakobs dice que Derecho Penal establece dos polos, el primero que hace referencia a quienes merecen ser llamados ciudadanos y que por ende poseen un estatus de personas, mientras que un segundo polo corresponde al enemigo, aquel ser que por sus principios no brinda una garantía de respeto hacia la norma.

Habla sobre una guerra refrenada, en donde se trata de obstaculizar la acción del enemigo, antes de que esta pueda ser concretada, esto supondría que el derecho penal del enemigo se inmiscuye en el pensamiento del ser humano, por cuanto

castiga las ideas, los pensamientos, que el hombre posea por los principios morales, éticos y sociales que posee y por tanto es creyente, de esta manera el solo hecho de pertenecer a una organización terrorista me convierte en enemigo, aunque no hubiese cometido delito alguno y ese era mi primer día como miembro de la organización.

De esa forma el deber del Estado sería protegerse de los enemigos, por ejemplo mediante la imposición de penas elevadas, prohibiendo la comunicación, el derecho a la defensa, el derecho de la reinserción, puesto que, si frente a un enemigo nos encontramos, lo que primero se debería hacer es expulsarlo de la sociedad de modo que, “en lugar del daño actual a la vigencia de la norma es ocupado por el peligro de daños futuros (Gunther & Melia, Derecho Penal del Enemigo, 2003, pág. 50)”

Si bien el autor es quien denomino a esta teoría como derecho penal del enemigo, se debe tener en cuenta que otros autores como Silva Sánchez lo denominan como derecho de tercera velocidad por cuanto establece que el “transito del ciudadano al enemigo se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, profesionalidad delictiva y finalmente la integración en organizaciones delictivas (Silva Sánchez, 2001, pág. 164)”

Por cuanto el derecho de tercera velocidad “se manifiesta como un instrumento de abordaje de hechos de emergencia, siendo expresión de un derecho de guerra (Silva Sánchez, 2001, pág. 166)” o como manifiesta Manuel Casio Melia el derecho de tercera velocidad es la “coexistencia de la imposición de penas privativas de libertad y, a pesar de su presencia, la flexibilización de los principios politico-criminales y las reglas de imputación (Gunther & Melia, Derecho Penal del Enemigo pagina , 2003, pág. 83)”.

Casio Melia declaro que la esencia del concepto de derecho penal del enemigo conforma una respuesta al combate del ordenamiento jurídico frente a individuos especialmente peligrosos, por cuanto se desarrolla un plan de ataque que detenga al malhechor, que son enemigos.

Para Luis Gracia, citado por Rossmery Elvira Lorenzo y otros, el derecho penal del enemigo no es más que una “regulación jurídica de la exclusión de los

enemigos, la cual se justifica en tanto y en cuanto estos son actualmente no personas, y consecuentemente hace pensar en una guerra, cuyo alcance, limitado o total, depende de todo aquello que se teme de ellos (Lorenzo Flores , Macuri Luna , Mendoza Retamozo , Mendoza Vásquez , Navarro Martínez , & Sueno Chirinos , 2006)”

**Por lo establecido podríamos establecer que el Derecho Penal del Enemigo es un derecho de emergencia y que tiene como objetivo proteger a la sociedad del ataque de los enemigos y la expulsión de estos, por cuanto no se acogen al ordenamiento jurídico existente.**

### **1.3.2 ELEMENTOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.-**

Para Jakobs el Derecho Penal del Enemigo posee tres elementos el primero referido a la punibilidad, el segundo con referencia a la pena y el tercero sobre la relativización o incluso la supresión de garantías constitucionales los cuales a continuación se desarrollan:

#### **1.3.2.1 ADELANTAMIENTO DE LA PUNIBILIDAD.-**

Para muchos juristas del derecho este concepto trae consigo mucha confusión puesto que para algunos, forma parte de la estructura del delito, mientras que para otros no forma parte del tipo penal, por cuanto se denomina a este concepto como condición objetiva o extrínseca.

Ernesto Beling mencionado por Jiménez de Asúa establece que “las condiciones objetivas de punibilidad son independientes y, por tanto, diversas de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, por lo que no se requiere que sean abarcadas por el dolo del agente, sino que basta con que se den simplemente en el mundo externo (Jiménez de Asúa, 1958, pág. 418)”.

“Jeschek, las define como "las circunstancias que se encuentran en relación inmediata con el hecho, pero que no pertenecen ni al tipo de injusto ni al de culpabilidad (ual.dyndns.org, 2010)"

Mientras que para el propio Jiménez de Asúa “no existirían condiciones objetivas de punibilidad, porque todas ellas son elementos normativos o modalidades y relaciones de la tipicidad (Jiménez de Asúa, 1958, pág. 80)”.

Entiendo yo como punibilidad a la capacidad que posee el Estado, para establecer una pena a un acto cometido por el ser humano y que causo resultados en el mundo exterior, por cuanto no forma parte de los elementos del delito, ya que el Estado posee la necesidad de sancionar ciertos actos, que ponen en peligro la seguridad social.

Y que de esta forma es necesario por cuanto “la producción del resultado, no condiciona el merecimiento de la pena sino su necesidad por cuanto si la conducta realizada no cumple su fin, aun así existió una tentativa y la atenuación de la pena no se debe a un menor grado de antijuridicidad, sino a una menor necesidad de sancionar”

Jakobs establece al adelantamiento de la punibilidad como un elemento del derecho penal por cuanto “la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia el hecho futuro), en lugar de como lo es habitual retrospectiva (punto de referencia el hecho cometido)” (Gunther & Melia, Derecho Penal del Enemigo pagina , 2003, pág. 80)

Esta concepción endurece más la idea de un derecho Penal del Enemigo como de hecho, puesto que protege acciones futuras, busca interceptar al enemigo antes de que actúe, por ello directamente se lo incrimina, se le comunica, se le establece penas desproporcionadas al delito no por el hecho que puede o pudo cometer, sino por los principios que este mantiene, es decir que se inmiscuye con los pensamientos del agente lo cual no es propio de un Derecho Penal del Ciudadano.

### **1.3.2.2. LA PENA-**

De este elemento es de donde surge el nombre de Derecho Penal, Welzel al citar a Kant establece que “la pena es un mal que se impone por el hecho culpable. Se basa en el postulado de la retribución justa, que cada uno sufra lo que sus hechos valen (Welzen, 1987, pág. 326)”. La pena busca evitar que las personas cometan un

delito, “busca disminuir el deseo que hace atractivo el delito, aumentar el interés que convierte la pena en algo temible (Foucault, 1978, pág. 110)”.

La pena debe ser útil, puesto que se busca que el malhechor aprenda de sus errores y al momento en que cumpla su pena se reinserte en la sociedad, pero como una persona productiva, capaz de seguir la estructura del sistema jurídico establecido y seguir con su vida y sobre todo recuperar su libertad.

La forma de establecer la pena debe ser en cuanto al daño cometido, pero sobre todo es una pena cuando al actor le pesa cumplir ya sea con su libertad, su honor o su honra por ejemplo, “tras los delitos de vagancia, está la pereza; esta es la que hay que combatir, no se lograra nada encerrando a los mendigos en unas prisiones infectadas que son más bien cloacas; habrá mejor que obligarlos a trabajar (Foucault, 1978, pág. 110)”.

Roxin establece que el principio de culpabilidad es el encargado de delimitar los perímetros de la pena puesto que, “El grado o la cuantía de la culpabilidad se determina por factores internos en la persona del autor y por la dimensión de los daños ocasionados. Nadie puede ser castigado más de lo que merece y merecida es solamente una pena acorde con la culpabilidad o menor con un fin preventivo” (Roxin, 2010).

Michael Foucault también establece que “una pena que no tuviera termino sería contradictoria: todas las coacciones que impone al condenado y de las que, una vez vuelto virtuoso no podría jamás aprovecharse, no serían ya sino suplicios y si hay incorregibles es preciso decidirse a eliminarlos” (Foucault, 1978, pág. 110), aunque hay que establecer que en nuestra legislación la pena de muerte no está contemplada.

Ahora bien la pena como parte del Derecho Penal del Enemigo es desproporcionada puesto que Jakobs establece que al enemigo hay que tratarlo como tal, por cuanto sus penas son altas, el Estado abandona su posición de garante para perseguir al enemigo y condenarlo, para que el resto de su vida pase dentro de una celda, alejado de la sociedad de la cual no quiso ser parte y que prefirió atacar, en tal caso es completamente opuesto con la idea que Roxin establece sobre la proporción de la pena según el principio de culpabilidad.

### **1.3.2.3 LAS GARANTIAS PROCESALES.-**

En cuanto a las Garantías Constitucionales se deben establecer que son los medios idóneos que tienen las personas para hacer cumplir los derechos establecidos en la Constitución.

Ahora se debe recordar que el artículo uno de la Constitución Ecuatoriana, establece que el Ecuador es un Estados de derechos y justicia, lo cual es un cambio a comparación de la constitución de 1998 ya que esta habla únicamente de un Estado de Derecho.

El Estado de Derecho nace a partir de la abolición del poder del Rey, por cuanto este poseía la verdad absoluta nadie podía contradecirlo, el Rey era considerado como el iluminado de Dios.

Recordemos entonces que en el siglo XVIII, se inicia con un Estado legal de Derechos en donde por primera vez se da la división de poderes entre la aristocracia y la burguesía los unos encargados de la administración del poder político mientras que los segundos encargados de la administración del poder económico, en dicho Estado el principio de legalidad era el más importante, puesto que no existían garantías constitucionales sino que todo aquello que podía exigir una persona se encontraba en las leyes.

En el siglo XX encontramos un Estado Social en donde un tercer poder estatal hace su aparición el poder de Administrar Justicia y se introducen derechos sociales, como el del Trabajo en este caso a diferencia del anterior, si existían Garantías Constitucionales pero únicamente debían ser aplicadas en casos extremos es decir en casos en donde exista una violación grave a los derechos establecidos.

Y así hasta llegar hasta lo que ahora conocemos como Estado Constitucional de Derechos, en donde se habla de Derechos, en plural por cuanto la carta es abierta, es decir que se puede introducir más derechos ya sean que estén establecidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos o simplemente reflejen mayor protección hacia el Ser Humano, pero no es lo único, por cuanto al decir que es un Estado constitucional de derechos nos referimos, a que las Garantías

Constitucionales de Derechos deben poseer tal estructura que su función inmediata sea la protección de los derechos fundamentales.

Son derechos fundamentales aquellos intrínsecos a la persona, “no se pueden comprar ni vender, esto es, aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o de sujetos con capacidad de obrar” (Contreras, 2010, pág. 128)

Jakobs al establecer, que el Derecho Penal del Enemigo elimina el status de persona elimina también los derechos fundamentales y de este modo, no habría necesidad de la existencia de Garantías Constitucionales y es por ello de que un tercer elemento sería la relativización o hasta la Supresión de las Garantías Constitucionales.

## **1.4 FUNDAMENTO, FUNCIÓN Y FINALIDAD DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

### **1.4.1 FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.-**

Las cualidades que dan origen al derecho Penal del enemigo según establece la tesis de Jakobs son dos, la peligrosidad y la seguridad cognitiva, esto por cuanto el autor asevera, que el Derecho Penal del ciudadano encuentra su fundamento en el principio de culpabilidad, por cuanto las penas impuestas al autor responsable del hecho punible son establecidas de acuerdo a tal principio siempre que, esté siga tanto garantías materiales como procesales, y de acuerdo a ello el fundamento del Derecho Penal del Enemigo es contrario.

#### **1.4.1.1 PELIGROCIDAD.-**

Al referirnos a la peligrosidad se debe establecer, que para Jakobs aquel ser humano que desarrolla acciones repetitivas, habituales y sobre todo antijurídicas, demuestra, que no desea pertenecer a dicho ordenamiento, por cuanto rechaza la protección de la norma, y en dicho caso ya no se trata de un ciudadano sino de un enemigo.

Al hablar de enemigo entendemos que Jakobs menciona al individuo peligroso que debe ser expulsado de la sociedad, ¿pero que debemos entender por peligrosidad?, pues este concepto ha variado mediante la criminología tradicional.

Pues existían varias tesis en donde se afirmaba que el criminal no se hace pues se nace ya que el ser humano sigue su genética, poseía desde sus inicios rasgos físicos y actitudes que lo encaminaban desde una corta edad a delinquir.

En esta criminología tradicional se trata al individuo peligro, como un imputable esto por la patología que presenta a diferencia del Derecho Penal del enemigo, en donde es considerado como un individuo capaz de razonar conforme a derecho por cuanto posee responsabilidad.

Esta serie de conceptos con el pasar de los años han evolucionado ya que la criminología moderna estudia al individuo según su actuar, su entorno social, cultural, ambiental y hasta familiar, Enrique Ferri al ser citado por Lorenzo Flores y otros en su tesis Derecho Penal del Enemigo menciona que el “delito es un fenómeno de origen complejo, a su vez biológico, físico y social.....es indudable que todo delito y todo delincuente es siempre el producto de acciones simultaneas” (Lorenzo Flores , Macuri Luna , Mendoza Retamozo , Mendoza Vásquez , Navarro Martínez , & Sueno Chirinos , 2006, pág. 42)

Polaino-Orts citado por Lorenzo Flores y otros, en su tesis Derecho Penal del Enemigo establece que, “el enemigo es, en cambio, el sujeto que siendo especialmente peligroso, no presta la garantía mínima socialmente exigible para que pueda ser tratado como persona en Derecho”

Lo cual complementa la tesis de Jakobs al mencionar que quien no desea formar parte del entorno social no merece ser tratado como persona, Silva Sánchez también expresa que el “transito del ciudadano al enemigo se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas” (Silva Sánchez, 2001, pág. 164), por cuanto el Derecho Penal del Enemigo, implica que el individuo cumpla con un actuar esbozado mediante normas, mas no por hechos cometidos por impulso.

