

Populismo Penal y Lawfare en la Movilidad Humana

*Populism in Criminal Law and
lawfare at human mobility*

Dr. Alex Valle Franco, PhD (Autor Corresponsal)

Docente titular del Instituto de Altos Estudios Nacionales

Felipe Rodríguez Estévez

Investigador jurídico independiente

Rosa Bolaños Arellano

Investigadora jurídica independiente

Artículo Original (Científico)

RFJ, No. 4, 2018, pp. 193-225, ISSN 2588-0837

RESUMEN: la criminalización de la migración (“crimigración”) deviene de un proceso de securitización en el marco de una política pública basada en la defensa estatal, la seguridad nacional y la defensa de la institucionalidad gubernamental. En este artículo se plantea un estudio que muestra el discurso excluyente hacia los inmigrantes, específicamente en caso venezolano. Ese discurso, permite legitimar la categorización entre ciudadanos y enemigos dándoles a estos últimos un tratamiento punitivo diferente en razón de su supuesta peligrosidad hacia el contrato social y el orden público.

PALABRAS CLAVE: crimigración, securitización, seguridad nacional, inmigrantes, enemigos y contrato social.

ABSTRACT: criminalization of migration, comes from a process of securitization determinate as a matter of national defense, for the protection of national security and state institutions. Hence this article propounds a study that will develop the formation of an excluding discourse toward immigrants specifically in the case of Venezuelans migrants. So in this context this discourse state allows the

categorization between citizens and enemies giving these last ones a different criminal treatment because of their supposed dangerousness to the law and order.

KEY WORDS: Criminalization of immigration, securitization, national security, in-migrants, enemies, law and order

INTRODUCCIÓN

Durante la última década el Ecuador se ha convertido en un país de acogida de inmigrantes de distintas nacionalidades y condición migratoria (migrantes económicos/refugiados). Este hecho se originó con la disposición constitucional que reconoció el derecho a migrar (Art. 40 CRE) y el Decreto Ejecutivo(s/n) que eliminó la visa de ingreso de turistas al país el 20 de junio de 2008, postura que generó un marco aparente de protección de derechos para los migrantes.

Hablamos de un marco aparente porque, además; las prácticas y la política pública migratoria aplicada se basaba en el securitismo e incluso en la doctrina del Derecho Penal del Enemigo. Dicha doctrina, viene de la mano de interpretaciones extensivas del funcionalismo penal, el cual se basa en un estado soberano que genera enemigos y vulnera derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos para brindar a la sociedad una falsa imagen perceptible de seguridad.

El presente artículo tiene como finalidad esclarecer el proceso de expansión del fenómeno securitista al ámbito migratorio y la criminalización de la migración, esto dentro del marco de construcciones sociales que refuerzan las construcciones normativas estructuradas en función de argumentos políticos no jurídicos.

1. LA SOCIEDAD DE RIESGO DEL SIGLO XXI

Para entender como se ha desarrollado el proceso de crimigración, es necesario entender como el migrante ha sido etiquetado en la sociedad de riesgo en la actual era de la globalización, la cual definió la transformación de la sociedad en el ámbito político económico e incluso cultural (Aller, 2010; p.2). De ahí que, el rasgo fundamental de este fenómeno se materialice en un proceso de liberación del mercado y flexibilización de las fronteras estatales, con la finalidad de estructu-

rar un espacio internacional de intercambio (Beck, 1998; pp.12-13). Sin embargo, desde algunos enfoques, en el marco de esta interconexión global también se liberan fuerzas destructivas que aprovechan la globalización para cimentarse como factores corrosivos en sectores vulnerables (Beck, 1998; p.26).

En ese sentido este proceso de liberación en el escenario internacional, da lugar a la formación de un proceso paralelo de desigualdad, porque mientras las riquezas y ganancias se distribuyen alrededor del mundo, surge una gran brecha vulnerable de pobreza que no puede competir en los mercados internacionales al igual que las grandes potencias mundiales (Beck, 1998; p.27). De ese modo la sociedad global generadora de riquezas se convierte en una sociedad repartidora de riesgos, es por eso que desde una posición securitista se considera que ciertos agentes criminales activos aprovechan dicho punto ciego y sacan ventaja de las innovaciones producto de la globalización (Chabat, 2011; p.4).

Por lo mencionado, el aprovechamiento de la globalización desemboca en la internacionalización y especialización de la actividad delictiva, creando nuevas amenazas y peligros para el colectivo social (Cabello y Ruiz, 2006; p.28). Siendo la consecuencia inmediata, una activación reaccionaria del Estado para contrastar la amenaza y devolver la seguridad y orden público. En este orden de ideas la sociedad de riesgo se manifiesta como un fenómeno producido por un acto del ser humano, el cual con la voluntad y conocimiento del mismo materializa una agenda delictiva compleja y tecnificada de acuerdo con los beneficios encontrados en la globalización (Buergo, 2001; p.25). Entonces, el resultado se concreta en la afectación de la paz pública, contemplada en el contrato social de los habitantes de un Estado y a efecto de aquello también se refleja en la inoperancia gubernamental para neutralizar la amenaza de actividades delictivas a gran escala, produciendo una percepción social del crimen en un escenario incontrolable y como factor esencial en la formación de la inseguridad y violencia (Sánchez, 2001; pp.27-28).

En ese contexto, dicho fenómeno social se caracteriza en primer momento por superar el riesgo permitido en cuanto al control punitivo de un Estado; es decir la afectación por parte de un fenómeno criminal “nuevo” que no se reduce a una afectación de tipo individual, la cual puede ser controlada y sancionada mediante el sistema penal clásico (Diez Ripollés, 2005; p.4). La criminalidad moderna especializa sus actividades delictivas para insertarse como una amenaza al Estado,

surgiendo una percepción de inseguridad y violencia hacia la población. A partir de esta concepción de inseguridad y alarma colectiva, las demandas sociales por políticas estatales de seguridad y defensa son más asertivas al punto que se evidencia la instrumentalización del derecho penal para la protección de nuevos peligros y amenazas (Muñagorri y Casares, 2009; p.161).

Por todo lo mencionado, la “justificación” reaccionaria del Estado ante nuevos fenómenos criminales como: crimen transnacional organizado, narcotráfico, terrorismo, entre otros sean los factores que marquen la conexión de una habilitación de tipo securitista en cuanto defensa y seguridad nacional estatal con la finalidad de mantener el orden público y la subsistencia del contrato social (Diez Ripollés, 2005; p.5). Esto se resume según Estrada Rodríguez (2013), a lo expuesto por Hobbes en su obra “el Leviatán” sobre política securitista:

Cada persona deberá a estar dispuesta a prescindir de sus derechos cuando los demás estén dispuestos hacer lo mismo, y por tanto esta cesión de parte de los ciudadanos es entregada a este abstracto llamado Estado para que el mismo pueda velar por su seguridad y beneficio (p.370).

Es así que, ante el discurso de seguridad y defensa estatal ante nuevos peligros a causa de nuevos fenómenos criminales, la actuación del Estado se determina en la habilitación e intervención del control punitivo plasmado en un derecho penal excepcional o de emergencia, el cual tiene como objetivo contrarrestar las características principales de la sociedad de riesgo en relación a las nuevas formas de criminalidad, instaurando un tratamiento diferente y más drástico en la política criminal para estas nuevas formas de criminalidad. Blanca Mendoza Buergo (2011) destaca las características de la sociedad de riesgo, las cuales han sido incorporadas al derecho penal emergente, en este sentido:

1. Cambio en el potencial de los peligros en relación con otros periodos:

Estos nuevos peligros, se insertan dentro de aquellos que son artificiales en este sentido son producidos por la actividad de los seres humanos y vinculados a la voluntad de estos, es decir una acción que conlleva a una decisión consiente y voluntaria para planear y ejecutar delitos complejos y estructurados (pp.25-28).

2. Complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad:

Las nuevas formas de criminalidad al presentarse con estructuras organizadas especializadas, además de instrumentos tecnológicos especializados para su operatividad delictiva, además de la red de comunicación y jerarquización de sus integrantes, dan lugar a que se produzca cierta dificultad en cuanto a la imputación y atribución de responsabilidades en cuanto a los sujetos involucrados. Todo esto por el incremento de interconexiones en la organización delictiva y las actividades delictivas a gran escala limitan la actividad de imposición de responsabilidades en el ámbito penal creándose una cadena de impunidad al largo plazo (p.32).

3. Creciente sensación de inseguridad subjetiva ante los nuevos peligros:

Ante los nuevos peligros y nuevas formas de criminalidad en la era de la globalización, las existencias de estos amenazan a la vida en colectividad, lo cual fomenta en los habitantes de un Estado un sentir de inseguridad creciente en la vida cotidiana. Por lo que ante dicha exposición al peligro la masa social clama al Estado para que tome medidas para solucionar el problema de la inseguridad, incluso cuando estos peligros nos son reales, dando lugar a una respuesta provisional y excepcional del Estado para neutralizar dicho fenómeno (pp.30-34).

En razón de las características anteriormente desarrolladas, se evidencia la tendencia a utilizar el Derecho Penal como mecanismo de protección del orden público, la paz social o la seguridad nacional, lo que da lugar a que se faculte esta actuación en razón de identificar y señalar a un enemigo en particular (Carrasco, 2017; p.73). Y es a partir de este señalamiento de “enemistad” que el derecho penal de la seguridad o derecho penal del riesgo encuentra su factor de legitimización y utilización el discurso del populismo penal para configurar el combate y la lucha de formas de criminalidad graves y a gran escala, para lograr la armonía del contrato social (Polaino- Orts, 2009; p. 382).

Por consiguiente, la reacción estatal se configura en el modelo de Estado transpersonalista, en el cual priman intereses colectivos para la construcción del bien común por sobre ciertas garantías y derechos fundamentales de tipo individual (García, 1966; p.18). Debido a lo mencionado, en cuanto a la conceptualización del Estado trans-

personalista, la manera de determinar la política criminal en la actualidad se ha encaminado a la protección de bienes jurídicos supra-individuales como el orden público, paz social o seguridad nacional (Villegas, 2009; p.5). Todo esto encaminado a la inclusión de técnicas del derecho penal del enemigo como: la anticipación de punibilidad y la tipificación de delitos de peligro abstracto, al ser el objetivo principal señalar a un individuo o individuos que amenazan o constituyan una potencial amenaza para el acto social o el aparataje estatal (Polaino-Orts, 2009; pp.381-382).

Es así que partir de este “fichaje” del “otro” como potencial peligro o amenaza, se ha influido en la configuración de la política criminal moderna en cuanto a: flexibilización de estándares de imputación penal y principios básicos del derecho penal. De manera que el ordenamiento jurídico penal vigente, se dedica a criminalizar a ciertos sectores de la población y a excluirlos del sistema social por considerarlos enemigos o individuos que deben ser tratados bajo “otro régimen” para sancionar sus actuaciones (Aponte, 2006; p.170).

En definitiva, la sociedad de riesgo tiene una existencia material en cuanto a su relación con la formación de nuevas formas de criminalidad que son más tecnificadas y complejas afectando al orden y seguridad de sus habitantes (Pérez, 2007; p,98). Sin embargo, las reacciones estatales para combatir estas actividades delictivas especializadas, se han basado en una reacción punitiva desproporcionada y poco objetiva ante los fenómenos criminológicos contemporáneos. Este hecho ha dado lugar a la cimentación de un ordenamiento jurídico de tipo securitista que criminaliza ciertos sectores y ofrece un discurso sancionatorio de combate para fomentar la seguridad incluso si esa seguridad desnaturaliza garantías básicas del sistema penal.

1.1. Creación del enemigo en el imaginario social (estereotipización criminalizante)

En el constructo social, la sociedad es una institución cuya dinámica dialéctica (Castoriadis, 2007, pp.12-13) se estructura en función de las relaciones sociales de los individuos. De ahí que, en estas relaciones sociales entre los individuos, estos se determinan dentro del imaginario social (Castoriadis, 2007, p.415). Es así como lo factible y lo permisible en la configuración social se desarrollan a partir de la selección de valores e instituciones tomadas como necesarias para su

funcionamiento. De modo que, esta determinación de valores permite positivizar instituciones sociales dentro del mundo jurídico, así como el asignarles una fuerza de acción específica. Y es así que, durante este proceso los individuos renuncian a libertades personales con el fin de garantizar la protección de dichos valores e instituciones establecido mediante el contrato social y los mecanismos legítimos de protección (Rousseau, 1999, pp.14-16).

Por tal razón el Derecho, como mecanismo de protección de valores e instituciones de la sociedad, establece un sistema jurídico de carácter positivo que permite el control y la protección de los valores e instituciones derivadas de la realidad social que el conglomerado social ha determinado como relevantes para su estructura social. En ese contexto, dicho ordenamiento jurídico plantea soluciones a los conflictos intersubjetivos de la realidad social, estableciendo parámetros mínimos y máximos de actuación estatal por cuanto un hecho social puede vulnerar otros derechos reconocidos por dicho ordenamiento.

Por lo mencionado, la estructura del sistema jurídico se determina para la protección de valores e instituciones, comparte un origen dentro del imaginario social por cuanto es posible y previsible la actuación del aparato estatal (Castoriadis, 2007, p.415). En este sentido, el sistema jurídico se ve influenciado por la expectativa social (Parsons, 1984, p.48) que recae sobre un individuo al respecto de lo socialmente determinado como aceptable dentro de sus interacciones generando o no una respuesta coercitiva que de manera legítima se manifiesta mediante el poder punitivo.

Para Zaffaroni (2006), el poder punitivo –como parte del sistema jurídico– realiza categorizaciones sobre los individuos catalogándolos como ciudadanos o enemigos sin observar su condición intrínseca de persona (pp.36-37). Por ende, la construcción del enemigo depende de la construcción socialmente aceptada como lo “no deseado” o “lo peligroso” quedando como un concepto determinado por el espacio y por el tiempo en donde tenga lugar la interacción social.

En consecuencia, el enemigo, como concepto mutable, se nutre del imaginario social (Castoriadis, 2007, p.415), para adoptar características conceptuales de índole política, religiosa, económica e ideológica que sean imperantes y reconocidas como potencialmente peligrosas (Jakobs, 2003, pp.33-35) para el contrato social.

1.1.1. Derecho penal del enemigo

La respuesta netamente jurídica de la sociedad ante lo extraño¹ es la estructuración de cuerpos normativos codificados que en su afán de proteger los valores e instituciones, determinadas por el conglomerado social, permiten la actuación del poder punitivo en observancia de la configuración político jurídico adoptado por una sociedad. En razón de aquello, estas construcciones normativas de índole positiva se determinan a partir de premisas ius filosóficas provenientes de la dogmática jurídica en un intento de legitimar las posteriores actuaciones de carácter coercitivo por parte del aparato estatal siendo relevante la institucionalización del Derecho Penal como mecanismo de ultima ratio como una respuesta al expansionismo penal.

Así, dentro de la dogmática penal, el jurista Günther Jakobs en su obra “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht²” de 1985 retoma los conceptos planteados por Fichte³ y Rosseau⁴ sobre el enemigo en observancia del quebrantamiento voluntario del contrato social y la negación del mismo ante el orden social establece criterios de calificación para los individuos tanto como ciudadanos así como enemigos.

Por consiguiente, estas categorías conceptuales formuladas por Jakobs se determinan por la aplicación del Derecho Penal dentro del cometimiento de un acto infraccionario penalmente relevante en contraste con la potencial peligrosidad de una conducta en relación a un individuo (2003, pp.33-35). De tal forma que la conceptualización del enemigo e individuo, cuyas interacciones se alejan de la expectativa social –derivada del imaginario social– son la base para establecer interacciones, que determinen la expectativa de peligrosidad, maternizándose en la voluntad de vulnerar o no vulnerar un valor o una institución.

1 Propiamente fundamentado en una construcción social alejada de toda expectativa social de comportamiento.

2 Título original de la obra de Jakobs que posteriormente sería traducida por Manuel Cancio Meliá como: Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo.

3 Ver Fichte (1994), especialmente la segunda parte de su obra: “Fundamentos del Derecho Natural según los principios de la doctrina de la ciencia “misma que se refiere al contrato de ciudadanía. pp.257-272

4 Ver Rousseau (1999) “El Contrato Social” con especial atención al libro segundo, capítulo quinto. pp.31-33.

Finalmente, para Jakobs, la premisa del derecho penal del enemigo existe de la mano de una “legislación de emergencia” por cuanto la criminalización de las conductas permite adelantar la actuación del poder punitivo de forma preventiva permitiendo la penalización del fuero interno del enemigo (Contreras, 2016, p.24) propiciando una suerte de normas penales que funcionan paralelamente a las normas penales aplicables a los ciudadanos.