Por cuanto la intervención del “Estado frente al enemigo está concebido como una reacción de combate frente al peligro que representa; de ahí que la función de la norma ya no es comunicativa, sino de amenaza” (Lorenzo Flores , Macuri Luna , Mendoza Retamozo , Mendoza Vásquez , Navarro Martínez , & Sueno Chirinos , 2006, pág. 44), por cuanto a diferencia del Derecho Penal común la pena ya no cumple con su función de comunicación sino más bien, es una respuesta a la guerra iniciada por individuos peligrosos en contra del ordenamiento jurídico, para lo cual la pena amenaza a sus enemigos, de ahí que la relación “ pena culpabilidad no está presente por cuanto la mayor penalidad que provee responde a la peligrosidad del sujeto y no al hecho o a la vulneración del bien jurídico concreto” (Lorenzo Flores , Macuri Luna , Mendoza Retamozo , Mendoza Vásquez , Navarro Martínez , & Sueno Chirinos , 2006, pág. 45)

#### **1.4.1.2 SEGURIDAD COGNITIVA.-**

Para Alcocer Pavis, citados por Lorenzo Flores y otros en su Tesis “Derecho Penal del Enemigo” anuncia que para él, la seguridad cognitiva “no es otra cosa que la confianza recíproca entre los miembros de una comunidad, en el sentido que confían en que todos se conducirán conforme a derecho” (Lorenzo Flores , Macuri Luna , Mendoza Retamozo , Mendoza Vásquez , Navarro Martínez , & Sueno Chirinos , 2006, pág. 50)

La frase supuestamente sin sentido que reiteradamente repetíamos de Hobbes el “Hombre es el lobo del Hombre”, ahora toma completo sentido, a medida que el Ser Humano desea evolucionar o buscar mayor placer, aparecen en su camino circunstancias que atentan contra su búsqueda ya que el triunfo de uno, es la envidia de otro, de esta manera, se crean formas de destrucción, como el terrorismo, el tráfico de drogas, la criminalización organizada, por cuanto estas figuras antijurídicas toman mayor fuerza dentro de la sociedad.

Por lo que el Estado necesita buscar medios que confronten la falta de paz, ya que los ciudadanos que establecen su actuar guiado por normas de derecho, buscan que su derecho a la seguridad sea ponderado por el Estado, es su obligación mantener dicho derecho, para que los ciudadanos vivan en un entorno social de tranquilidad y seguridad.

Por ello que al intentar mantener dicha seguridad debe buscar medios que ayuden a devolver la vigencia de la norma y de paso la seguridad cognitiva, de acuerdo con Jakobs, al no existir seguridad cognitiva la norma se transforma en una “promesa vacía porque ya no ofrece una configuración social realmente susceptible de ser vivida” (Lorenzo Flores , Macuri Luna , Mendoza Retamozo , Mendoza Vásquez , Navarro Martínez , & Sueno Chirinos , 2006, pág. 47) lo cual proporciona desconfianza y a medida que se ataque la vigencia de la norma dicha confianza que depositaron los ciudadanos en el conjunto de normas se desvanece.

“Se desvirtúa la capacidad de la norma para servir de instrumento de motivación de los ciudadanos, pues no cuenta ya con la expectativa que le brinda la seguridad cognitiva de que la norma lo protegerá, menos que orientara la conducta de los demás” (Lorenzo Flores , Macuri Luna , Mendoza Retamozo , Mendoza Vásquez , Navarro Martínez , & Sueno Chirinos , 2006, pág. 49).

Por ello el Derecho Penal del Enemigo trata de mantener a los miembros de una sociedad a salvo, trata de mantener la confianza que las personas otorgaron al ordenamiento jurídico al momento, en que decidieron dejar su estado natural y esto por su deseo de permanencia en el mundo.

#### **1.4.2 FUNCION Y FINALIDAD DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.-**

El derecho penal del enemigo, busca una vida en paz dentro de la sociedad y para lograr dicha seguridad forma normas endurecidas, las cuales no comunican a los ciudadanos para mantener la vigencia de la norma como se realiza en el Derecho Penal General o del Ciudadano, sino más bien ya no se habla con los ciudadanos sino que directamente se los amenaza.

Amenaza que no espera que el bien jurídico sea atacado, puesto que intercepta al enemigo antes de que actúe, por cuanto es un derecho de prevención, que al aprender al enemigo, que no es una persona, ya que no brinda seguridad cognitiva, por cuanto no merece ser tratado como tal, y lo que se pretende es desproporcionarle de las garantías materiales como procesales propias del status de las personas y del Estado de Derecho, al decir esto no existe más duda que la función primordial del Derecho Penal del Enemigo, es la eliminación del peligro, la expulsión del enemigo.

Es por cuanto Jakobs dice conocer “dos polos por un lado el trato al ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar y por otro, el trato con el enemigo que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se lo combate por su peligrosidad” (Gunther & Melia, Derecho Penal del Enemigo, 2003, págs. 42-43).

Puesto que si el estado no combatiera en contra del enemigo estaría infringiendo el derecho de las personas, que es el derecho a la seguridad, y como se establece en el considerando de la Declaración Iberoamericana De Seguridad Social De Buenos Aires “ la evolución del contenido de la Seguridad Social ha marcado una permanente expansión dinámica que, en la actualidad, reclama cobertura integral en profundidad y diversidad de las múltiples contingencias vitales y la promoción del hombre al máximo nivel de desarrollo de su personalidad y permanente Integración al núcleo social” (oiss.org, 1972, pág. 122).

Con lo establecido por Jakobs entendemos, que frente al enemigo existe coacción, por cuanto se lo encierra, se le establece penas desproporcionales, se lo priva de su derecho a la defensa, a la reinserción social y en si se le desproporciona de todo derecho, aunque Polaino Orts citado por Lorenzo Flores y otros en su tesis Derecho Penal del Enemigo establece que “se puede ser persona y enemigo al mismo tiempo siempre que se trate de ámbitos diferentes, por lo que la expulsión del enemigo no involucra una afectación a la totalidad de los derechos” (Lorenzo Flores , Macuri Luna , Mendoza Retamozo , Mendoza Vásquez , Navarro Martínez , & Sueno Chirinos , 2006, pág. 53), es por ello que sin ningún inconveniente podría reconocer a un hijo.

En cuanto a la finalidad del Derecho Penal del Enemigo, no es otra que la Seguridad Cognitiva a que “no es suficiente que existan normas que regulen la conducta humana en sociedad, si no permiten el convencimiento de los miembros de ésta” (Lorenzo Flores , Macuri Luna , Mendoza Retamozo , Mendoza Vásquez , Navarro Martínez , & Sueno Chirinos , 2006, pág. 58) y en cuanto a quienes no confían en estas normas y no desean formar parte del entorno social es correcto que no se los considere personas, ya que lo que intenta el Derecho Penal del Enemigo es la efectiva seguridad de la sociedad.

“No se pretende reinsertar dentro del sistema a este agente denominado enemigo, sino más bien se trata de eliminar toda forma de reinsertión para así asegurarse que estas personas no vuelvan a cometer en el futuro hechos que pongan en peligro a la sociedad” (Lorenzo Flores , Macuri Luna , Mendoza Retamozo , Mendoza Vásquez , Navarro Martínez , & Sueno Chirinos , 2006, pág. 59)

### **1.5. CRITERIOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.-**

Como en toda situación existen varios puntos de vista que muy difícilmente se podrán llegar a consolidar en un solo pensamiento; además se debe tener en cuenta que el Derecho Penal del Enemigo, es un derecho especial por decirlo así, ya no cumple con los principios básicos del Derecho Penal que a más de ser de ultima ratio, vela por las garantías tanto materiales como procesales que posee una persona.

Para Claus Roxin quien es citado por Zambrano Pasquel, el Estado es quien debe mantener la seguridad de sus ciudadanos y que para ello debe buscar medios óptimos pero siempre teniendo en cuenta que esos medios deben poseer un límite, pues el Estado no puede ser un monstruo despiadado y arbitrario, “el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también, ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del ‘Estado Leviatán’ (Zambrano Pasquel , 2005)

Y de igual manera Zambrano Pasquel hace referencia que al momento en que el Estado cree estar en una situación de emergencia , endurece las normas, adelanta la punibilidad y deja de lado el principio de culpabilidad, está acabando con todos los derechos intrínsecos a la persona y que establecen los derecho humanos por ello hace énfasis en las palabras de Carlos Parma “la rapacidad fagocitadora típica de las culturas autoritarias, ponen como principal argumento, la emergencia para violentar derechos humanos” (Zambrano , 2005)

Zaffaroni establece que desde 1948 los estados aceptaban medidas de seguridad, por cuanto Jakobs solamente transformo un concepto abstracto en algo concreto, pero que las penas que actúan como contención de los enemigos vulneran el artículo uno de la Declaración Universal de Derechos Humanos puesto que, en

donde queda el comportamiento fraternal entre los hombres o en donde queda la llamada igualdad, ¿Quién posee el poder para eliminar el estatus de persona?, “Se trata a un ser humano como algo meramente peligroso, se le quita o niega su carácter de persona, aunque se le reconozcan ciertos derechos” (Zaffaroni, 2008, pág. 28), por cuanto en nada esta de acuerdo con dicha teoría.

Eduardo Alcócer Povich, sostiene un criterio unánime puesto que deja en el libre albedrío de los Estados ya que sostiene que “la Política Criminal de cada Estado depende del sistema al cual se encuentra enrolado. Habrá un sistema autoritario cuando las ideas de libertad e igualdad quedan subordinadas a la de autoridad, en cambio habrá un sistema liberal cuando esta idea se somete a los principios de libertad e igualdad” (Alcócer Povich, 2008, pág. 5)

Cancio Melia establece que el Derecho Penal del Enemigo “supone tan solo un procesamiento desapasionado, instrumental, de determinadas fuentes de peligro especialmente significativa” (Gunther & Melia, Derecho Penal del Enemigo pagina , 2003, pág. 86).

Y como Opositor de esta teoría también esta Muñoz Conde, quien se refería al Derecho Penal del Enemigo como un Derecho Penal Excepcional contrario a Estado de Derecho, y hasta en contra de Tratados internacionales a más, de establecer va en línea opuesta a del Derecho Penal, puesto que “deroga los principios básicos del Derecho penal liberal clásico pero sobre todo de los principios básicos del Derecho penal del Estado de Derecho” (Muñoz Conde , De nuevo sobre el Derecho Penal del Enemigo, 2008)

Se debe establecer también, que hay quienes comparten la tesis de Jakobs, esto por cuanto el Estado no puede ponderar los derechos de los ciudadanos con aquellos individuos que no prestan una seguridad cognitiva en su actuar, como por ejemplo Gracia Martín citado por Lorenzo Flores y otros en su Tesis “Derecho Penal del Enemigo”, que establece que, “el Derecho penal del Enemigo es la regulación jurídica de la exclusión de los enemigos, la cual se justifica en tanto en cuanto estos son actualmente no-personas” (Lorenzo Flores , Macuri Luna , Mendoza Retamozo , Mendoza Vásquez , Navarro Martínez , & Sueno Chirinos , 2006, pág. 54)

Al igual que Riquert y Palacios quienes afirman que es potestad del Estado brindar seguridad hacia sus ciudadanos ya que ellos actúan según la norma, “este derecho penal se encuentra direccionada para los casos de criminalidad consistente en la defensa del Estado frente a un tipo de ataque diferentes al que puede surgir desde la criminalidad común” (Lorenzo Flores , Macuri Luna , Mendoza Retamozo , Mendoza Vásquez , Navarro Martínez , & Sueno Chirinos , 2006, pág. 61).

## **2. LA ACCIÓN Y LA PENA**

### **2.1. CRITERIOS QUE LLEVARON AL LEGISLADOR A LA MODIFICACION DEL CODIGO PENAL AL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL.**

Se debe establecer que en el Ecuador desde la época republicana han existido cinco Códigos Penales (1837, 1872, 1889, 1906 y 1938) este último tenía sobre todo una gran influencia del código italiano de 1930 conocido como código Rocco y del Código francés de 1810 denominado Código Napoleónico.

En suma, es un código de antaño que nos remonta hace dos siglos atrás , de ahí, que ha tenido que soportar varias modificaciones y que para su ejecución era necesario otros cuerpos normativos, como el Código de Procedimiento Penal.

También se debe considerar la evolución de la sociedad puesto que por el transcurso del tiempo, ciertos actos que fueron considerados como delito podrán desaparecer y a cambio aparecer otros de mayor complejidad.

“Sus contextos históricos son muy diversos. Las finalidades y estructuras son distintas, sin coordinación alguna, inclusive contienen normas contradictorias. Esto se traduce en un sistema penal incoherente, poco práctico y disperso” (justicia.gob.ec, 2014)

Por estos criterios llevaron al legislador a modificar y unificar en un solo cuerpo normativo las normas penales, a más que estas debían acoplarse a la Constitución del 2008 y de ahí que este nuevo Código entra en vigencia el 10 de agosto de 2014.