1.1.2. Estereotipización criminalizante

La determinación jurídica del enemigo realizada desde la norma positiva se fundamenta en la construcción social de lo “extraño” que deriva de las interacciones sociales establecidas como penalmente relevantes. Estas construcciones jurídicas responden al modelo de sociedad, desde las conceptualizaciones primigenias de enemigo como el *hostis romano*, así como la incorporación de reduccionismos biológicos (Zaffaroni, 2006, p.123) propios de la escuela positivista.

Es así que, las tendencias argumentativas de carácter dominante se han visto influenciadas por la interpretación de las teorías evolucionistas de Charles Darwin, generando una suerte de evolucionismo social⁵, con la finalidad de identificar la distinción entre enemigo interno y externo, adoptando una línea de pensamiento determinada por prejuicios y valoraciones subjetivas de carácter moral (Zaffaroni, 2006, p.124). Por lo que, los prejuicios como valoraciones morales contribuyeron a la creación de estereotipos. Para Gestoso, el desarrollo del término estereotipo es el producto del trabajo desarrollado por Lippman en 1992, que adquiere la conceptualización de un producto de la percepción social a través de contenido aprehendido (1993, p.132). Como efecto inmediato el estereotipo responde como una respuesta determinada por un determinado contenido socialmente generado en relación a un individuo asignándole un rol social en función del estereotipo generado (Parsons, 1984, p.48).

A partir de aquello, las relaciones sociales, los estereotipos funcionan como imágenes superficiales y simplificadas de los individuos siendo culturalmente determinada por los elementos que la sociedad ha de-

5 Como evolucionismo social las ideas de Darwin serían adoptadas por Spencer. Al respecto véase la obra de Sánchez, H. (2015) *Génesis y desarrollo del concepto de evolución*.

terminado como ajeno a lo comunitario o lo peligroso a la sociedad. Es decir que el estereotipo funciona con relación a su contenido cultural para verbigracia las distinciones xenófobas del “otro” que se realizan en observancia del extranjero. En consecuencia, el estereotipo como construcción social no distingue entre límites formales, tales como las fronteras; y actúa en dos sentidos, el interno y el externo (Gestoso, 1993, pp. 133-135) no pudieron determinar pautas de comportamiento para los individuos en relación con la estimación de un estereotipo, pues nunca serán similar las valoraciones categóricas del “otro extranjero” si este proviene de un país del primer mundo o de un país africano, andino o árabe. Por ejemplo, en el ámbito ecuatoriano, el tipo de estereotipo interno se ha configurado a partir de estructuras estructuradas estructurantes (Bourdieu, 2007, p.86) de cada región geográfica a través de una conceptualización precaria de sus habitantes, dando como resultado el serrano “bobo”, el costeño “mono sabido”, estos estereotipos son, socialmente aceptados e institucionalizados por los mismos. Y a efecto de aquello, las construcciones sociales determinadas como estereotipos influyen en el proceso de demoización, invisibilización y de criminalización, por cuanto el poder punitivo selecciona a un grupo específico de individuos para coaccionar (Zaffaroni, 2002, p.7).

En definitiva, este tipo de criminalización secundaria se refuerza con el estereotipo, por cuanto es un reflejo de un proceso selectivo de individuos que son identificados con la imagen dominante de lo criminal. Pues la criminalización primaria establece un catálogo en abstracto sobre las conductas penalmente relevantes haciendo imposible –al menos dentro de un estado de derecho– la selectividad de individuos dentro de este proceso primario (Zaffaroni, 2002, pp.7-8).

1.2. El enemigo en el derecho migratorio

Como bien se ha establecido en párrafos anteriores, las construcciones sociales del enemigo están ligadas a las formas de organización del Estado. Históricamente cada sociedad ha dado su aproximación del enemigo en función de la realidad social, generando mecanismos de organización y de protección para poder repeler la amenaza que el enemigo/otro representa a su comunidad. Desde los albores de la organización estatal el enemigo ha tenido un rostro constante pero no determinante: el extranjero. Esta categorización ha puesto en tela de duda la protección otorgada por el estado por cuanto el estado en

sí mismo modifica sus estructuras normativas y debilita las garantías normativas (Zaffaroni, 2006, p.23) para “combatir” al enemigo ante la inútil y desconcertada comunidad internacional. La incorporación del enemigo –propio del Derecho Penal– en el Derecho Migratorio se fundamenta en la expansión del poder punitivo latente (Zaffaroni, 2002, pp.19-20) que busca establecer control sobre más instituciones políticas y jurídicas bajo la premisa de seguridad. En este sentido la falsa imagen dominante del estereotipo criminal del extranjero se ve reforzada por argumentos políticos de índole populista que buscan generar soluciones aparentes para problemas complejos, llegando a establecer tratos diferenciados, ignorando la condición intrínseca de persona del individuo (Zaffaroni, 2002, p.153).

Parte de la interiorización del concepto de enemigo en el Derecho Migratorio implica la generación de regímenes excepcionales de tratamiento para los individuos, pues la condición de persona se ve suspendida en caso de ser extranjero permitiendo individualizarlo durante el proceso de criminalización, estableciendo mecanismos punitivos según la conveniencia de la agencia ejecutiva de turno (Zaffaroni, 2002, p.157). Esta aparente individualización del extranjero como enemigo toma elementos de los estereotipos regionales para legitimar su existencia. En este sentido, la lucha contra el terrorismo, la lucha contra el narcotráfico responde a una necesidad política e institucional de mera prevención mediante mecanismos –aparentemente legítimos– que flexibilizan el ordenamiento jurídico a conveniencia, dando paso a irregularidades contra el extranjero por su su sola condición de extranjero. El estereotipo mayoritariamente criminalizado del extranjero no es el que se acomoda al perfil de un “ciudadano” o aquel que comete actos anti-jurídicos y es catalogado como “enemigo”, es aquel extranjero que por su condición de vulnerabilidad es parte de un movimiento migratorio.

En el Ecuador, en el 2018, el proceso de criminalización secundaria del extranjero se vio reforzado por la idea popular que todo migrante es necesariamente pobre y que por ser pobre su condición ontológica de persona es inexistente por cuanto es un criminal⁶, esta idea no obedece a lógica argumentativa alguna pues desconoce estatutos jurídicos previos sobre las personas para favorecer el avance del poder punitivo reforzando la percepción de inseguridad sobre el extranjero (Puente, 2018, párr.6).

6 Esta apreciación es de carácter empírico, surge de la percepción xenófoba a partir de actos ilícitos cometidos por extranjeros en el Ecuador.

1.3. Criminalización del migrante: crimigración (El “otro” (migrante) como enemigo del Estado / El migrante como enemigo de la sociedad).

El incremento y tecnificación de actividades criminales en la época contemporánea marcan el inicio de la política estatal en cuanto a: identificación de peligros, nuevos sectores y conductas de criminalización (Cases, 2012; p.2). En ese contexto, la política criminal de los Estados se estructurará a base de la doctrina de la seguridad nacional⁷ insertando una de sus nociones básicas, la de contrarrestar la inseguridad y violencia delictiva a partir de la estructuración de un enemigo externo que debe ser eliminado (Márquez, 2013; p.164), y que en el caso analizado, corresponde al “otro” extranjero. En razón de aquello la construcción de este enemigo externo, ha sido personificado en las personas inmigrantes, ya que este fenómeno responde en primer momento a la existencia de una crisis civilizatoria⁸ cimentada en la práctica excluyente hacia “otro” (Márquez, 2013; p.172). Por ende, el inmigrante o extranjero en un determinado sistema social es visto como extraño a los valores e intereses colectivos, es la consecuencia inmediata la depuración del flujo migratorio en un determinado colectivo social. Como factor determinante en la construcción del “otro” o “enemigo externo”, en el ámbito de la crisis civilizatoria, esta responde a una estrategia de depuración estatal hacia el extranjero o inmigrante, lo cual se concreta en un discurso discriminatorio y xenofóbico hacia dicho sector (Bravo, 2009; p.140). De esta manera expresiones como: “ilegales”, “sin papeles” o “migrantes irregulares”, son normalizadas para materializar esta política criminal excluyente, creando un régimen diferenciado que se refleja en el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo.

7 Esta doctrina se utilizó como una redefinición de la categoría política de los Estados después de la Guerra Fría, la cual fue utilizada para designar a la defensa militar y la seguridad interna como una de las obligaciones principales del Estado con la finalidad de lograr el avance de ideologías socialistas promovidas por la URSS principalmente en países latinoamericanos (Buitrago, 2003; p.75).

8 El término crisis civilizatoria corresponde a la reflexión realizada por el autor en cuanto a la degradación social y la formación de condiciones precarias e inseguras para ciertos sectores de la población. Así estos flujos migratorios buscan satisfacer sus necesidades en la inmigración, sin embargo, el no tener un respaldo documental crea un nuevo nivel economía subterránea donde la construcción del “otro” es la pobreza y la exclusión.

De forma complementaria a lo anteriormente manifestado, este régimen de regulación dicotómico (ciudadanos e inmigrantes), tiene su antecedente en la configuración de normas con una carga nacionalista, como por ejemplo extranjeros o inmigrantes están sometidos a cumplir con un sinnúmero de requisitos para poder ingresar o residir en el país. Así, el Estado determina el aparataje burocrático y normativo bajo el sistema de “sospecha de peligro o potencial amenaza”, ya que dichos formalismos responden a la función de prevención en sentido primario de la seguridad nacional (Brandariz y Fernández, 2010; p.274).

Es así que la forma reaccionaria del Estado se encuentra en la securitización de la actividad migratoria irregular. A partir de la instrumentalización de la doctrina de la seguridad nacional como mecanismo de regulación del flujo migratorio y neutralización de actividades criminales transnacionales (Joao, 2012; p.591). De ahí que, el modelo proteccionista y de sustentabilidad estatal frente al crimen se configura a partir de ciertos niveles de afectación a la seguridad colectiva u orden público, derivando de aquello, la criminalización del fenómeno migratorio, instrumentalizado como herramienta de combate para delitos como el terrorismo, narcotráfico, crimen organizado, etc.

Debido a lo anteriormente mencionado, en cuanto a la evolución y especialización de nuevas formas de criminalidad en la globalización, el inicio de este proceso de securitización se fundamenta en la combinación del modelo estatal transpersonalista con el cambio de paradigma de la política criminal (Valencia, 2007; p.173). Puesto que dicha transformación resulta de la premisa siguiente: la afectación a ciertos bienes jurídicos no es la misma, existen cierto tipo de delitos que causan más impacto al conglomerado social, por lo que la lógica estatal es combatir este fenómeno de forma proporcional al daño (Paiva, 2009; pp.6-7).

De lo dicho, este tipo de identificación y señalamiento del enemigo se enfoca al objetivo de proteger esos bienes jurídicos supraindividuales; y como plus, la actividad gubernamental cumpliría con su obligación de brindar un ambiente seguro a sus habitantes; a la par de generar un escenario libre de violencia y conflicto para el ejercicio de derechos y libertades fundamentales (Frankenberg, 2014; p.156). Entonces, como resultado de aquello, la habilitación del derecho penal del enemigo combinado con el método proteccionista derivado de la seguridad nacional, maximiza el estereotipo de peligrosidad intensificando la exclusión de ciertos grupos, siendo el caso de los inmigrantes

ya que estos personifican la amenaza hacia la seguridad nacional y el orden público (Cancio Melia y Sánchez, 2006; p.67).

Una vez especificado el escenario de la política securitista que ha sido adoptada por la mayoría de Estados, en cuanto a la intervención del derecho penal como mecanismo de gestión de riesgos e identificación de posibles peligros para la seguridad nacional (Vite, 2013; p.100). Cabe destacar la antesala que explica la razón por la cual la política criminal estatal ha identificado a este enemigo externo en la inmigración.

En inicio este cambio de paradigma y la inclusión de la seguridad nacional como bien jurídico supraindividual, se basa en la verificación de la afectación a los elementos de dicho bien por parte de este nuevo enemigo externo el cual amenaza a la subsistencia del contrato social y su armonía (Suárez, 2012; p.112). De esa manera la activación de la criminalización de la migración, se debe en primer lugar, a la detección de una amenaza ya sea externa o interna que afecte a la institucionalidad estatal y los intereses nacionales compartidos por sus ciudadanos (Sagastegui, 2015; p.133).

Otro de los elementos en la afectación a este bien jurídico protegido se refiere a los intereses nacionales, los cuales son el reflejo de los valores de un determinado Estado (Sagastegui, 2015; p.133). Así estos manifiestan la ideología y propósitos uniformes que comparten cada uno de sus habitantes. En razón de aquello el migrante se consolida como enemigo del Estado y de la sociedad cuando se exterioriza como un agente externo que amenaza a dichos interés y a la política nacional formada (Herrera-Lasso y Artola, 2011; pp.20-21). Por consiguiente, la reacción defensiva del Estado es el de devolver el orden estatal a través de sanciones en materia de movilidad humana, es así que se aplican medidas como la deportación o la expulsión. Ya que si estos agentes de amenaza externa, se manifiestan como un desafío al sistema gubernamental y al ordenamiento jurídico, inmediatamente se convierte en una amenaza para los cimientos del Estado y el contrato social (Paz-Mahecha, 2010; p.310). En conclusión, el ordenamiento normativo adopta un rol de salvaguardar este conjunto de intereses nacionales, enmarcando la enemistad estatal al nivel de una norma positiva y así legitima la criminalización de la migración y la relaciona directamente con la delincuencia e inseguridad (Vélez, 2008; p.95).

Esta noción de justificación defensiva del Estado a partir del ordenamiento normativo, ha dado paso a que los inmigrantes sean detec-

tados como fuentes de peligro; y a su vez, como individuos que no encajan y desafían a las expectativas y valores sociales recogidos. Por lo que su trato excluyente y criminalización adopta lo esgrimido por el catedrático Miguel Polaino Navarrete (2006) en lo relativo al Derecho penal del Enemigo, refiriéndose a lo siguiente:

La norma tiene un rol de indicador social, de expectativas sociales y por lo tanto un conglomerado de garantías a cargo del Estado. La norma entonces cumple, desde una perspectiva comunicacional los siguientes roles:

- a. Institucionalización de las expectativas sociales: la norma manifiesta por sí misma las expectativas de determinada sociedad, ya que, autónomamente, la expresión legislativa de la voluntad del soberano en cuanto a la forma de regulación que permitirán, en un determinado contexto y realidad alcanzar la armonía social.
- b. Orientación de conductas: la norma orienta y encamina al ciudadano por donde esta desea, con el fin de que sigan sus patrones y lineamientos, actitud que es la única que garantiza que se cumplan las expectativas sociales (p.2).

A causa de ello, la forma de defensa del Estado se basa en la comunicabilidad de las normas como ente que determina y guía a la conducta, para que a partir de dicha orientación se conformen las expectativas y valores sociales que posibilitan la subsistencia pacífica del contrato social (Jakobs,1997; pp.298-299. Por tal razón si un enemigo o agente externo, rechaza estas expectativas sociales y además de aquello se consolida como una fuente de peligro para la seguridad nacional, necesariamente acarrea una consecuencia jurídica, que para el caso es la pena (Rodríguez, 2014; p.146).

A partir de este factor de desafío de las expectativas sociales, en cuanto identificación de fuentes de peligro para la seguridad nacional, el proceso de securitización de la inmigración facilita esta política reactiva del Estado. Pues el inmigrante consolida la imagen colectiva de amenaza a la identidad y la armonía social, reforzando la percepción de inseguridad subjetiva de los ciudadanos, así Bauman (2005) se refiere al estereotipo de la amenaza y el señalamiento de enemigos sociales bajo el siguiente esquema:

La incertidumbre que permea nuestro presente, en particular la falta de seguridad en todos los niveles, cambia nuestro modo de vida, e influye sobre nuestra disponibilidad –o reticencia- a interactuar con seres humanos con socializaciones diferentes, que hasta hace poco no podían viajar con tanta facilidad y no eran percibidos como una amenaza para la sociedad (p.8)

Es así que, la configuración de peligrosidad en la población migrante en situación irregular, inmediatamente los convierte en individuos que irrumpen el orden establecido y rechazan las expectativas sociales construidas. Y demás de ello, al constituirse como una institución de peligro y riesgo ya no son parte de la sociedad y por tanto deben ser excluidos -si no eliminados- para restaurar la vigencia de la norma y el pacto social en sí (Jakobs,1996; p.192). A efecto de lo anteriormente manifestado la crimigración encuentra su génesis al consolidarse como un fenómeno minimizado en lo siguiente:

La crimigración ha conducido a la criminalización de conductas bajo el pretexto de evitar los posibles atentados terroristas y ha generado más de una confusión, entre: entrada/estancia ilegal/irregular y comisión de delitos (Joao, 2012; p.597).