Según el diario el mercurio publicado el 08 de noviembre de 2014 establece que el jurista Saidán, “recuerda que se realizó un nuevo estudio de dosimetría, para

graduar las penas y se establecieron para todos los delitos rangos de cuatro años. Para el jurista, el COIP actualiza la legislación penal a los cambios sociales” (elmercurio.com.ec, 2017). Para Mauro Andino con esta reforma se logra “un equilibrio entre las necesidades de seguridad de la ciudadanía, la garantía de los procesos y los derechos de las víctimas” (Andino Mauro, 2013)

Sin embargo existen criterios en contra de este nuevo cuerpo normativo puesto que aseguran que el Estado tendría mayor poder punitivo, al igual Juan Pablo Morales establece que la sociedad cree que, “la inseguridad combinada con el discurso que equipara más penas y más cárcel a mayor seguridad” (Morales, 2013), es decir que se cree que mientras mayor imposición de penas más seguridad estatal, lo cual desde mi punto de vista es contrario al principio de ultima ratio del derecho penal.

### **2.1.2 LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION Y LA PENA EN EL COIP**

La prescripción de la acción y la pena, no es una figura reciente dentro de la legislación Ecuatoriana, mas sin embargo en el Código Penal anterior se establecían plazos no tan rígidos como ahora se establece en el Código Orgánico Integral Penal, sobre esta ampliación el legislador establece, que el criterio que los llevo a esta reestructuración se basa en estudios realizados, los cuales dan como resultado que en el Ecuador es el único país en donde las penas por la comisión de delitos graves no se cumplen, por cuanto los criminales no tenían respeto y mucho menos consideración a la legislación vigente por cuanto era necesario que, en el libro primero del COIP se “elabore una tabla de multas para cada uno de los delitos en proporción a la pena privativa de libertad y sobre todo se reestructure la prescripción de la pena, en respuesta a las necesidades de cumplimiento ” (Andino Mauro, 2013).

### **2.2 LA PRESCRIPCIÓN Y LA LIMITACIÓN A LA POTESTAD ESTATAL**

El termino prescripción según Cabanellas, al ser citado por Ricardo Vaca Andrade, significa “caducidad de un derecho o facultad no ejercidos durante largo lapso” (Vaca Andrade, 2014) lo cual nos anticipa que esta figura procede mediante el transcurso del tiempo, pero siempre teniendo en cuenta que la prescripción cumple un rol tanto en el ámbito civil como penal, en el primer caso “depende del abandono del ejercicio de un derecho, en tanto que en el campo penal la prescripción es la

cancelación de la potestad punitiva que tiene el Estado, por el mero transcurso del tiempo” (Zavala Baquerizo, 1990, pág. 450), o como define Zavala la prescripción penal “es una excepción procesal perentoria porque pone fin a la relación jurídico-procesal ya iniciada o, en su defecto, impide definitivamente la constitución de dicha relación” (Zavala Baquerizo, 1990, pág. 469)

Feuerbach y Pessina al ser citados por Zavala Baquerizo, establecen que la prescripción es una figura que debe ir acorde con la evolución de la sociedad, puesto que con el pasar del tiempo, el Ser Humano cambia y olvida sucesos pasados, por cuanto quienes no vivieron en el tiempo, en que se cometió el delito creerán que lo que se comete es un injusto, además el argumento que apoya la existencia de la prescripción establece, “que con el transcurso del tiempo la persona se corrige, se enmienda , y si se considera, que otro de los fines de la pena es la resocialización del condenado y la adaptación social de éste, al ser ejecutada la pena después del transcurso de un largo tiempo no cumpliría ninguna finalidad” (Zavala Baquerizo, 1990, pág. 451)

Para Muñoz Conde la prescripción es “una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos. Se trata de impedir el ejercicio del poder punitivo una vez que han transcurrido determinados plazos a partir de la comisión del delito o del pronunciamiento de la condena, sin haber cumplido la sanción” (Muñoz Conde & García Arán, Derecho Penal Parte General , 2015)

De esta manera se configura en el ámbito penal, tanto la prescripción de la pena, como del ejercicio de la acción, además que de esta manera se limita el poder punitivo del Estado, para perseguir un hecho delictivo por cuanto se establecen términos mínimos y máximos para que esta figura pueda ser ejecutada.

El Estado “se ha impuesto un límite temporal dentro del cual su potestad punitiva puede ser efectivizada; transcurrido dicho límite, esta potestad caduca, pierde vigencia jurídica” (Zavala Baquerizo, 1990, pág. 458) además, el Estado no puede olvidar su posición de garante y peor aún, ir en contra de las Garantías Constitucionales como lo es la Reinserción Social.

La prescripción penal no posee un “interés privado, ni en la defensa de un derecho particular, sino que la prescripción penal es de orden público y en consecuencia se tiene que mirar tanto los fines que persigue el Estado al ejercer el poder de punición como los fines particulares de la pena” (Zavala Baquerizo, 1990, pág. 454). También se establece que esta figura opera con cada persona que participe en la comisión del delito es decir de manera personal, además que puede ser planteada en cualquier instancia.

## **2.3- LA ACCIÓN**

En cuanto a la acción, se debe establecer que es todo acto encaminado a la realización de un delito, además que constituye un elemento primordial de la teoría del delito, puesto que si no existirá no habría razón para la existencia del Derecho Penal, ahora para poder entender el concepto de acción, se debe primero enunciar dos teorías bases la teoría de la causalidad y la teoría de la finalidad.

### **2.3.1 TEORIA DE LA CAUSALIDAD.-**

Para quienes apoyan esta teoría nos explican, que la acción humana no es otra cosa que un movimiento que a su vez este se define como, “contracción de los músculos dispuesto por la mente y que tiene lugar por la inervación de los nervios motores” (Günther Jakobs, 1997, pág. 160), se afirma que, en la acción no se debe tomar en cuenta la voluntad del autor, por cuanto no se debe confundir los conceptos de acción con los de culpabilidad ya que al analizar dicha fase del delito se debe establecer cuál fue la voluntad del autor mas no antes.

Por cuanto existe una disociación del delito en su fase interna como externa siendo lo externo el injusto que a su vez es un cambio visible, un efecto externo y el lado interno la culpabilidad, que se entiende como “una relación psicológica con el resultado externo” (Günther Jakobs, 1997, pág. 161), por cuanto la acción no es otra cosa que un simple “comportamiento humano que produce una modificación en el mundo exterior, un mero impulso voluntario que pone en marcha la relación causal” (Günther Jakobs, 1997, pág. 111).

Es decir que la acción posee una voluntad funcional carente de concepto y finalidad, de este modo al analizar la acción que produjo un cambio en el mundo externo solo se debe establecer si existió capacidad.

### **2.3.2 TEORIA FINAL.-**

En cuanto a esta teoría se establece que el autor de la acción, siempre posee un fin y es por la concepción de aquella finalidad que ejecuto su actuar, por cuanto en este caso ya no hablamos de una voluntad vacía, ya que es necesario analizar los motivos que llevaron a la persona a realizar ciertos actos.

Además es necesario establecer que, no toda conducta humana es relevante para el Derecho Penal, sino únicamente aquella que causa un daño al bien jurídico protegido, de esta manera se debe analizar la acción como un todo, teniendo en cuenta el fin y la voluntad de la persona y para ello existen dos fases.

La primera fase se llevara a cabo en el interior del individuo es decir en su conciencia, por lo que va a establecer los elementos y medios necesarios para llegar a su objetivo, estudiando cada paso a realizar y tomando en cuenta los efectos concomitantes, ya que “la consideración de estos efectos pueden hacer que el autor vuelva a plantearse la realización del fin y rechace algunos de los medios seleccionados para ello” (Muñoz Conde & García Arán, Derecho Penal Parte General , 2015)

Puesto que el “ser humano puede anticipar mentalmente las consecuencias de sus movimientos corporales, elegir los procesos causales para la consecución de un fin y poner las condiciones necesarias para el desarrollo de los procesos” (Günther Jakobs, 1997, pág. 162); por esta razón Welzen dice que, esté proceso mental es de retroceso ya que desde el fin se eligen los elementos causales que va a requerir para llevar a cabo su acción.

La segunda fase es aquella que se desarrolla en el mundo real, es decir se exterioriza la voluntad del autor de acuerdo al plan que desarrollo en su consiente, pues todos los medios que va a emplear están conectados hacia un fin, por cuanto la “finalidad es vidente mientras que la causalidad ciega” (Welzen, 1987, pág. 56).

Pero se debe tener en cuenta que al decir que la acción es final, no se debe creer que solamente el fin es importante para el derecho Penal, puesto que en ciertos casos el fin puede ser legal, pero los medios con los cuales se obtuvo pueden contravenir la norma de ahí que los “tipos legales son en definitiva, los que deciden que partes o aspectos de la acción son o pueden ser penalmente relevantes” (Muñoz Conde & García Arán, Derecho Penal Parte General , 2015, pág. 230)

### **2.3.3 CONCEPTO DE ACCION.**

Muñoz Conde establece que el “concepto de acción no es suficiente con la constatación de los aspectos puramente causales y finales de la misma, sino que es necesario también situarlos en un determinado contexto intersubjetivo que es lo que le da su sentido comunicativo, social y jurídico” (Muñoz Conde & García Arán, Derecho Penal Parte General , 2015, pág. 233) esto por cuanto se debe analizar la acción como un todo y no como un objeto aislado.

Maurach, define a la acción como “una conducta humana relacionada con el medio ambiente, dominada por una voluntad dirigente y encaminada hacia un resultado” (Heinz Zipf, 1994, pág. 242) por último citamos a Jiménez de Asúa, quien dice “que el acto proviene del hombre, que tiene voluntad, que tiene conciencia de sus actos” (Jiménez de Asúa, 1958, pág. 259)

De lo antes enunciado se desprende, que la acción que interesa al Derecho Penal es la humana siempre que atente en contra del Bien Jurídico Protegido, de esta manera se parte enunciando que la acción es el engranaje que otorga movimiento a la Teoría del Delito,

De la voluntad del autor se debe analizar la finalidad, puesto que estos dos conceptos van de la mano y a partir del fin el autor (Derecho Penal de Acto), se va a desarrollar los movimientos idóneos que le permitan la concepción de dicho fin, premeditando todas las consecuencias o efectos concomitantes que puedan devenir de su plan, es decir que la acción es “un comportamiento exterior evitable o dicho de otra manera, un comportamiento que puede evitarse si el autor se hubiera motivado para hacerlo” (Bacigalupo, 1996, pág. 91).

### **2.3.4 LA PRESCRIPCIÓN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN**

El origen de ésta figura según Pessina al ser citado por Zavala Baquerizo, es en Grecia aunque otros autores afirman, que su origen se dio en Roma mediante la aplicación de la “lex Julia de adulteriis” con la cual los delitos de adulterio y estupro prescribían en un plazo de cinco años.

Existen ciertos argumentos que convalidan la existencia de la prescripción del ejercicio de la acción los mismos, que compaginan al decir “mientras más tiempo transcurre entre la comisión del delito y el juzgamiento, más posibilidades existen para el error judicial, y más remota se hace cada vez la certidumbre sobre la existencia del delito y sobre la culpabilidad del acusado” (Zavala Baquerizo, 1990, pág. 452).

Zavala Baquerizo, establece que por la costumbre se emplea tanto en la doctrina como en la ley, el termino prescripción de la acción, lo cual es equivoco, puesto que al referirnos a la prescripción de la acción nos referimos tácitamente a la muerte del actor, ya que “la acción penal, como poder jurídico es inherente a la persona, y por lo tanto, no perece, no se extingue sino con la muerte del titular” (Zavala Baquerizo, 1990, pág. 458), por tal razón lo correcto es hablar sobre la prescripción del ejercicio de la acción, que se da cuando han transcurrido los plazos establecidos en el artículo 417 del Código Orgánico Integral Penal, sin que se haya dado inicio a las distintas fases procesales que forman parte del proceso penal.

De esta manera la “persona pierde el derecho a ejercer la acción, que, por la comisión del delito, estaba en capacidad de ejercerla y, al mismo tiempo el Estado pierde la potestad represiva que podía haberse hecho efectiva mediante el ejercicio de la acción” (Zavala Baquerizo, 1990, pág. 458), pero no debemos confundir la prescripción del ejercicio de la acción, con la prescripción de la pretensión punitiva, ya que esta, se da cuando se ha dado inicio al proceso penal y no se ha concluido en los plazos establecidos en la ley, lo cual nuestro código diferencia en su cabalidad.

### **2.3.5 LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN.**

Como se estableció ya la prescripción es una figura que pone fin al ejercicio de la acción y de la pena por el transcurso del tiempo y por seguridad jurídica, pero

esto en el caso de los delitos llamados comunes, puesto que los delitos graves que se cometan en contra de los Derechos Humanos no pueden prescribir, de ahí nace la imprescriptibilidad de la acción, es decir que el ejercicio de la acción no prescribe, esto por cuanto se argumenta que los delitos cometidos en contra de los Derechos Humanos son difíciles de olvidar, ya que la generación actual por mas paso del tiempo o por más que hubieran estado ausentes al momento de la comisión del delito, recuerdan el daño que se causó. De modo que Horwitz Lennon al ser citado por Alejandro Gamarra Urbiza establece que, “aquellos hechos que, por su entidad y significación para la comunidad humana, no dejan de ser vivenciados como gravísimos por el transcurso del tiempo ni por sus protagonistas ni por los afectados ni, en fin, por la sociedad toda” (Gamarra Urbiza, 2010)

Además se afirma que para avanzar en el desarrollo de una sociedad democrática se debe evitar tropezar con las piedras del pasado, y sobre todo si estas piedras fueron delitos graves que se cometieron frente a los Derechos Humanos y los cuales no se puede dejar en la impunidad, además que esto se toma como norma del derecho internacional, por cuanto los “Estados no pueden imponer plazos perentorios cuando se deba investigar, procesar o acusar a individuos que han cometido delitos graves estatuidos en el derecho internacional como violatorios de los derechos humanos” (Gamarra Urbiza, 2010).