Con lo analizado anteriormente este fenómeno criminalizador de la migración se desarrolla en dos niveles:

Primero, la determinación del “o “enemigo a nivel social, a causa de la oposición a los intereses y valores nacionales recogidos en el conglomerado, dando lugar a que se identifique un trato excluyente y discriminaría aquellos individuos que no manifiestan una garantía de adaptación al orden normativo del Estado al que han emigrado.

En segundo lugar, se evidencia la enemistad y peligrosidad de los inmigrantes a nivel estatal al exteriorizarse estos como elementos desestabilizadores del pacto social en cuanto a la afectación del bien jurídico supraindividual, la seguridad nacional u el orden público. Por lo que, al concretar este factor de amenaza hacia la institucionalidad estatal, necesariamente la política criminal debe reaccionar de manera más drástica con este sector. Y como resultado de aquello se obtiene un proceso de securitización en la migración irregular categorizando a estas personas como individuos directamente asociados actividades delictivas y que representa un peligro para el orden y la paz pública.

En este orden ideas la relación de la doctrina de la seguridad nacional y la expansión del derecho penal en protección de bienes jurídicos supraindividuales como el orden público (Zamora, 2006; p.132), resulta en un proceso de securitización de la movilidad humana. Es por eso que se adoptan técnicas estatales restrictivas en la inmigración, retrocediendo al fenómeno securitario adoptado por EE. UU después del atentado a las torres gemelas sucedido el 11 de septiembre de 2001, el cual evidentemente engloba esta relación de la migración de grupos religiosos -en el caso del islam- con la delincuencia y el terrorismo (Campederrich, 2007; pp.50-52).

Es así que la excesiva política proteccionista y de “lucha contra el terrorismo” materializado de manera integral en la técnica del *pro-filing crime*⁹, vigila a cada uno de los habitantes y además crea un espectro de control y sistema de sospecha ante potenciales terroristas o amenazas (Pérez, 2013; p.296). Todo esto fue posible a través de la implementación del cuerpo normativo conocido como *Patriot Act*¹⁰, la cual se refleja como una aplicación arbitraria e ilegítima del sistema punitivo, incluso llegando a suprimir garantías y libertades básicas, solo por el hecho de personificarse como un “peligro” por cuestiones ideológicas, religión, condición social y situación irregular en el caso de la movilidad humana (Palomo, 2016, p.945).

Desde entonces, la identificación de fuentes de peligro en primera instancia se caracteriza por la detección de personas extranjeras o inmigrantes residiendo en un país, para luego pasar al segundo nivel: la categorización a partir de su situación de movilidad humana. En ese contexto aquellas personas que se encuentran en el país con un pasaporte y de forma posterior han retornado, que es el caso de los turistas, no se insertan en este régimen de sospecha, ya que estos eventualmente regresan a su país de origen (Joao, 2012; p.597). La controversia

9 Término en inglés utilizado para construir perfiles de posibles criminales o delincuentes en base a ciertos patrones de conducta con la finalidad de consolidar un sistema de sospecha que convierta al sujeto determinado en un peligro potencial para la seguridad nacional. Esta técnica fue utilizada por el FBI después del atentado a las torres gemelas el 11 de septiembre de 2001.

10 Es una ley que confiere poderes amplios e inusuales en un régimen de emergencia y amenaza a la seguridad nacional, a través de poderes ejecutivos a estructuras operativas de control y a los servicios de intelligence. En un inicio se promulgó como una ley especial para el tratamiento del terrorismo, pero en realidad el documento ofrece una gama de posibilidades en el ámbito penal (Varvaele, 2007; p.12).

se da al momento en que existe el fenómeno de migración forzada, trayendo olas migratorias que tuvieron que abandonar su país de origen por cuestiones económicas, conflictos armados o golpes de Estado, así estas personas que han dejado su patria, adquieren en el país receptor la categoría de inmigrantes ilegales o irregulares (Joao, 2012; p.599).

Si a esta situación de ilegalidad, se le suma el factor pobreza de las personas que se encuentran en estas olas migratorias, como en el caso de América Latina; y específicamente el caso venezolano, la reacción estatal de defensa a la seguridad nacional es palpable al momento de tener una cultura de *enforcement law* en materia de movilidad humana, visibilizada en el reforzamiento de los requisitos de entrada y residencia del país (Domenech, 2015; p.192). La causa principal de esta tendencia es la asociación de inmigración con la delincuencia, y por tanto el ordenamiento jurídico se convierte en un arma de fichaje de sospechosos e individuos peligrosos con el objetivo final de aplicar un sistema punitivo de tipo simbólico y populista que se presenta como panacea de la inseguridad y la violencia.

1.4. Populismo Penal en el sistema jurídico ecuatoriano

Una vez establecidos los mecanismos formales –que la sociedad establece para la protección de valores e instituciones– estos se reflejan en la construcción de cuerpos normativos que por su naturaleza positiva son aplicables dentro del contexto de control y prevención. Estas normas tienen la función de regular el marco de interacciones sociales dentro del plano intersubjetivo de la realidad social y contribuir con el proceso dialéctico de civilización al cual nos vemos sometidos como individuos.

Dentro de estos mecanismos jurídicos, el Derecho Penal surge como un mecanismo de ultima ratio para garantizar la vida en sociedad estableciendo conductas y comportamientos susceptibles de sanción dentro de un catálogo rígido de normas positivas, que ven su origen –al menos ideológico– dentro de la dogmática penal.

Así mismo, encontramos normas jurídicas con origen fundamentado en argumentos de índole política que se formulan como una aparente respuesta sistematizada a un problema social de relevancia temporal en un contexto político determinado generando una expansión del fenómeno punitivo dentro de la sociedad.

En este sentido, para Rodríguez este conjunto de normas jurídicas se constituye como un placebo social cuya finalidad es brindar la sensación de seguridad a la sociedad son aplicados de forma demostrativa (2013, p.63). Esta determinación normativa de índole política ha sido denominada como Derecho Penal Simbólico por la doctrina. Para el criminólogo Baratta se define como una aparente sensación de seguridad en el ordenamiento jurídico obviando a la realidad social en sí misma (1991, p.53).

Si bien este tipo de normas jurídicas se fundamenta –primordialmente– en argumentos políticos, comparten la instrumentalidad formal de la norma positiva penal. Es decir que tiene la misma estructura normativa y fuerza coercitiva que las normas penales jurídicamente construidas.

Es así que, el problema generado por el Derecho Penal Simbólico radica en que la solución brindada a un injusto penalmente relevante, es aparentemente eficaz por cuanto se muestra como una figura “solida” en la lucha contra la delincuencia y el fenómeno delictivo (Cesano, 2004, p.25). Entonces, a nivel dogmático, como una respuesta a la necesidad punitiva de la sociedad se formula a partir de la premisa punitiva determinada por el conjunto de prerrogativas morales del conglomerado social (Gloeckner y Ramos, 2017, p.253).

En este orden de ideas, la implementación de un argumento político dentro de la construcción normativa de índole penal, representa una expansión del poder punitivo por cuanto el ejercicio de criminalización primaria responde a un interés político determinado eliminando la naturaleza abstracta de este proceso.

Por tal razón, en el Ecuador, la expansión del poder punitivo y la presencia del Derecho Penal Simbólico, han llegado a determinar nuevos enemigos en el contexto social, trascendiendo la barrera impuesta por la norma positiva de carácter penal hacia la norma positiva migratoria. En este sentido el imaginario establecido de la criminalidad extranjera refuerza el estereotipo criminalizador del extranjero mediante la imposición de ideologías fundadas en el miedo (Gloeckner y Ramos, 2017, p.254), las cuales son reafirmadas por los medios de comunicación.

Este modelo discursivo criminalizador –de origen político– se refuerza estructuralmente por la acogida de discursos securitistas heterogéneos que limitan los derechos establecidos en el marco constitucional de derechos por cuanto se reducen condiciones jurídicas

inherentes de las personas extranjeras bajo el aparente discurso de seguridad propio de política criminal previamente establecida.

Bajo esta lógica, los modelos discursivos que permiten la expansión del Derecho Penal se constituyen en una realidad política que se articula a si misma mediante el enemigo (Gloeckner y Ramos, 2017, p.276) como elemento cohesionador del fundamento jurídico y el fundamento político de las normas penales puramente simbólicas

Para finalizar, esta incoherencia estructural del sistema penal ecuatoriano, permite establecer puntos de quiebre entre el Estado de Derecho y el Derecho Penal puesto que la ampliación del poder punitivo a ámbitos no penales implica un detrimento de derechos a los ciudadanos y de los extranjeros generando controversia tanto en el ámbito nacional como internacional¹¹.

1.4.1. Lawfare en el sistema penal ecuatoriano: Migración venezolana a Ecuador

Las relaciones de la delincuencia con la inmigración a causa de las nuevas formas de criminalidad han generado un ambiente de inseguridad y violencia, las cuales se han establecido como una forma de alarma colectiva. Por tal razón el mecanismo reaccionario del Estado ante esta perspectiva colectiva de inseguridad corresponde a la formación de una legislación de emergencia para aplacar la demanda social y así crear una imagen de orden y seguridad (Diez, 2005; p.7).

11 Con el contexto de la sociedad de riesgo desarrollado en líneas anteriores, se evidencia una suerte de expansión del Derecho Penal, el cual pasa a intervenir en nuevos ámbitos de protección, dejando de lado esta aplicación de última ratio y pasando a ser un derecho penal de gestión de riesgos y minimización de peligros futuros (Silva, 2001; pp.95-97). A ejemplo de esta intervención en el ordenamiento jurídico ecuatoriano referente a libre movilidad humana el Derecho Penal actúa como un instrumento de fichaje para las personas extranjeras, tal como se evidencia el art. 61 del Código Orgánico Integral Penal, ya que este prohíbe de manera expresa el retorno al territorio por un lapso de diez años de una persona que ha cumplido una pena en el Estado Ecuatoriano; de modo que la naturaleza de esta norma actúa en doble vía primero la expulsión del territorio y luego la prohibición de retorno al mismo con la finalidad de minimizar el riesgo de una potencial amenaza en el sujeto infractor.

En razón de aquello, la respuesta del Estado ha sido la criminalización, en este caso de la ola migratoria venezolana, la cual se ha insertado en el país como uno de los flujos migratorios más grandes a nivel de Latinoamérica (Picq, 2017; p.120). Al ser este un grupo poblacional migratorio vulnerable, ya que estas personas han salido de su país de origen por cuestiones de inestabilidad política y económica, consolidando su estancia en el país receptor muchas veces en calidad de refugiados (Centro de Derechos Humanos PUCE , 2018; p.4). Entonces al adquirir dicho estatus jurídico, los Estados receptores tiene la obligación de crear condiciones de acogimiento, acceso (territorial y servicios básicos), acompañamiento y registro. Todo esto con base en lo establecido en la nota de orientación sobre el flujo de venezolanos emitida por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas (2018) en cuanto a la inclusión de estándares mínimos que deberían garantizarse a nivel comunitario:

a) Legalidad: los requisitos y los procedimientos para la aplicación de estos mecanismos deberían definirse y articularse bajo la legislación nacional. El ACNUR insta a los Estados a garantizar que las personas que se benefician de estos mecanismos se les expida un documento oficial reconocido por todas las autoridades gubernamentales.

b) Accesibilidad: los mecanismos pertinentes deberían ser accesibles a todos los venezolanos, independientemente de la fecha de entrada al país de acogida. Esto significaría que no debería haber costos asociados con la solicitud de este mecanismo o solo costos mínimos, y que estas solicitudes se deberían aceptar en varios lugares del territorio para garantizar que los costos de transporte no sean prohibitivos. Además, ni la entrada/presencia irregular ni la falta de documentos de identidad serían vistos como una razón válida para denegar el acceso a dicho mecanismo.

c) Acceso a los derechos básicos: los mecanismos basados en la protección también podrían garantizar el acceso a los servicios básicos y a los derechos fundamentales, en igualdad de condiciones con otros ciudadanos extranjeros que son residentes legales en el territorio del Estado, de conformidad con las Directrices del ACNUR sobre protección temporal o acuerdos de estancia. Estos derechos incluyen: 1) acceso a la atención médica; 2) acceso a la educación; 3) unidad familiar; 4) libertad de circulación; 5) acceso a albergue, y 6) el derecho al trabajo. Estos derechos se garantizarían de manera igualitaria y no discriminatoria.

d) Garantías de no retorno: en vista de la situación actual en Venezuela, el ACNUR hace un llamamiento a los Estados para que les garanticen a las personas beneficiarias de estas formas complementarias de protección, protección temporal o acuerdos de estancia, visados o mecanismos migratorios laborales que no sean deportados, expulsados, o de cualquiera otra manera forzados a retornar a Venezuela, de acuerdo (2-3).

De ahí que, el Estado ecuatoriano al abrir sus fronteras a la mayoría de inmigrantes venezolanos aparentemente ha cumplido con lo establecido en este instrumento internacional además de Estatuto de New York de 1967 sobre Refugiados, acatando los compromisos internacionales de acceso y acogimiento. Sin embargo, ha descuidado una de las aristas de este compromiso internacional, que es el acceso a derechos básicos en lo referente a la protección y optimización de derechos fundamentales como la igualdad de condiciones incluso en su condición de extranjero.

Una vez contextualizado el estatus jurídico y las garantías de los migrantes venezolanos en calidad de refugiados, el Ecuador ha adoptado estos estándares internacionales incluso en su normativa interna. Pero a raíz de la maximización de población inmigrante irregular y sin ocupación laboral estable, la lógica estatal en materia migratoria ha sido la de asociar dicha desocupación y situación irregular con la posible comisión de delitos o su vez con la transferencia de actividades delictivas a un territorio en particular, en este caso el Ecuador. Este hecho produce la crimigración en total contradicción con las garantías y derechos fundamentales de los inmigrantes.

La suma de factores como: desocupación, situación de migración irregular y un sistema económico precario por parte del país receptor, dan lugar a que se cree una estructuración de tratamiento excluyente a la población migratoria, en la cual estas personas son el foco principal de la sospecha de cometimiento de delitos y la causa de la falta del empleo en el Estado receptor.

En ese sentido se evidencia el primer peldaño de este proceso securitario en cuanto a la activación de la alarma social, al momento en que el colectivo poblacional señala al extranjero como principal causa de problemas sociales como desempleo e incremento de la delincuencia. Por tanto, la demanda social hacia la estructura gubernamental para solucionar este problema de inseguridad desemboca en la utilización de la doctrina jurídica del Lawafare, la cual consiste en la utiliza-

ción del Derecho como herramienta o como un elemento más del que las fuerzas de coacción estatales generalmente las fuerzas armadas y fuerza pública, para la consecución de objetivos particulares (Suberviola, 2017; pp.190-191); en este caso, la eliminación de la violencia e inseguridad acarreada por la ola migratoria venezolana.

Como se puede apreciar esta doctrina generalmente tiene una connotación negativa ya que busca interponer demandas sociales que pretenden “solucionar” problemas a corto plazo (Suberviola, 2017;92). Así el gobierno ecuatoriano ha desafiado a estos compromisos internacionales al utilizar este mecanismo de Lawfare como una respuesta simbólica hacia el problema de inseguridad e incremento de actividad delictual en los últimos años (Tracthtman, 2016; p.262).

En ese contexto lo que se pretende es buscar nuevos sectores que funcionan como “chivo expiatorio” en el creciente fenómeno de inseguridad, por medio de dicha legislación de emergencia. Es así como se legitima la intervención de un Derecho Penal como herramienta para la gestión de riesgos y la adopción de una técnica de combate contra los migrantes que representan un problema gradual para la seguridad nacional (Sánchez, 2001, 128).

De tal forma que, con lo anteriormente mencionado, el Lawfare ha facilitado la difusión de una ideología de la exclusión y la discriminación, con la aceptación de un discurso securitario del bien común. Es decir, un discurso propagandista en la eliminación de este potencial peligro (inmigrantes venezolanos) que posibilitará el alcance de una sociedad más segura y libre de delincuencia. Bajo esta lógica de preservación de la seguridad nacional la idea un sector político es vista como lo políticamente aceptado y correcto dentro de un Estado de Derecho cuando es todo lo contrario, ya que justifica un régimen arbitrario de manipulación legislativa.