Este principio internacional se encuentra establecido en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, celebrados el 26 de noviembre de 1968, en la cual en su artículo primero habla sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad y si bien el Ecuador no es miembro, por no haber ratificado, más sin embargo lo suscribió y existen tres principios del Derecho Internacional por los cuales el Ecuador debe acogerse a dicho tratado, “el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales (*pacta sunt servanda*), la prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno (primacía) y la necesidad de dotar de vigencia material a la norma internacional (*effet utile*)” (Albán, 2013)

Es así que el Ecuador se acoge a esta norma desde la constitución de 1998 en su artículo 23.2 y a partir del 2008 en el artículo 80 lo cual se encuentra reflejado en el Código Orgánico Integral Penal en el artículo 16.4, también en los artículos 233

y 396 de la Constitución Ecuatoriana y se establece que a más de los delitos ya anunciados tanto el ejercicio de la acción como la pena de los delitos de cohecho, peculado, concusión, enriquecimiento ilícito y los daños ambientales son también imprescriptibles.

## **2.4 LA PENA**

Para poder establecer el concepto de pena es necesario como establece Welzel, entender que la pena posee un fin y una naturaleza, por cuanto trastoca un aspecto personal dentro del cual encontramos los sentimientos, sueños y personas alrededor del autor que tendrán de forma indirecta que soportar el peso de la pena.

Kant al ser citado por Edgardo Donna establece que la pena “es un mal que se le causa al autor del delito, es un mal, una afección a la personalidad jurídica del hombre” (Donna , 2008, pág. 298), pero es un mal necesario puesto que su fin es la rehabilitación social, que ayuda tanto al autor como a la sociedad, ya que se transformara en un sujeto activo de la misma.

Como establece Luis Jiménez de Asúa “la naturaleza de la pena es retributiva y que se siente como un mal, evita que muchos que están proclives al delito no caigan en él” (Jiménez de Asúa, 1958, pág. 59), lo cual sería una función de prevención general de la pena.

Y en cuanto al aspecto estatal, no es que el Estado deba buscar la paz mundial sino debe mantener vigente el ordenamiento jurídico y; al igual que la acción se han desarrollado teorías de la pena que intentan explicar el fin y su naturaleza.

### **2.4.1 TEORIA ABSOLUTA DE LA PENA.-**

Esta teoría establece que la pena depende de la culpabilidad y de está nace la retribución, por cuanto a igual daño igual pena, pues de este modo se estaría estableciendo que “el pensamiento de la justicia, o sea, el pensamiento que el mal de la pena debe corresponder a la medida de la culpabilidad” (Welzen, 1987, pág. 327).

Para Kant, “el ciudadano conforma el Estado y, por ende, es miembro de ese Estado, y mediante el delito se rompe el equilibrio” (Donna , 2008, pág. 302), pero dicha pena debe ser impuesta por alguien imparcial en nuestro caso el Juez quien

impondrá la pena que ha establecido el Estado para cada caso, puesto que si cada víctima impusiera la pena caeríamos en la venganza

Pero debemos preguntar si en verdad es obligación del Estado, establecer penas y si este posee la moral suficiente para dictar normas, Kant cuando es citado por Welzen establece “que las normas son regidas por principios morales (por Dios), categóricamente necesarias. Pero en cuanto es regidas por el hombre la necesidad de ellas es solo hipotética” (Welzen, 1987, pág. 328), puesto que debemos ser conscientes, que el Estado no busca, que todo el mundo viva tranquilo y en paz sino únicamente trata que su ordenamiento jurídico sea respetado.

Dejando esta teoría como conclusión que lo único que interesa a la pena es la retribución justa y que los demás mecanismos son simples efectos concomitantes.

#### **2.4.2 TEORIA RELATIVA DE LA PENA**

En lo referente a esta teoría se simplifica a la pena a un mecanismo práctico que evita, que las personas actúen en forma ilegítima, desde un primer punto de vista esto es verídico pues la pena busca la no comisión del delitos, pero si fuera así como se podría diferenciar de los distintos mecanismos, que el Estado observe que sean prácticas y convenientes y que puedan ser usadas como medios de defensa y que mantengan la vigencia del ordenamiento jurídico.

#### **2.4.3 TEORIAS PREVENTIVAS GENERALES Y ESPECIALES**

La teoría Preventiva General hace énfasis en que la pena posee dos caras, una de ellas pretende emitir temor hacia sus habitantes, esto consiste en la “intimidación general mediante la amenaza de la pena y en virtud de la sanción individual y en un segundo sentido la verificación del derecho como orden ético” (Welzen, 1987, pág. 331)

En cuanto a la Teoría Especial pretende evitar los delitos mediante la prevención del actuar del recluso, de ahí que el fracaso de esta teoría se da a consecuencia de la confusión del concepto de medidas de seguridad con la pena, Jiménez de Asúa, establece que no debe confundirse estos dos conceptos pues son completamente distintos y si bien en un momento dado pueden enlazarse, “la pena

siempre será una “retribución mientras que las medidas de seguridad una prevención” (Jiménez de Asúa, 1958, pág. 61)

La gravedad de la pena no evitara la reincidencia del autor pues no encaja con la pena pero si con las medias de seguridad, además se “toma como medida para la pena no la gravedad del juicio de culpabilidad, sino la peligrosidad social del autor en especial la probabilidad de reincidencia” (Welzen, 1987, pág. 332).

#### **2.4.4 LA PRESCRIPCIÓN DE LA PENA**

El origen de esta figura la encontramos en el parlamento de Paris, en el año de 1962, puesto que el parlamento francés establece que la pena prescribe en treinta años, de este hecho parte la revolucionaria legislación de dicho país, para incorporar en su legislación la prescripción de la pena en el año de 1791.

Dicha resolución no fue aceptada del todo puesto que se creía que atentaba a la Cosa Juzgada, además que era una forma de dejar en estado de indefensión a la sociedad frente al sujeto peligroso, pero el argumento a favor de la prescripción de la pena fue que se debía entender que “no se ejecuta la sanción, pero en ningún caso se la altera, se la extingue o se la niega” (Zavala Baquerizo, 1990, pág. 451).

También se debe tener en cuenta que uno de los objetivos de la pena es evitar la comisión del delito, y que la sanción tardía a esté sería de alguna forma perjudicial para el Estado ya que los ciudadanos que en el momento de la comisión del delito no estuvieron presentes, o se olvidaron de los hechos creerían que el Estado en vez de hacer justicia busca venganza, por cuanto “si transcurre un espacio de años después de la condena, su ejecución deja de servir de escarmiento para los demás” (Zavala Baquerizo, 1990, pág. 453) y genera un sentimiento de piedad.

Por todo lo establecido la mayoría de las sociedades acepta que la pena pueda prescribir, además no se debe olvidar que la pena tiene como finalidad la rehabilitación y reintegración social, por cuanto al no permitir que la pena prescriba se estaría contradiciendo los fines de la misma a más de eliminar Garantías propias de un Estado de Derechos, es por ello que el Ecuador admite esta figura pero no en todos los delitos puesto de los delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra,

genocidio, etcétera, la pena no prescribe, esto se refleja en el artículo 75 del Código Orgánico Integral Penal.

## **2.5 LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y LA PENA, COMPARACIÓN ENTRE EL CÓDIGO PENAL Y EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.**

### **2.5.1 LA PRESCRIPCIÓN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.**

En cuanto a los plazos de prescripción del ejercicio de la acción y la pena establecidos en el Código Penal y el Código Orgánico Integral Penal se puede observar:

En cuanto a la prescripción de la acción pública en delitos que aún no se ha iniciado enjuiciamiento:

<b>Artículo 101 CP</b>	<b>Artículo 417 COIP</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Para delitos reprimidos con reclusión prescriben en 10 años.</li> <li>- Los delitos reprimidos por reclusión mayor especial prescriben en 15 años.</li> <li>- Delitos reprimidos con prisión prescriben en 5 años</li> <li>- El tiempo inicia a partir de la fecha en que la infracción fue perpetrada.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El ejercicio público de la acción prescribe en el mismo tiempo del máximo de la pena según el tipo penal, constados a partir de la comisión del delito, pero en ningún caso la acción prescribirá en un tiempo inferior a cinco años</li> <li>- En el caso de contravenciones el ejercicio de la acción prescribe en tres meses contados desde que la infracción se comete.</li> </ul>

En cuanto a los dos artículos antes enunciados, se observa que en el Código Penal la prescripción del ejercicio de la acción variaba según como los delitos sean reprimidos, puesto que existe una clasificación de las penas entre prisión, reclusión, y reclusión mayor términos que el mismo código establece su definición en los artículos 51, 53,54.

- Se entiende por prisión los delitos reprimidos con penas de ocho días a cinco años.
- Reclusión mayor especial con penas de dieciséis a veinte y cinco años
- Reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años y de ocho a doce años.

Mientras que en el Código Orgánico Integral Penal no existe tal clasificación de las penas, por cuanto se establece, que el ejercicio de la acción depende únicamente del tipo penal, pues esta prescribirá en el mismo tiempo de la pena máxima.

En lo referente a la prescripción del ejercicio de la acción pública al haberse iniciado el proceso penal:

<b>Artículo 101 CP</b>	<b>Artículo 417 COIP</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- El ejercicio de la acción prescribe en los mismos plazos contados desde la fecha del auto cabeza del proceso.</li> <li>- Si el acusado se presenta de manera voluntaria a la justicia en el plazo de seis meses posteriores al inicio de la instrucción los plazos se reducen a diez años en los delitos reprimidos con reclusión mayor especial, ocho años en los delitos reprimidos con reclusión y cuatro años en los delitos reprimidos con prisión.</li> <li>- Estos plazos se contarán a partir de la fecha en que dio inicio la instrucción fiscal, no cabe en casos de reincidencia.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- De haberse iniciado el proceso penal el ejercicio de la acción pública, prescribe en el mismo tiempo del máximo de la pena de privación de libertad establecida en el tipo penal, contados desde la fecha en que se dio inicio a la instrucción fiscal, en ningún caso prescribirá en menos de cinco años.</li> <li>- En el caso de las contravenciones, la prescripción operará en el plazo de un año contado desde el inicio del procedimiento.</li> </ul>

En lo referente a la prescripción del ejercicio de la acción al haber ya iniciado un procedimiento penal como se observa el Código Penal establece los mismos plazos que se fijaron, para la prescripción de la acción al no iniciar un enjuiciamiento penal pero estos plazos disminuyen si el acusado de manera voluntaria se entrega a la justicia en un plazo de seis meses posteriores al haber dado inicio a la instrucción fiscal, siempre que no sea reincidencia, lo cual es suprimido por el Código Orgánico Integral Penal ya que este nada dice sobre el tema, únicamente establece que el ejercicio de la acción al haber iniciado un proceso penal prescribe en el mismo tiempo de la pena máxima establecida por el tipo penal.

Para los casos del ejercicio privado de la acción penal se establece:

<b>Artículo 101 CP</b>	<b>Artículo 417 COIP</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- En los delitos de acción privada, el ejercicio de la acción prescribe en ciento ochenta días contados desde que la infracción fue cometida.</li> <li>- Si se ha iniciado la acción y se ha citado al querellado antes del vencimiento de los ciento ochenta días, la acción prescribirá en dos años a partir de la fecha de citación</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El ejercicio privado de la acción prescribe en el plazo de seis meses contados a partir desde que el delito es cometido.</li> <li>- De haberse iniciado la acción el ejercicio de la acción prescribe al paso de dos años contados desde la fecha de citación del querellado</li> </ul>

En lo relativo a la prescripción de la acción privada no existen cambios pues ciento ochenta días equivalen a seis meses, esto si no se da inicio a la acción y si ya fue iniciada igual prescribe en dos años a partir de la citación del querellado.

También se debe hacer referencia, que en el Código Penal se habla sobre la prescripción del ejercicio de la acción por inoperancia de los jueces, secretarios u otro funcionario público relacionado, que por su negligencia hubiese operado la

prescripción en estos caso se les impone una multa pecuniaria y se deja a salvo la acción de daños y perjuicios.

En cuanto a la prescripción del ejercicio de la acción penal por delitos reprimidos con multas en el Código Penal desarrollaba este punto en el artículo 101 mientras que en el COIP lo divide en un artículo más en este caso el 418.

Lo que se debe hacer énfasis es también que en el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 417 se establece desde cuando corren los tiempos de prescripción en cuanto a delitos continuados y en caso de desaparición de personas.