Un claro ejemplo de aquello, es el caso venezolano y las relaciones internacionales de Ecuador con el mismo, que han materializado dicho fenómeno al momento en que instituciones facultadas para regular el tema de movilidad humana y la recepción de refugiados en el país, como lo son: el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, el departamento de Migración y la Cancillería, han adoptado un funcionamiento de manipulación del ordenamiento jurídico con una clara omisión a los estándares internacionales acordados e incluso la normativa constitucional. Esto se refleja en la política pú-

blica en la que se hizo obligatorio la presentación del pasaporte por parte de los venezolanos para ingresar al Estado ecuatoriano y la cual fue ratificada por el Ministerio de relaciones Exteriores y Movilidad Humana, mediante acuerdo ministerial No.000242 de 16 de agosto de 2018 en la que se acordó establecer como requisito previo al ingreso del territorio ecuatoriano la presentación del pasaporte.

Es así que, en este caso en particular, se presenta una clara vulneración a los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, además de la directa inobservancia del derecho a migrar establecido en el art. 40 de la Constitución. De modo que, al exigir este requisito de presentación de pasaporte en la frontera, manifiesta la institucionalización de la política excluyente y discriminatoria al considerar a las personas inmigrantes como ilegales por su condición migratoria (Constitución de la República del Ecuador, 2008; art.40).

Además de lo mencionado, otra muestra de esta manipulación normativa se evidencia en la omisión de lo estipulado en la Ley Orgánica de Movilidad Humana, que en su art. 84 dictamina que para el ingreso y salida del territorio nacional los ciudadanos de la región sudamericana pueden ingresar y circular en el territorio ecuatoriano presentando solamente su documento de identificación nacional (Ley Orgánica de Movilidad Humana, 2017; art. 84).

Por todo lo expuesto, es posible identificar una política migratoria contraria al marco constitucional vigente, a través de el discurso securitario y proteccionista de la seguridad nacional con atención al resguardo de fronteras y la restricción a la libre movilidad humana como derecho fundamental. Así, se habilita la construcción de un discurso simbólico neopunitivista que legitima actuación del gobierno ecuatoriano al manejar riesgos y posibles actividades delictivas mediante la limitación y vulneración en el derecho a migrar, en pocas palabras establecer un régimen diferenciado a estas personas por el simple hecho de su condición de inmigrantes; y por ende, fuentes potenciales de peligro.

2. CONCLUSIONES

La sociedad de riesgo es producto del elemento del aprovechamiento por parte de nuevas formas de criminalidad sobre las herramientas facilitadoras de la globalización: como supresión de fronteras, intercambio comercial a nivel mundial y movilización de ideologías y cultura en la aldea global. Creando una situación de inseguridad insostenible e incontrolable en el sistema Estatal.

La reacción estatal en el desarrollo de la política criminal a partir de la sociedad de riesgo se enfoca a la creación de condiciones que permitan neutralizar nuevos fenómenos criminales como objetivo para la optimización de la seguridad ciudadana y el ejercicio de libertades individuales, incluso si aquello significa criminalizar ciertos sectores y conductas bajo el discurso de preservación estatal.

La construcción de valores, intereses y expectativas sociales aceptadas por todo el conglomerado social se postivizan mediante el ordenamiento jurídico, y al adquirir la fuerza normativa en una institución jurídica, categorizan lo socialmente aceptado y la determinación del "otro" o enemigo en el contrato social.

El enemigo es resultado de este imaginario social que deriva del rechazo hacia estos valores y expectativas sociales, y por tanto el estereotipo de fuente potencial de peligro se legitima al momento en que el ordenamiento jurídico lo identifica como tal a través de un tratamiento punitivo diferente.

La estereotipización criminalizante resulta de un proceso derivado de la criminalización secundaria, ya que refuerza la selectividad de individuos potencialmente peligrosos, no por las acciones delictivas que puedan llegar a materializar, sino más bien por la capacidad lesiva simbólica hacia el contrato social.

La manifestación de este enemigo en el derecho, específicamente en el derecho penal y migratorio, resulta de la categorización de las personas inmigrantes como amenaza por el hecho de ser extranjeros, siendo un peligro para seguridad nacional. Así la expansión del derecho penal en la sociedad de riesgo flexibiliza y admite un régimen penal diferenciado entre ciudadanos y extranjeros.

La criminalización de la migración resulta de un proceso de securitización que pretende controlar el flujo migratorio activando una política excluyente hacia los inmigrantes como principal causa en el aumento del crimen, violencia e inseguridad, en especial en los flujos masivos como en el caso venezolano.

La crimigración habilitó la categorización de la migración irregular o migración forzada como una fuente de peligrosidad potencial, al contextualizar a este fenómeno como un factor de desestabilización, desafío y rechazo hacia el contrato social; por ende, los inmigrantes (otros) son considerados como enemigos que deben ser excluidos del sistema social.

La selectividad de criminalización enfocada a los inmigrantes -en caso de venezolanos- responde a la habilitación del Derecho Penal Simbólico como una respuesta aparentemente eficaz ante nuevas formas de criminalidad y la demanda social de la población en la implementación de políticas de seguridad y eliminación de la delincuencia.

La convergencia entre crimigración y la protección de la seguridad nacional en grado de preservación estatal es posible a través de la utilización de la norma como medio de combate (Lawfare). Con la finalidad de concretar este placebo social de seguridad mediante la utilización del Derecho como mecanismo directo en la eliminación de la fuente de amenaza como en el caso particular analizado de la población venezolana.

3. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aponte, A. (2006). Derecho penal del enemigo vc. Derecho penal del ciudadano: Günther Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemistad. En M. C.-J. Díez, *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Marcial Pons.

Beck, U. (1998). *La sociedad de riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paideos Ibérica .

Bourdieu, P. (2007). *El sentido práctico*, trad. Ariel Dilon, Buenos Aires, Argentina: Siglo

Cancio Melia, M., y Sánchez, J. S. (2006). *Delitos de Organización*. Buenos Aires : B de F .XXI.

Cepeda, A. I. (2007). *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel.

Cesano, D. (2004). *La política criminal y la emergencia (Entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)*. Córdoba, Argentina: Editorial Mediterránea.

Frankenberg, G. (2014). *Técnica Estatal: perspectivas del Estado Derecho y el Estado de excepción* . Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni.

Fichte, J. (1994). *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.

García, J. Á., y Bessa, C. F. (2010). La construcción de los migrantes como categoría de riesgo para el sistema penal Español. En C. M. Casabona, *Criminalización racista de los migrantes en Europa* Granada: Comares.

Gestoso, J. (1993). *Los estereotipos sociales: el proceso de perpetuación a través de la memoria selectiva*. (Tesis Doctoral). Universidad Complutense de Madrid. Madrid, España.

Jakobs, G. (2006). Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. En Meliá, C. (2006). *Derecho penal del enemigo*. Madrid, España: Thomson Civitas.

Mendoza, B.B, (2001). *El derecho penal en la sociedad de riesgo*. Madrid: Civitas .

Parsons, T. (1984). *El sistema social*. Madrid, España: Alianza Editorial. Polaino- Orts, M. (2009). *Derecho penal del enemigo: fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*. Barcelona : Boch.

Rodríguez Moreno, F. (2013). *La expansión del derecho penal simbólico*. Quito, Ecuador: Editorial Cevallos.

Silva Sánchez, J. M. (2001). *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas

Varvaele, J. (2007). *La legislación antiterrorista en Estados Unidos*. Buenos Aires : Editores del Puerto.

Zaffaroni, E. (2002). *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. (tomo I). Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Zaffaroni, E. (2006). *El enemigo en el derecho penal*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.

Artículo de Revista

Baratta, A. (1991). *Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. Pena y Estado: (función simbólica de la pena)*, (1).

Castoriadis, C. (2007). *La institución imaginaria de la sociedad*. (No. 316.354). Tusquets.

Contreras, G. P. (2016). Bases teóricas del “nuevo” derecho penal schmittiano: el derecho penal y procesal penal del “enemigo”. *Revista Ius* (México), 1(19).

Cordero, M. Z. (2006). La doctrina de la seguridad nacional y su impacto en el derecho penal latinoamericano. *Cenipec*.

Guia, M. J. (2012). Crimigración securitización y la criminalización de los migrantes en el sistema penal. *Ius Gentium Conimbrigae- Repositorio Institucional Universidad de Coruña*.