### 2.5.2 LA PRESCRIPCION DE LA PENA.

<b>Artículo 107 CP</b>	<b>Artículo 75 COIP</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Las penas privativas de libertad por delitos prescriben en un tiempo igual de la condena, no pudiendo ser menor de seis meses.</li> <li>- La prescripción de la pena empezara a correr desde la media noche del día en que se ejecutorio la sentencia. Se exceptúan los casos en donde hubieran sido violadas las garantías Constitucionales.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Las penas restrictivas de libertad prescriben en el tiempo máximo de la pena privativa de libertad prevista en el tipo penal más el cincuenta por ciento.</li> <li>- Las penas no privativas de libertad prescriben en el tiempo máximo de la condena más el cincuenta por ciento.</li> <li>- La prescripción de la pena corre a partir del día en que la sentencia quedo ejecutoriada.</li> <li>- Las penas restrictivas de los delitos de propiedad prescriben en el mismo tiempo de las penas de privación de libertad o de las no privativas de libertad cuando sean impuestas en conjunto en los demás casos prescriben en cinco años.</li> </ul>

Como se establece en los artículos antes enunciados se observa que en el Código Orgánico Integral Penal se habla sobre penas privativas y no privativas de libertad que a diferencia del Código Penal solo se refiere a penas privativas. Pero existe un endurecimiento tal de los plazos de prescripción de la pena el COIP, puesto que estas inician a correr desde el día en que la sentencia quedo ejecutoriada pero tendrá que transcurrir el máximo de la pena del tipo penal más el cincuenta por ciento lo que claramente es más de la establecido en el Código Penal anterior.

### **3. VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD Y REINSERCIÓN**

#### **3.1. ENFOQUE CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD Y REINSERCIÓN Y SU VULNERACIÓN AL INCREMENTAR LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN, RASGOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.**

##### **3.1.1 DERECHO DE LIBERTAD.-**

Dentro de la carta de Derechos Civiles del Hombre, el derecho a la libertad es el más importante; por cuanto gracias a esté muchos otros derechos pueden ser ejecutados como el derecho a estudiar, transitar, de elegir una religión etcétera, pero hubo un tiempo en donde este derecho era exclusivo de quienes poseían poder, pues estos se creían dueños de otros seres humanos a quienes llamaban esclavos.

Que tan cruel puede el hombre llegar a ser, para creerse amos de otros, tratarlos como cosas y hasta mejor que los animales, bien dice Hobbes el “Hombre es el Lobo del Hombre”, nos destruimos entre nosotros mismos por poder.

Tanto así que el Propio Aristóteles en su obra Política al referirse a la libertad menciona que “El hombre libre debe hacer su voluntad, así como el esclavo debe someterse a la ajena” (Hilda, 2008), y no es, sino hasta el siglo XVIII cuando Jean-Jaques Rousseau en su discurso sobre la economía política, habla sobre la libertad, y menciona que no existe una libertad absoluta, puesto que si de existir la convivencia en la tierra fuera imposible, pues los unos matarían a los otros y así sucesivamente, es por ello que establece que, la libertad siempre estará ligada a la ley, a la que “considera la más sublime de las instituciones humanas, la que otorga al individuo la libertad” (Hilda, 2008), de esta manera un hombre es libre mientras no ejecute actos prohibidos por la norma.

De ello se establece además que un acto debe ser libre para que exista responsabilidad y que la libertad física únicamente puede prohibirse si existe orden judicial excepto en los casos flagrantes.

De lo establecido entonces se puede definir a la libertad como “un derecho sagrado e imprescriptible que todos los seres humanos poseen. La libertad es la facultad de obrar según su voluntad, respetando la ley y el derecho ajeno” (humanium.org, 2010), de igual forma Kant establece que la” libertad equivale a la autonomía de la voluntad” (Jurado, 2010) puesto que si esta no existiría no cabría hablar de responsabilidad. La libertad de una persona termina en donde inicia la de otra. El Diccionario de la Real Academia, establece que libertad es la "facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera u otra, y no obra, por, lo que es responsable de sus actos" (Diaz, 2008)

A partir de esta conceptualización se habla de una libertad colectiva, que no es más que la unión de varias personas y por ende la de varias voluntades que tienen un fin en común, mientras que, la libertad individual apunta a cada persona pues, a nadie se le puede obligar a hacer algo que no quiere y peor aún se puede inmiscuir en el interior de la misma.

La libertad individual es de carácter personal que no se puede transferir y mucho menos prescribir, dentro de esta libertad personal está, la libertad física aquella que permite a cada uno movilizarse y desarrollar una vida en sociedad. “En consecuencia, el derecho a la libertad personal, en su aspecto de libertad física, garantiza a su titular el no verse arbitraria o irrazonablemente privado de ésta, ni ser detenido o sometido a restricciones de la libertad en supuestos distintos a los previstos por la norma constitucional, la ley o los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos” (Diaz, 2008).

### **3.1.2 LA PRIVACION DE LA LIBERTAD Y LA REINSERCIÓN SOCIAL**

Para referirnos a estas dos figuras es necesario hacerlo de forma conjunta puesto que el segundo es la consecuencia del primero, ahora para poder entender el origen de estos conceptos debemos establecer que en un inicio la privación de la libertad era una medida cautelar, mientras se establecía la pena que debía cumplir, Ignacio Racca al citar a Levaggi quien establece que “la función primordial de la

cárcel hasta el siglo XIX fue la de guarda, custodia, depósito o “embargo de libertad” (Racca, 2008)

Pues se entendía como sanción a los latigazos, la tortura, la deshonra, la pérdida de la dignidad humana, por cuanto las penas que se establecían eran pecuniarias, o se imponían castigos físicos que podían llegar hasta la muerte, todo dependiendo del tipo de delito cometido.

Las penas eran impuestas por quien en ese momento ostentaba el poder, que de esa manera el soberano castigaba al delincuente, y, a la luz pública éste debía cumplir la pena que le haya sido impuesta.

Pues la libertad no era un derecho reconocido como inherente al ser humano, muchos creerían que la privación de la libertad es una figura antigua, pero al contrario esta tiene su origen conjuntamente con la revolución industrial esto entre 1820 y 1840, en donde la clase burguesa toma el poder y reemplaza a los monarcas todo esto con la entrada en vigencia del Pacto Social, puesto que el Estado argumentaba que el resguardo que éste, debía ofrecer a la sociedad era mediante la privación de libertad, la misma que se asemeja a lo que realizaban dentro de las empresas a la clase obrera o como Traverso establece al ser citado por Ignacio Racca “cuando las clases trabajadoras se volvieron “clases peligrosas” y los establecimientos penitenciarios comenzaron a llenarse con una población heterogénea, compuesta de figuras sociales refractarias a los nuevos modelos disciplinarios”, pues el Capitalismo el cual promueve este tipo de pena ya que en las cárceles se establecían estructuras autoritarias como en las fábricas y se imponían trabajos, que en muchos casos no tenían sentido como trasladar una piedra de un lado al otro y de nuevo regresarla al punto de partida esto sin ningún beneficio, pues lo que se intentaba no era más que castigar y reprender, la pena no se mide ya en azotes o torturas sino con tiempo lo cual produce riqueza.

Pero se debe establecer también que con este argumento de protección que afirmaba el Estado, abuso de su poder punitivo ya que no podemos olvidar los crímenes contra la humanidad que se cometieron como por ejemplo en el desarrollo de la segunda guerra mundial es así que se asemejaban a los criminales a las

enfermedades catastróficas, ya que se debe mantener en cuarentena a quienes la posean, por el bien de los demás ciudadanos deben ser separados y exterminados.

Foucault al ser mencionado por Luis Alfonso Rojas, establece que, por el delito cometido no debe sufrir el cuerpo sino el alma, es por ello que la prisión y con ello la privación de la libertad, debía dar un giro de 180 grados, puesto que se vio necesario proporcionar un fin a la privación de la libertad y de esa manera transformarla en una pena más humanitaria y de esa forma es tomada como una pena más útil.

Ya que se establecen también derechos a quien va a ser investigado o juzgado, además desaparece el poder del capitalismo, puesto que quien debe imponer una pena es una persona imparcial llamado Juez que se guiara según las leyes y las pruebas presentadas ante él, para poder de esa manera imponer una sanción si es el caso.

De esa manera la privación a la libertad si bien fue considerada la mejor manera de garantizar el bienestar de los ciudadanos que no han infringido la norma, esto solo debía durar por un tiempo establecido, pues así mismo, es tarea del Estado la rehabilitación del ciudadano que violento dicha norma.

Y de esa manera pueda ser una parte activa de la sociedad, de hecho en un inicio mientras las personas se encontraban privados de su libertad debían cumplir con los trabajos más duros de la época como la construcción de vías, más los grilletes y cadenas que cada uno debía llevar, luego esto se transforma y se intenta dar al reo una profesión, ya que maestros enseñaban su arte para que cuando llegado el momento de salir de prisión, quien en su tiempo infringió la norma posea una habilidad y pueda de esa manera reinsertarse en la sociedad pues este es el fin mismo de la pena.

De esta manera se instaura lo que hoy en día conocemos como la reinserción social ya que el tiempo equivale a la producción, y la utilidad de la privación de la libertad es evitar que el delito sea nuevamente consumado por el autor y como prioridad se establece la inserción del delincuente a la sociedad.

A esta figura se asemeja las llamadas “Casas de Trabajo”, ya que en la época del capitalismo como es debido lo que se busca es la producción de recursos económicos para ello, se debe Re educar, a aquellos que no poseen dichas bases educativas como los vagabundos, prostitutas y ladronzuelos, quienes no pudieron aprender las bases para ser productivos ya sea por las necesidades que en cada caso afrontaban o simplemente que la instrucción social no le fue suficiente.

Es así que este tipo de pena fue aceptada por casi todas las naciones, aunque muchas de ellas aún no han abolido las penas físicas pues la pena de muerte en muchas legislaciones es aceptada.

Ahora como en todo caso existen posturas sobre la reinserción social puesto que se establece que la privación de la libertad es contraria a la reinserción, pues como se puede enseñar a las personas a respetar normas de las cuales no desean ser partícipes o peor aún como se enseña a una persona a ser libre si está encerrado, pero también poseemos el lado opuesto de la moneda ya que si no se busca la reinserción con la privación de la libertad todo centro penitenciario no sería más que campos de concentración de criminales rechazados por la sociedad.

De esta manera entendemos que la privación de la libertad es la limitación a la movilidad que posee una persona, el Concepto emitido por la Sala Constitucional en la sentencia 6829-93, citada por Luis Alfonso Rojas, establece "La pena privativa de libertad consiste en la reclusión del condenado en un establecimiento penal (prisión, penitenciaria, centro de adaptación social) en el que permanece, en mayor o menor grado, privado de su libertad, y sometido a un determinado régimen de vida" (Rojas Rishor & Hernández Calderón, 2011)

En cuanto al tiempo que debe durar la restricción a la libertad va a depender de cada jurisdicción, pero se debe tener en cuenta que de igual manera esta limitación a la movilidad y a un tipo de vida, debe cumplir ciertos requisitos, los cuales constituyen el derecho al debido proceso que en nuestra legislación lo encontramos en el artículo 76 de la Constitución Ecuatoriana del 2008, además, en el mismo cuerpo normativo en el artículo 51 se establecen los derechos que protegen a quien se encuentra privado de la libertad, como el no ser aislados, incomunicados, o contar con los materiales y atención necesaria en sus actividades educativas, laborales,

productivas, culturales y demás actividades establecidos en el artículo antes mencionado que ayudaran a la rehabilitación del mismo.

### **3.1.3 LA LIBERTAD COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL**

Miguel de Cervantes Saavedra dijo "La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierran la tierra y el mar: por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida." (Granja, 2009)

Justiniano define a la libertad como "la facultad natural de hacer cada uno lo que quiere, salvo impedírselo la fuerza o el Derecho" (enciclopedia-juridica.biz14.com, 2010) y como en líneas anteriores se establece que la Libertad es un derecho inherente al ser humano y el más importante del Catálogo de los Derechos Civiles.

Dentro de un Estado Constitucional, el derecho a la libertad es el pilar base sobre el cual se ejercen más derechos como el de elegir una religión, etnia, cultura, y de más derechos que se ejercen a través de la libertad.

Por tal el derecho a la libertad se constituye en una Garantía Constitucional, pues es deber del Estado procurar y garantizar la libertad tanto colectiva como individual de las personas.

La Constitución Ecuatoriana del 2008, de igual manera garantiza el derecho de Libertad de todos sus ciudadanos, pero no únicamente su libertad motora, sino también su libertad de expresión, asociación, de elección de religión, etnia, cultura, propiedad y servicios y en particular otorga un capítulo a los derechos de libertad, este es el capítulo VI artículo 66, y en donde hare énfasis al numeral 14 inciso primero en el cual se establece:

“El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente”

Pues determina la libertad motora que poseemos los Ecuatorianos y lo que va de la mano con algunos Tratados internacionales como lo son los artículos 3 y 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 13 del Pacto de San José, el artículo 7 de la Convención Americana, artículos 9 y 11 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU,

Al ser la libertad una garantía se establece también que la limitación a la libertad personal debe estar claramente establecida en la norma, pues no se puede privar de la libertad, sino únicamente por lo que se encuentra establecido y de la manera, en cómo fue determinado en la ley lo cual se contempla en el artículo 77 de la Constitución Ecuatoriana, puesto que en todo procedimiento penal en donde se prive a una persona de su libertad se debe observar garantías básicas que el Estado debe respetar y hacer respetar como por ejemplo los siguientes derechos:

- La privación de libertad procede únicamente por orden escrita del juez competente a excepción de los delitos flagrantes.
- Todos poseen el derecho a ser informados sobre la razón de su detención.
- Derecho a permanecer callado.
- Nadie podrá ser forzado a declarar

De igual manera esto guarda relación con el Código Orgánico Integral Penal, puesto que en el artículo 6 se establece las Garantías de las personas en caso de privación de la libertad, y que dicha pena se cumplirá en los establecimientos legalmente establecidos por cuanto se prohíbe toda privación de libertad en centros no autorizados esto según el artículo 11 del mismo cuerpo legal y en forma amplia en el siguiente artículo del mismo cuerpo normativo se establecen los derechos y garantías de los privados de la libertad De esta forma se establece que el Derecho a la Libertad está plenamente contemplado dentro de la Constitución Ecuatoriana y que la misma va de la mano con el Código Orgánico Integral Penal.

### **3.1.4 LA REINSERCIÓN COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL**

“La socialización refiere al proceso mediante el cual un individuo se transforma en parte de una comunidad o grupo social. La **resocialización** implica una especie de segunda socialización (**socialización secundaria**); en el sentido que

involucra la internalización de una cultura o sub-cultura diferente a la primera” (Sargiotti Pieretto, 2008)

Como se ha establecido la resocialización es la función principal de la privación de la libertad a más de ser la forma en cómo se transforma a la prisión en una pena más humana, para de esa manera otorgar al criminal una segunda oportunidad para que pueda acoplarse a la sociedad.

Es así que es un Derecho reconocido tanto en la Constitución Ecuatoriana como en los tratados internacionales y el Código Integral Penal, de esta forma en la sección décimo tercera de la Constitución Ecuatoriana se establece el Derecho a la Reinserción Social se establece que es deber del Estado garantizar la protección y la rehabilitación integral para que puedan desarrollar sus capacidades y puedan ejercer un papel activo dentro de la sociedad. Estas finalidades se deben ejecutar mediante organismos técnicos eficaces y especializados para que sus políticas sean eficaces. (arts. 201,202 Constitución Ecuatoriana 2008)

De igual forma las directrices a las cuales se debe regir son: (art 203 Constitución Ecuatoriana 2008) (Constitución Política de la República del Ecuador , 2008, pág. 54)

- Solamente podrán estar en centros penitenciarios quienes estén privados de la libertad.
- Son centros de rehabilitación social los autorizados para mantener a personas privadas de su libertad como los cuarteles militares, de policía, y los creados específicamente para dicha función.
- Se deben promover planes educativos que ayuden a que las personas exploren sus capacidades laborales, educativas, artesanales, etc.
- Dentro de los centros de rehabilitación se deben garantizar los derechos de las personas internadas, se debe instaurar medidas de acción afirmativas, para proteger los derechos de aquellas personas que forman un grupo de ayuda prioritaria.

Dentro del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su parte tercera artículo 10.3 se establece “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los

penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica”

De igual manera en el Código Orgánico Integral Penal se establece las formas de desarrollo del derecho de rehabilitación puesto que se incrementa un Sistema Nacional de Rehabilitación Social el cual tiene como finalidad (art. 673 COIP) (justicia.gob.ec, 2014, pág. 193)

- Resguardar los derechos de las personas privadas de libertad.
- Desarrollar sus capacidades con el fin de que puedan ejercer sus derechos y cumplir con sus responsabilidades.
- La rehabilitación integral de las personas privadas de la libertad
- La reinserción social y económica
- También se instaura un régimen general de rehabilitación social, el cual está conformado por las siguientes fases: (art 692 COIP) (justicia.gob.ec, 2014, pág. 193)
- **Información y Diagnostico de la Persona Privada de la Libertad**, esta fase consiste en la recopilación de información de la persona privada de su libertad, esto con el fin de valorar, clasificar, y ubicar a la persona para así instruir de forma individualizada, la manera en cómo debe cumplir la pena impuesta y de esa manera orientar a la persona en cómo debe llevar su vida dentro del centro de rehabilitación y fuera del mismo.
- **Desarrollo integral Personalizado:** Dentro de esta fase se evalúa los distintos programas psicológicos, familiares, laborales y demás que se hayan creído necesarios para el cumplimiento del plan individualizado del cumplimiento de la pena.
- **Inclusión Social:** en esta fase, se verifica si previo a cumplir si plan individual de cumplimiento de la pena, se cumplieron con todos los requisitos y normas disciplinarias, para que de forma progresiva la persona privada de la libertad se integre a la sociedad.
- **Apoyo a Liberados:** Esta fase consiste en realizar una serie de actos para facilitar la inclusión social de quien estuvo privado de su libertad tanto en el campo social y familiar.

### **3.1.5 VULNERACION DEL DERECHO A LA LIBERTAD Y REINSERCIÓN AL INCREMENTAR LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y LA PENA, RASGOS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.-**

Se debe recordar que Jakobs en su Teoría del Derecho penal del Enemigo, establece que aquel individuo que por sus convicciones y creencias no desea pertenecer o ser parte de la sociedad, no merece que se lo llamen ciudadano y peor aún ser tratado como tal, por cuanto se elimina todo derecho y garantía constitucional. Los elementos que rigen al Derecho Penal del Enemigo hacen referencia a la Supresión de Garantías Constitucionales, al endurecimiento de Penas y el adelantamiento de la Punibilidad.

Si la libertad consiste en la garantía más preciada para el hombre, y sus formas de restricción deben estar establecidas en la norma, el adelantamiento de la Punibilidad que recoge el derecho Penal del Enemigo, vulnera de manera inmediata el Derecho a la libertad y no solo hablo de una libertad física, sino también de una libertad de pensamiento, ya que el Derecho Penal del Enemigo, rompe con el principio del Derecho Penal de Acto, ya que se inmiscuye en la esfera del pensamiento del individuo por cuanto obliga al Estado a actuar antes que el delito se consuma. Pero en que plano queda la Libertad que se dijo era inherente al ser humano y que se la garantizaba tanto en Instrumentos Internacionales como en la Constitución de cada Estado.

Si hacemos referencia a la legislación ecuatoriana, al cambiar el Código Penal, por el Código Orgánico Integral Penal en su parte pertinente, se elevó los plazos para que prescriba tanto la acción como de la pena, lo cual transgrede el derecho de reinserción y de libertad de los ciudadanos, ya que se está endureciendo la pena, lo cual es un elemento del Derecho Penal del Enemigo, es inconstitucional puesto que el Estado Ecuatoriano asegura que todo ser humano es libre desde su nacimiento, y que es obligación del Estado reinsertar a la sociedad a quien cometió un delito, para que de esa manera sea parte activa de la misma.

Pero al momento de incrementar los tiempos de prescripción, el Estado no permite que el ex recluso se reintegre a la sociedad y mucho menos le permite ser libre, puesto que con el argumento de necesidad de que las penas se deben cumplir, reprimen aún más al reo y la esperanza de prescripción tanto de la acción como la pena se ve mucho más distante y hasta se podría creer que se trata de separarlos de la sociedad, tal vez porque se cree que mientras más tiempo pasen encerrados se libera a la sociedad de un ser no productivo y dañino, además para quienes están en el exterior infunden temor en cuanto a la rigidez de la norma y creen que de esa manera evitarán que otros actúen de forma ilegal.

Ahora bien, si el mismo Código Orgánico Integral Penal en el artículo 8 establece que se debe considerar las necesidades y estimular la voluntad del Reo para que viva conforme a la norma, al incrementar los plazos no se está obedeciendo este principio puesto que lo único que se pretende hacer es mantener al reo dentro de la prisión y así el Estado abandona su rol de garante y actúa según la ley del más fuerte.

Lo cual no hace que la persona trate de cambiar sus convicciones puesto que es contra productiva, ya que no tienen ya nada que perder, para que tratar de reconducir la voluntad si de igual manera no le darán la oportunidad de reinsertarse a la sociedad y si logra cumplir los tiempos ahora establecidos, dicha persona saldrá del centro carcelario cuando gran parte de su vida este culminada ya que el tiempo no se recobra.

Y no intereso al legislativo que en la Constitución se Establezca que el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos establecidos en dicho cuerpo normativo los cuales se desarrollan de manera progresiva y es así que “cualquier forma de acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe, o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos” (Constitución Ecuatoriana, 2008) será inconstitucional

Es así que al entrar en vigencia el Código Orgánico Integral Penal, en cuanto a plazos de prescripción de la acción y la pena nos referimos vulneramos los derechos de libertad y reinsertión, se retrocedió en cuanto al avance de la norma, ya que es más rígida y severa, lo cual no compagina con un Estado Constitucional de Derechos y

Justicia, pues el Estado persigue al delincuente hasta cuando ya la misma sociedad olvido lo sucedido, abandona su calidad de Garante y olvida que todos somos ciudadanos y poseemos tanto una igualdad formal, material, y el derecho a no ser discriminados.

### **3.2. TRANSGRESIÓN AL ESTATUS DE PERSONA AL MOMENTO DE ACRECENTAR LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y LA PENA.**

En cuanto al estatus de persona se debe establecer que ciertas doctrinas establecen que todos los hombres son humanos y personas son todas aquellas que tienen la capacidad de raciocinio para Kant “persona humana es como sustancia individual de naturaleza racional” (acfilosofia.org, 2012), por cuanto deja abierta la posibilidad de establecer que un ser humano, puede no ser persona, por el hecho de no tener capacidad de raciocinio como por ejemplo el incapaz que no puede gobernarse por sí mismo ya sea por problemas mentales o porque aún no cumple con la edad necesaria para tomar sus propias decisiones, todo esto en el ámbito filosófico, puesto que el concepto que en realidad nos interesa es el concepto jurídico de persona.

En el artículo cuarenta y uno del Código Civil Ecuatoriano, se establece que “son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición” (Código Civil Ecuatoriano, 2008), de esta manera se establece que persona es todo ser humano que tiene capacidad de razonamiento, puesto que de esa manera es sujeto tanto de derechos como obligaciones. Se establece también que quien “tiene capacidad de poseer derechos tiene personalidad y la personalidad es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones” (Capece, 2012)

De acuerdo a la ley, la persona inicia desde su nacimiento, pero no solamente ello sino que para ser considerado persona debe estar separado completamente de su madre, puesto que si fallece en el vientre materno o antes de la separación para la ley este jamás habrá existido, esto según el artículo 60 del Código Civil Ecuatoriano “El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es

separada completamente de su madre...” es entonces desde ese momento en el cual puede adquirir derechos y obligaciones.

Al considerarse personas a todos los individuos de la especie humana, establecemos entonces que todos deben ser considerados ciudadanos, puesto que es una característica intrínseca en el estatus de persona.

Por el hecho de ser considerados personas el Derecho nos cubre con un sin número de derechos y obligaciones, uno de esos derechos es el ser ciudadanos pero para Günther Jakobs, el Derecho Penal como habíamos mencionado antes se subdivide en Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo, que hace referencia a aquellos que no desean formar parte de la sociedad y por ello vulneran y rechazan el ordenamiento jurídico existente, más aun se los llama enemigos, y no merecen ser tratados como personas, por ende no es necesario seguir el procedimiento legal establecido en el Derecho Penal del Ciudadano.

Es mediante este razonamiento que Jakobs trata de evitar llamar personas a quienes no comparten y respetan el ordenamiento jurídico existente, es de esa manera como se trata de quitar al ser humano su estatus de persona, pues se establece que “el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente. Más aún los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado que tome las medidas adecuadas, es decir, tienen un derecho a la seguridad”

Por cuanto según lo que Jakobs manifiesta que el Derecho Penal del Ciudadano es apto para las persona, aquellos que si bien pueden cometer un acto anti jurídico no lo hacen con bases a principios, mientras que aquellos que de forma persistente delinquen y atacan el ordenamiento jurídico no merecen ser protegidos por el Derecho penal del Ciudadano, como se puede proteger a quien no desea ser protegido y mucho menos ser parte de la sociedad, para ellos está el Derecho Penal del Enemigo el cual arranca al ser humano su estatus de persona, convirtiéndolo en un individuo sin derechos, que debe ser tratado como la escoria que es, y por ello se lo aleja de la sociedad, se le impone penas privativas de libertad excesivas se le niega el derecho de ser reinsertado a la sociedad.

“Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aun como persona, sino que el Estado

no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas” (Gunther & Melia, Derecho Penal del Enemigo, 2003, pág. 32)

Entendiendo este punto de protección por llamarlo así en cuanto al derecho penal del enemigo es necesario establecer que la Constitución Política del Ecuador en el artículo seis, inciso primero establece que “Todas las ecuatorianas y ecuatorianos son ciudadanos y gozan de los derechos establecidos en la Constitución” (Constitución Ecuatoriana, 2008). Por cuanto se deja en claro que el Ecuador no reconoce un Derecho Penal del Enemigo.

Pero la interrogante se establece cuando en el año 2014 entra en vigencia, el Código Integral Penal, en el cual se endurecen los tiempos de prescripción tanto de la acción como de la pena. “El sistema penal tiene que llegar al término medio para evitar que en la sociedad se toleren injusticias y procurar que exista algo parecido a la paz social en el combate a la delincuencia” (justicia.gob.ec, 2014)

Al criterio citado se compagina con lo que pide la constitución en su artículo 76 numeral 6 al mencionar la proporcionalidad entre los delitos y las penas establecidas, pues es necesario establecer un punto medio.