Isaza, A. G. (1966). Personalismo y Transpersonalismo del Estado . *Revista de la Universidad Pontificia Bolivariana*.

Artículo con DOI

Cabello, A. M., y Ruiz, J. H. (2005-2006). La sociedad del riesgo y la necesidad moderna de seguridad. *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, 27-40. doi:10.20932

Gloekner, R., y Ramos, M. (2017). El sentido del populismo penal: Un análisis más allá de la condena ética. [Traducido al español de: Los

sentidos do populismo penal: uma análise para além da condenação ética]. *DELICTAE: Revista De Estudos Interdisciplinares Sobre O Delito*, 2(3), 248. doi:10.24861/2526-5180.v2i3.39

López, J. M. (2012). *Apectos dogmáticos y político-criminales en el tratamiento penal de la delincuencia organizada. Anales de Derecho*, 90-117. doi:10.6018

Sánchez Morales, H. (2016). Génesis y desarrollo del concepto de evolución. *Pensamiento. Revista de Investigación e Información Filosófica*, 71(269 S. Esp), 1119-1140. doi: 10.14422/pen. v71.i269.y2015.004

En línea

Acevedo, G. B. (2009). *Las migraciones internacionales y la seguridad multidimensional en tiempos de la globalización. Diálogo Andino*, 139-149. Obtenido de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rda/n48/art13.pdf>

Aller, G. (2010). *La sociedad del riesgo*. Obtenido de Biblioteca digital de la Universidad de la República de Uruguay : https://wold.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/sociedad-del-riesgo_aller.pdf

Bravo, R. C. (2007). *La cabeza de Jano El derecho de excepcion norteamericano en el primer mandato de George H. W. Bush*. Mientras Tanto, 49-68. Obtenido de <http://www.jstor.org/stable/27821226>

Buitrago, F. L. (2003). La doctrina de seguridad nacional: Materialización de la guerra fria en América del sur. *Revista de Estudios Sociales*, 74-87. Obtenido de <http://www.redalyc.org/html/815/81501506/>

Carrasco, E. J. (2017). El concepto de “Expansión” del derecho penal puesto en cuestionamiento. Su relación conflictiva con el concepto de “Inflación” penal . Obtenido de *Revista Estudios penales y criminológicos de la Universidad Santiago de Compostela* : <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/3059/4175>

Cases, M. G. (2012). *Grupo de investigación en gobierno, administración y políticas públicas*. Obtenido de Crimen organizado transnacional y seguridad: la política criminal como compromiso internacional: http://www.gigapp.org/administrator/components/com_jresearch/files/publications/083%20GARCIA-CASES.pdf

Centro de Derechos Humanos PUCE (2018). *Observatorio de Justicia Constitucional UASB Ecuador*. Obtenido de Amicus Curiae : <http://www.uasb.edu.ec/documents/62017/1434658/Amicus+PUCE+y+-defensores+de+derechos+humanos/b079123b-3a05-4fb9-88c4-656190db07ab>

Chabat, J. (2011). *El Estado y el crimen organizado transnacional: amenaza global, respuestas nacionales*. Obtenido de Revista digital ISTOR : http://www.istor.cide.edu/archivos/num_42/dossier1.pdf

Correa, C. P. (2013). Marcando al delincuente: estigmatización, castigo y cumplimiento del derecho. *Revista Mexicana de Sociología*, 287-311. Obtenido de <http://www.jstor.org/stable/43495657>

Covarrubias, H. M. (2013). *El redoble de la migración forzada: Inseguridad, criminalización y destierro*. Red Internacional de Migración y Desarrollo, 159-175. Obtenido de <http://www.redalyc.org/pdf/660/66029968007.pdf>

Cruz, F. Y. (2015). *E- archivo repositorio Institucional de la Universidad Carlos III de Madrid*. Obtenido de La seguridad nacional en el Estado constitucional de Derecho: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/22515/freddy_sagastegui_tesis.pdf

Domenech, E. (2015). Inmigración, anarquismo y deportación: La criminalización de los extranjeros “indeseables” en tiempos de las “ grandes migraciones”. *Revista interdisciplinaria de movilidad humana*, 169-196. Obtenido de http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1980-85852015000200169&script=sci_abstract&tlng=es

Garrido, A. P. (2016). *La lucha antiterrorista y el nuevo sistema de seguridad internacional tras el 11 de septiembre: ¿Una consecuencia lógica?* Foro Internacional, 941-976. Obtenido de <http://www.jstor.org/stable/44112639>

Laguía, I. M., y Pascual, B. C. (2009). Políticas de seguridad, control preventivo y peligrosidad. La construcción del orden social securitario. *Eguzkilore*, 159-173. Obtenido de <https://www.ehu.es/documents/1736829/2176697/14-Munagorri.indd.pdf>

Lasso, L. H., y Artola, J. B. (2011). *CASEDE*. Obtenido de Migración y seguridad: dilemas e interrogantes: <https://www.casede.org/PublicacionesCasede/MigracionySeguridad/cap1.pdf>

Mahecha, G. R. (2010). *¿Derecho penal del enemigo o la solución final al problema de la delincuencia? Papel Político*, 309-323. Obtenido de <http://www.redalyc.org/pdf/777/77719013012.pdf>

Mesa, D. E. (2007). *Derecho penal de enemigos. Una mirada al derecho y a la guerra. Estudios de Derecho*, 172-180. Obtenido de <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/2530>

Paiva, E. A. (2009). Los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales. Obtenido de Université de Fribourg: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20091207_03.pdf

Pérez, M. Á. (2013). *La Criminaliación de la inmigración*. Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5425959.pdf>

Picq, M. L. (2017). *De la academia alas rejas: detención y criminalización en Ecuador*. Ecuador Debate 101, 109-121. Obtenido de <http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/13628/1/REXTN-ED101-09-Lavinas.pdf>

Prittwitz, C. (2016). *Sociedad del riesgo y Derecho Penal* . Obtenido de Ciencias penales : <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/13sociedad-del-riesgo-y-derecho-penal.pdf>

Ripollés, J. L. (2005). *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado* . Obtenido de Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología : <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>

Rodríguez, L. A. (2008). La lucha contra el Crimen organizado como dilema para el Estado de Derecho. Aproximación a una alternativa. *Revista Jurídicas*, 89-108. Obtenido de <http://www.redalyc.org/pdf/1290/129012573006.pdf>

Rousseau, J. (1999). *El Contrato Social o principios de Derecho Político*. Recuperado de: <http://www.enxarxa.com/biblioteca/ROUSSEAU%20El%20Contrato%20Social.pdf>.

Suberviola, J. R. (2017). *Academia.edu*. Obtenido de Lawfare . El uso del Derecho como arma : https://www.academia.edu/35003666/Lawfare._El_uso_del_derecho_como_arma

Trachtman, J. (2016). *Integrating Lawfare and Warfare*. Boston College International and Comparative Law Review, 267-282. Obtenido de <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1768&context=iclr>

Legislación nacional

Asamblea Nacional del Ecuador, Constitución de la República del Ecuador (20 de octubre de 2008), Registro Oficial Nro. 449.

Asamblea Nacional del Ecuador, Ley Orgánica de Movilidad Humana. (6 de febrero de 2017), suplemento del Registro Oficial Nro. 938.

Asamblea Nacional del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal (3 de febrero de 2014), suplemento del Registro Oficial Nro.462.

Artículos de prensa

Puente, D. (2018). Defensora del Pueblo califica de xenófobo vincular la presencia de extranjeros con la inseguridad. *El Comercio*. Recuperado de: <https://www.elcomercio.com/actualidad/defensoradel-pueblo-xenofobia-extranjeros-inseguridad-ecuador.html>.

Recibido: 15 de septiembre de 2018

Aceptado: 24 de noviembre de 2018

Dr. Alex Valle Franco, PhD: Docente titular del Instituto de Altos Estudios Nacionales. Doctor en Derecho (PhD, 2016) por la Universidad de Bremen (Exzellenz Universität) Alemania, Profesor titular de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y profesor titular del Instituto de Altos Estudios Nacionales, Quito- Ecuador

Correo electrónico: alex.valle@iaen.edu.ec.

Felipe Rodríguez Estévez : Investigador jurídico independiente

Correo electrónico: feliperod1694@gmail.com

Rosa Bolaños Arellano: Investigador jurídico independiente

Correo electrónico: rosiandre0795@gmail.com