Pero a nuestro criterio, al incrementar los términos de prescripción de la acción y la pena, no existe un punto medio que proteger, sino únicamente se refleja un abuso del poder punitivo, se transforma en letra muerta los derechos y garantías constitucionales pues si establecimos que la Privación de la Libertad posee un fin y es la Reinserción Social, por más sistemas de rehabilitación que se formen, ninguno garantizara resultados.

Pues la norma al incrementar los plazos de prescripción solo pretende que el delincuente este más tiempo separado de la sociedad, y de esa manera estará controlado, se le niega una segunda oportunidad, se le niega a la persona la posibilidad de desarrollar sus capacidades laborales y familiares, puesto que el alargamiento de los tiempos desanima, y hasta lo vuelve contra productivo, pues así el reo no le interesa el cambio ya para que, si no tiene nada más que perder, si la esperanza de libertad esta tan lejana.

Su estatus de persona se ve trastocado, pues lo único que refleja el Estado al incrementar los plazos de prescripción de la acción y la pena es que quiere tener a aquel individuo lejos de las personas activas, lo mismo que establecía Jakobs en su Derecho Penal del Enemigo.

### **3.3. LA ENMIENDA DEL DELINCUENTE Y LA REINSERCIÓN A LA SOCIEDAD AL AUMENTAR LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y LA PENA.**

Muchos criterios rodean esta figura pues hay quienes manifiestan que la persona al estar recluido, sin ningún tipo de libertad es imposible que enmiende su actuar o inconformidad con la norma, que nada se puede solucionar mientras se mantenga enjaulado aun ser, más o menos compagina con lo que establece la justicia Indígena que plenamente está reconocida en la Constitución Ecuatoriana en el artículo 171, la cual consiste en la imposición de castigos físicos, pues ellos manifiestan que es más humano el castigo, antes que el encierro y de esa forma también evitan que otros comuneros cometan actos antijurídicos.

Otros criterios establecen, que la reinserción social es útil, pues es la manera en cómo se brinda a la privación de la libertad una finalidad y es dar una segunda oportunidad a quien infringió el ordenamiento Jurídico y sobre todo lo que se busca es disminuir los niveles de reincidencia.

La Reinserción Social es un programa que debe estar conformado por personas capacitadas que justamente ayuden al Reo de forma individualizada a aceptar su responsabilidad y a partir de ello aceptar su sentencia para que de esa manera con el transcurso de la misma, reflexione y vaya tomando conciencia de sus actos en si es un trabajo exhaustivo que debe ir cumpliéndose en etapas.

“Es un proceso sistemático basado en pruebas, por el cual se actúa para trabajar con el delincuente, sea como prisionero o ya en libertad, de modo que las comunidades queden mejor protegidas del daño y se reduzca significativamente la re-delincuencia. Incluye la totalidad del trabajo con los prisioneros, sus familias y convivientes, en asociación con organizaciones reglamentarias y voluntarias” (unodc.org, 2013).

Es importante que durante la etapa de reinserción exista la participación de la familia y personas cercanas a éste, además se debe tener en cuenta que los programas de reinserción no solamente deben trabajar con el reo y sus familiares sino también con la sociedad misma ya que esta debe aprender a brindar oportunidades labores a quienes hayan recobrado su libertad.

Esto es de vital importancia para la enmienda del delincuente puesto que si no existe ayuda moral es probable que nuevamente empiecen a delinquir y de ello se obtiene la importancia de los programas de reinserción que deben brindar ayuda aun cuando la persona hubiese recobrado su libertad.

Por lo establecido se concluye que la rehabilitación del delincuente depende de toda la sociedad, y el Estado debe otorgar las facilidades del caso para lograr dicho objetivo, como se estableció ya la reinserción social constituye una garantía, la misma que está plenamente reconocida en la Constitución ecuatoriana .

Pero en donde queda la oportunidad de Reinserción social al momento de incrementar los plazos de prescripción de la acción y la pena, en nuestra opinión el Estado abusa nuevamente de su poder y deja de ser garante para transformarse en un perseguidor ya que impide que la sociedad perdone el daño y acepte la reinserción del delincuente.

Y esto se puede tomar como un rasgo del Derecho Penal del Enemigo ya que lo único que busca es separar de la sociedad al individuo que cometió un acto antijurídico, con el argumento que no puede ser tratado como persona, por cuanto no merece ningún tipo de protección.

Al incrementar los plazos de prescripción el Estado no permite que el delincuente demuestre a la sociedad que durante el tiempo en que estuvo recluido, pudo desarrollar sus capacidades y ser capaz de obtener el perdón de la misma demostrando ser una persona activa para la sociedad por cuanto concluimos que “en principio, un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del Derecho también al criminal y ello por una doble razón: por un lado el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad y para ello debe mantener su estatus como persona como ciudadanos, por otro el delincuente debe proceder a la reparación” (Gunther & Melia, Derecho Penal del Enemigo pagina , 2003, pág. 28).

## **CONCLUSIONES:**

### **1. LO QUE SE ENTIENDE POR DERECHO PENAL COMUN Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.-**

Günther Jakobs, trata de “describir dos polos de un solo mundo o de mostrar dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico” (Gunther & Melia, 2003, pág. 22) , ya que insiste en un derecho penal del ciudadano y un derecho penal del enemigo, ahora bien en cuanto a la primera concepción Derecho Penal del Ciudadano explica, que es el derecho penal común, en donde todos somos tratados como personas, y se nos atribuye tanto derechos como obligaciones inmersas a esta cualidad, como el hecho de obedecer al Debido Proceso en una causa penal

El derecho penal común es aquel que rige para aquellas personas que han cometido un ilícito pero que no ha sido nada estructurado o carente de principios, pues este Derecho Penal es de acto se penaliza cuando el hecho antijurídico ha sido ejecutado y a causado daño en el medio exterior.

Mientras que el derecho penal del enemigo, busca interceptar al enemigo antes de que actué, por ello directamente se lo incrimina, se le incomunica, se le establece penas desproporcionadas al delito sin tener en cuenta Garantías Judiciales propias de las personas.

Los derechos son innatos al ser humano esto por el Status de persona, que el Derecho Penal del Enemigo trata de arbitrariamente arrebatar a quien ejecute un acto antijurídico, pues establece que es un enemigo por tanto carece de las garantías básicas del debido proceso, se establece también que no es un derecho de acto sino más bien de hecho pues se imputa un delito aun cuando este no se haya exteriorizado, en este caso en donde queda la Constitución y los derechos en ella amparada o simplemente porque al llamado enemigo no se le permite olvidar y permitir una reinserción en la sociedad.

## **2. IMPROCEDENCIA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.-**

Como se pudo establecer en el desarrollo del presente Trabajo, para Jakobs el Derecho Penal del Enemigo; es la solución que él brinda al mundo en cuanto aquellos individuos que por su ideología y principio transgrede la norma vigente; pues para que molestarse en brindar derechos a quienes no los desean.

El Estado debe procurar el bienestar y el derecho a la seguridad de la sociedad y que mejor manera de hacerlo, al excluir y segregar sin derecho alguno a quienes violentan el ordenamiento jurídico, no poseen un estatus de persona son simples individuos dañinos, enemigos de la sociedad o como dice Carl Schmitt citado por Raúl Zaffaroni un “hostil que carece de derechos en absoluto” (Zaffaroni, 2008, pág. 2)y que no merecen consideración alguna.

Pero porque razón Jakobs elimina el status de persona, pues como se ha revisado en páginas anteriores esta calidad trae consigo el concepto de ciudadano, de ahí que divide al derecho penal, en común y derecho penal de los enemigos, ¿quién le concedió a Gunther Jakobs la potestad de eliminar el status de persona? Ya que elimina todo derecho que las normas brindan a sus ciudadanos pues los enemigos no merecen ser contratados como tal.

Aseveración que transgrede los Derechos Humanos y en el caso del Ecuador la misma Constitución ya que es inadecuada, frente al Derecho Penal del Enemigo, dichos individuos se mantendrán calmados y bajo vigilancia únicamente cuando estén encerrados de por vida, y el Estado no será más garante sino vengador.

Siendo de esa manera una trasgresión directa a los Derechos Humanos, puesto que al momento de que los seres humanos aceptamos vivir dentro de una sociedad aunque cedamos parte de nuestros derechos naturales, se les hace entrega a un Estado que debe ser capaz de vigilar y cuidar a la totalidad de los ciudadanos o por lo menos intentarlo estableciendo Garantías pertinentes que obliguen a que los derechos establecidos tanto en los pactos Internacionales como en la Constitución sean respetados.

De ahí que el Derecho Penal del Enemigo es Improcedente, pues el estatus de persona está implícito en el de Ser Humano y por ende en el de Ciudadano, nadie

posee la atribución de establecer quien es persona y quien no, todos los humanos somos personas e iguales ante la ley.

Al aplicar la teoría de Jakobs, el Estado abandonaría su rol de Garante, y retrocederíamos en el tiempo hacia un estado natural porque cada persona buscaría en cuidarse como pueda ya que sería atribución del Estado establecer que se considera una violación grave al ordenamiento jurídico y de poco a poco los límites de lo considerado legal o ilegal se expondrán y de una u otra forma se eliminaría el estatus de persona de todo Ser Humano y sería letra muerta los Tratados Internacionales y la Normativa Establecida en cada Estado.

### **3. VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD Y REINSERCIÓN SOCIAL.-**

Tanto el Derecho de Libertad como el de Reinserción compaginan, pues la libertad es el derecho más importante del catálogo de derechos civiles y políticos y sobre todo del Ser Humano, ya que es la única manera en como una persona se puede desarrollar en el entorno social, el hecho de huir y ocultarse aunque no esté dentro de una prisión como tal no es libertad, y peor aún, se puede ser parte activa de la sociedad, si le debo y aun no enmiendo el error.

Al tratar de aplicar el Derecho Penal del Enemigo estos dos derechos se ven afectados, pues la sugerencia de dicha teoría es incrementar los plazos de las penas, lo cual implicaría que las prisiones son el medio adecuado para mantener excluidos de la sociedad a quienes violentaron la norma.

Por cuanto se les niega el derecho de Libertad y olvida el fin mismo de la pena que es la reinserción social, ya que todos merecemos una segunda oportunidad, o por lo menos fue esa la intención de la pena.

El fin del Derecho Penal del Enemigo es separar a dichos individuos de la sociedad, como si fueren seres extraños a esta, El llamado enemigo posee “un comportamiento desarrollado con base, en reglas en lugar de una conducta espontánea e impulsiva” (Gunther & Melia, Derecho Penal del Enemigo página , 2003, pág. 6), es por ello que no se lo puede tratar como persona ya que de innumerables formas violenta el ordenamiento jurídico, al que se supone debe

respetar y acogerse desde el momento en que decidió abandonar su estado natural absolutista y ceder parte de sus derechos para formar parte de un Estado.

Olvida que el Derecho Penal es de última ratio y aunque la persona que esté siendo juzgada por este haya sido una escoria, merece arreglar su situación ante la sociedad y tienen derecho a Reinsertarse en ella.

Para ello la pena establecida para cada tipo de injusto debe tener un plazo determinado, para que de esa manera el reo recupere su Libertad y con ella el Derecho a Reinsertarse a la Sociedad y ser parte activa de la misma.

#### **4. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y LA PENA UNA LIMITACION AL PODER PUNITIVO DEL ESTADO.**

Si bien todo el aparataje penal inicia con una acción, se debe entender que, no toda acción importa al derecho penal sino únicamente aquellas acciones provenientes de un humano, con voluntad y capacidad, a mas que, dicha acción debe ser típica, antijurídica y culpable, elementos básicos de la teoría del delito.

Es decir para que, exista un proceso penal debe existir una acción, y que el monopolio de está, la posee el fiscal según lo establece la Constitución del Ecuador de 2008 en su artículo 195.

Pero que busca el proceso penal, para Roxin el proceso penal es complejo pues se busca "la condena del culpable, la protección del inocente, la formalidad del procedimiento alejada de toda arbitrariedad y la estabilidad jurídica de la decisión" (Franco Loor, 2009),

La condena del culpable hace referencia a la pena, que no es más que la consecuencia "lógica del delito y consiste en la privación o restricción de ciertos derechos del trasgresor". (estudiosjuridicos.wordpress.com, 2010)

Ahora bien si el proceso penal inicia con la acción y uno de sus fines es la pena, pueden estas dos figuras prescribir, es decir es posible que el derecho de perseguir que posee el Estado se extinga por el transcurso del tiempo y que la pena misma se suprima.

Según el artículo 80 de la Constitución Ecuatoriana son imprescriptibles los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado, por lo tanto todos los demás delitos que no estén dentro de esta categoría son prescriptibles.

Por cuanto la prescripción de la acción es un impedimento, una limitación al poder punitivo del Estado y la prescripción de la pena, al igual que la anterior impide que el culpable sea recluido en un centro de privación de libertad, todo esto por el transcurso del tiempo.

Si bien esto a primera vista parecería ser injusto, se debe recordar que todas las personas somos iguales ante la ley, que al momento en que una persona se encuentra recluida en un centro penitenciario o están siendo perseguidos para que cumplan una condena aunque no estén recluidos, muchos de ellos están huyendo u ocultándose por cuanto no pueden desarrollarse plenamente dentro de la sociedad, y por gracia del transcurso del tiempo, aquellas personas obtienen una segunda oportunidad, para resarcir errores y en rectar su camino, pues es un derecho que poseemos los humanos por el status de persona.

Derecho que está reconocido en tratados internacionales como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 10 numeral 3 y como establece Mesías Mestaza Solano “Debo entender que el inexorable transcurso del tiempo es el borrador de pasiones. Mientras más años dure un proceso penal, menos serán los años de vida del ser humano. Entonces diré que la prescripción de la acción penal tiene como finalidad eliminar la incertidumbre y retomar el sendero de la paz social” (Mestanza Solano, 2016).

## **5.- NECESIDAD DE DISMINUIR LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y LA PENA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.**

Las personas poseemos el derecho a un juicio rápido que tenga una duración razonable, una actuación oportuna y efectiva del sistema, dentro de nuestra normativa encontramos plazos de prescripción de la pena y la acción esto en los artículos 75 y 417 del COIP, mas sin embargo lo que provoca reacción es una comparación de estos tiempos con el Código Penal anterior, por qué razón en vez de disminuir los plazos de prescripción ahora van en aumento.

Por cuanto Concluimos que dicho endurecimiento de los plazos de prescripción de la acción y la pena, vulneran de forma directa los derechos de Libertad y de Reinserción Social, derechos intrínsecos al estatus de persona, ya que no es posible que el Estado abandone su posición de garante y actúe como un perseguidor para tratar a sus propios ciudadanos como enemigos.

Al ampliar los plazos de prescripción, con el único argumento de necesidad de cumplir con las sentencias, se vulnera los derechos de los Reos, que si bien deben ser privados de su libertad como resultado de su actuar, también tienen derecho a un nuevo inicio como parte activa de la sociedad.

Si en la parte motiva del Código Orgánico Integral Penal, se establece la necesidad de derogar el Código Penal, por cuanto sus tipos penales y su forma de ejecución no son pertinentes para la época actual, porque retroceden al progreso al tratar de aislar de la sociedad a aquellos que cometieron un delito, ¿acaso no merecen ser tratados como ciudadanos, porque se prefiere mantenerlos recluidos antes de resocializarlos?

Por estos cuestionamientos se concluye la necesidad de disminuir los plazos de prescripción de la acción y la pena, pues los tiempos establecidos en los artículos antes mencionados del COIP vulneran los derechos de los ciudadanos sobre todo el Derecho a la Libertad y la Reinserción social, lo cual no se puede tolerar dentro de un Estado Constitucional de Derechos y Garantías como lo es el Ecuador o por lo menos eso es lo que se establece en el artículo primero de la Constitución Política del País.

## BIBLIOGRAFÍA

- Hobbes , T. (2012). *Leviatán* . Obtenido de <http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/749.pdf>
- Rousseau, J. J. (1972). *Contrato Social* . Madrid España: Talleres tipográficos de la Editorial Espasa Calpe.
- Constitución Política de la República del Ecuador* . (2008). Quito, Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones.
- Acfilosofia.org. (2012). *SER HUMANO Y PERSONA*. Obtenido de <https://www.acfilosofia.org/materialesmn/filosofia-y-ciudadania-3013/el-ser-humano-persona-y-sociedad/182-ser-humano-y-persona+>
- Albán, J. P. (2013). *Sobre la imprescriptibilidad de la acción penal en casos de graves violaciones a los DDHH, obtenido de -en-casos-de-graves-viola*. Obtenido de <https://prohomine.wordpress.com/2013/10/26/sobre-la-imprescriptibilidad-de-la-accion-penal-encastro,2013>,
- Alcócer Povis, E. (2008). *El Derecho Penal del Enemigo Realización de una opción político criminal o de una criminal política de Estado*. España: Universidad Pompeu Fabra .
- Andino , M. (2010). El nuevo código Orgánico Integral Penal cambiara la historia jurídica del Ecuador . págs. <http://www.asambleanacional.gob.ec/kichwa/noticia/15073-el-nuevo-codigo-integral-penal-cambiara-la-historia>.
- Andino Mauro. (2013). *El nuevo código Orgánico Integral Penal cambiara la historia jurídica del Ecuador*. Obtenido de [http://www.asambleanacional.gob.ec/kichwa/noticia/15073-el-nuevo-codigo-integral-penal-cambiara-la Historia](http://www.asambleanacional.gob.ec/kichwa/noticia/15073-el-nuevo-codigo-integral-penal-cambiara-la-Historia)
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis s.a.

- Cabanellas, G. (s.f.). *Diccionario Juridico elemental*. Obtenido de <https://es.slideshare.net/YuhryGndara/diccionario-juridicoelementalguillermocabanellas>
- Cabrera, X. (2012). *CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE EL DENOMINADO DERECHO PENAL DEL ENEMIGO*. Obtenido de <http://www.eumed.net/rev/cccss/20/xcc2.html>
- Capece, P. (2012). *Concepto Juridico de Persona*. Obtenido de <https://es.slideshare.net/PatricioCapecePintado/concepto-juridico-de-persona-13051029>
- Código Civil Ecuatoriano. (2008). *Código Civil Ecuatoriano*. Quito : Corporación de estudios y publicaciones.
- Constitución Ecuatoriana. (2008). *Constitución Ecuatoriana*. Quito: Grupo Editorial.
- Contreras, S. (2010). *Ferrajoli y los derechos fundamentales*. Quito: Universidad de los Andes.
- Diaz, F. (2008). *El derecho fundamental de la libertad*. Obtenido de <http://www.monografias.com/trabajos91/derecho-fundamental-libertad/derecho-fundamental-libertad.shtml>
- Donna , E. A. (2008). *Derecho Penal Parte General* . Buenos Aires, Argentina: Editores Rubinzal culzoni.
- elmercurio.com.ec. (17 de Junio de 2017). *Nuevo Código Penal entra a regir en medio de críticas*, págs. 1-2.
- enciclopedia-juridica.biz14.com. (2010). *Enciclopedia jurídica*. Obtenido de <http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/libertad/libertad.htm>
- estudiosjuridicos.wordpress.com. (2010). *LA PENA*. Obtenido de <https://estudiosjuridicos.wordpress.com/derecho-penal/la-pena/>
- Flores, et al. (2006). *Derecho Penal del Enemigo*. Obtenido de [http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/trabajo\\_de\\_investigacion/2006/DERECHO\\_PENAL\\_ENEMIGO.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/trabajo_de_investigacion/2006/DERECHO_PENAL_ENEMIGO.pdf)

- Foucault, M. (1978). *Vigilar y Castigar*. Mexico: Editoriales, sa.
- Franco Loor, E. J. (2009). *Importancia de la Acción penal pública en el Derecho Procesal Penal*. Obtenido de <http://www.monografias.com/trabajos76/accion-penal-derecho-procesal-penal/accion-penal-derecho-procesal-penal2.shtml>
- Gamarra Urbiza, A. A. (2010). *imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos de violación de la libertad sexual* . Obtenido de [www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/Egresados.../IMPRESRIPTIBILIDAD.doc](http://www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/Egresados.../IMPRESRIPTIBILIDAD.doc)
- Granja, P. J. (2009). *EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA*. Obtenido de <http://pedrojaviergranja.blogspot.com/>
- Gunther , J. (2003). *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid : Editorial civitas.
- Gunther , J., & Melia, M. (2003). *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid España: editorial civitas.
- Gunther , J., & Melia, M. C. (2003). *Derecho Penal del Enemigo pagina* . Madrid España: Editorial civitas.
- Günther Jakobs. (1997). *Derecho Penal Parte General Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid, España: Ediciones Jurídicas S.A.,.
- Heinz Zipf, R. M. (1994). *Derecho Penal Parte General Teoria general del derecho penal y estructura del hecho punible* . Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Hilda. (2008). *Derecho a la libertad*. Obtenido de <http://derecho.laguia2000.com/parte-general/derecho-a-la-libertad>
- humanium.org. (2010). *Derecho a la Libertad*. Obtenido de <http://www.humanium.org/es/derecho-libertad/>
- Jiménez de Asúa, L. (1958). *Principio del Derecho Penal La Ley y el Delito, página 418*, . Buenos Aires: Editorial Sudamericana Abeledo Perrot.
- Jurado, G. (2010). *Libertad*. Obtenido de <https://gabrielajurado1994.wordpress.com/2012/09/01/la-realidad-de-la-libertad/>

- justicia.gob.ec. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Obtenido de <http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2016/03/COIP.pdf>
- Kant. (1941). *Filosofía de la Historia*. México: El Colegio de México.
- Kant, I. (2003). *La paz perpetua*. Obtenido de <http://www.biblioteca.org.ar/libros/89929.pdf>
- Lorenzo Flores , R. E., Macuri Luna , M. R., Mendoza Retamozo , A. R., Mendoza Vásquez , E., Navarro Martínez , D. G., & Sueno Chirinos , Z. M. (2006). *Derecho Penal del Enemigo Universidad de San Martín de Porres Facultad de derecho y Ciencia Política Escuela de Postgrado*. Lima.
- Mestanza Solano, M. (2016). *Prescripción de la acción penal*. Obtenido de [http://lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101903784/1/Prescripci%C3%B3n\\_de\\_la\\_acci%C3%B3n\\_penal.html#.WUf-2f\\_xykp](http://lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101903784/1/Prescripci%C3%B3n_de_la_acci%C3%B3n_penal.html#.WUf-2f_xykp)
- Morales, J. P. (2013). Código Orgánico Integral Penal (COIP): Una reforma necesaria y problemática. págs. <http://gkillcity.com/articulos/el-mirador-politico/el-codigo-organico-integral-penal-coip-reforma-necesaria-y>.
- Muñoz Conde , F. (2008). De nuevo sobre el Derecho Penal del Enemigo. *Revista Doctrina* , 123-124.
- Muñoz Conde , F., & García Arán, M. (2015). *Derecho Penal Parte General* . Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch.
- oiss.org. (1972). *Instrumentos Internacionales en Materia de Seguridad Social* . Obtenido de Declaración Iberoamericana De Seguridad Social: [http://www.oiss.org/IMG/pdf/INSTRUMENTOS\\_INTERNACIONALES\\_EN\\_MATERIA\\_DE\\_SEG-SOCIAL-4\\_JULIO\\_2013.p](http://www.oiss.org/IMG/pdf/INSTRUMENTOS_INTERNACIONALES_EN_MATERIA_DE_SEG-SOCIAL-4_JULIO_2013.p)
- Racca, I. (2008). *La resocialización como fin de la pena privativa de la libertad: análisis del último legado del positivismo criminológico*. Obtenido de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/07/doctrina39378.pdf>
- Rojas Rishor, L. A., & Hernández Calderón, H. (2011). *ANÁLISIS DEL DISCURSO RESOCIALIZADOR DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD: CENTRO DE ATENCIÓN INSTITUCIONAL CARTAGO*". Obtenido de

[http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/t11-analisis\\_del\\_discurso\\_resorcializador\\_de\\_la\\_pena\\_privativa\\_de\\_libertad\\_centro\\_de\\_atencion\\_institucional\\_cartago.pdf](http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/t11-analisis_del_discurso_resorcializador_de_la_pena_privativa_de_libertad_centro_de_atencion_institucional_cartago.pdf)

- Roxin, C. (2010). *Derecho Penal Fundamentos La Estructura de la Teoria del Delito*.  
Obtenido de  
[http://www.academia.edu/8259792/Claus\\_Roxin\\_Derecho\\_Penal\\_Fundamentos](http://www.academia.edu/8259792/Claus_Roxin_Derecho_Penal_Fundamentos)
- Salazar Icaza , J. C. (2016). *Apuntes de clase de Derecho Penal General*. Cuenca:  
Universidad del Azuay.
- Sargiotti Pieretto, V. (2008). *Resocialización*. Obtenido de  
<https://iorigen.com/resocializacion/>
- Silva Sánchez, J. M. (2001). *La expansión del derecho penal aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Editorial Civitas.
- ual.dyndns.org. (2010). *Punibilidad y su aspecto negativo*. Obtenido de  
[http://ual.dyndns.org/Biblioteca/Derecho\\_Penal/Pdf/Unidad\\_10.pdf](http://ual.dyndns.org/Biblioteca/Derecho_Penal/Pdf/Unidad_10.pdf)
- unodc.org. (2013). *Guía de Introducción a la Prevención de la Reincidencia y la Reintegración Social de Delincuentes*. Obtenido de  
[https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC\\_SocialReintegration\\_ESP\\_LR\\_final\\_online\\_version.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_SocialReintegration_ESP_LR_final_online_version.pdf)
- Vaca Andrade, R. (2014). *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano*. Quito , Ecuador:  
Ediciones legales Edle s.a.
- Welzen, H. (1987). *Derecho Penal Alemán*. Chile: Editorial jurídica de Chile.
- Zaffaroni, E. R. (2008). *El Enemigo en el Derecho Penal*. Bogota: Editorial Ibáñez.
- Zambrano , P. A. (2005). *Derecho Penal del Enemigo y la Importancia del Enemigo*.  
Guayaquil: Universidad Santiago de Guayaquil.
- Zambrano Pasquel , A. (2005). *Derecho Penal del Enemigo y la Importancia del Enemigo* . Guayaquil: Universidad Santiago de Guayaquil.
- Zavala Baquerizo, J. (1990). *El proceso Penal* . (Vol. Tomo III). Bogotá, Colombia:  
Editorial nomos ltda.

