

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

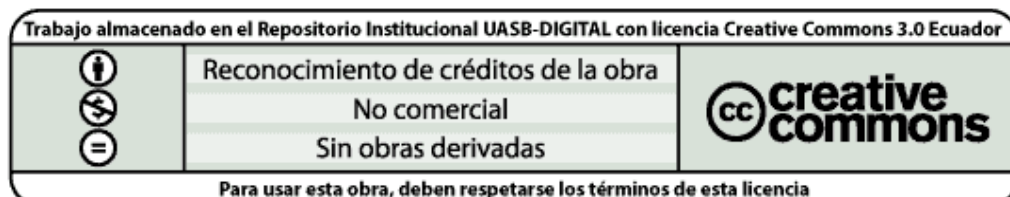
Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho Penal

El derecho a migrar frontera del tráfico ilegal de migrantes

Danilo Fabián Faican Auquilla

Quito, 2016



CLAUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS.

Yo, Danilo Fabián Faican Auquilla, autor de la tesis intitulada “EL DERECHO A MIGRAR FRONTERA DEL TRÁFICO ILEGAL DE MIGRANTES”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Abril 16 de 2016

Firma:

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Penal

Autor: Danilo Fabián Faican Auquilla

Tutor: Pablo Sebastián López Hidalgo

Quito – 2016

RESUMEN

Esta investigación se orienta a responder la siguiente pregunta: ¿De qué manera la regla penal de tráfico ilícito de migrantes limita el derecho a migrar previsto en la Constitución de la República de Ecuador? Para poder responder esta interrogante, el trabajo se ha dividido en tres capítulos.

En el primer capítulo se ubica el alcance conceptual del derecho a migrar, para analizarlo como principio. Se determina las características, el titular del derecho, persona o ciudadano, para posteriormente fijar el contenido con sus elementos internos y externos. Se señalan las obligaciones positiva y negativa que tiene el Estado y que se concretan en los deberes de promover, proteger, asegurar y respetar al titular y al contenido de este derecho, por último, se precisan los alcances y límites de actuación del titular del derecho con alusión a su contenido.

En el segundo capítulo se analiza el alcance de la regla penal de tráfico ilícito de migrantes, en relación con los sistemas penales. Se describe el alcance de la escuela penal funcionalista en sus dos vertientes, Claus Roxin por un lado y Günther Jakobs, para luego confrontarla con la corriente penal garantista. Posteriormente se analizan los elementos del delito, en concordancia con la doctrina, los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos y de derecho penal internacional, para contrarrestarlo con el tipo penal recogido en nuestro ordenamiento jurídico.

En el tercer capítulo, se analiza el derecho a migrar desde la perspectiva, político-criminal y jurídica, posteriormente se realiza el análisis de dichas definiciones con un criterio constitucional. Se termina el capítulo presentando los resultados del juzgamiento de uno de los casos más emblemáticos que sobre tráfico ilícito de migrantes se ha ventilado en Ecuador; y además se presentan cifras estadísticas que evidencian la poca efectividad que ha tenido la reforma penal de endurecimiento de penas como mecanismo de combate al delito y de persuasión a los migrantes para no migrar de manera irregular.

DEDICATORIA

El comienzo de la felicidad más infinita para el ser humano, los hijos: A mi hija Danna Emilia (solecito), el contenido de mi presente y el objeto de mi futuro.

A mi padre Flavio Faican, quien con su legado de humildad, honestidad y perseverancia ha sembrado mis mayores logros.

Al sostén elemental de mi existencia mi madre y por su puesto a mis hermanos.

Danilo Fabián Faican Auquilla.

AGRADECIMIENTO

Mi infinita gratitud a quienes considero amigos y maestros, Sebastián López Hidalgo mi director, Ramiro Ávila Santamaría, y Jorge Paladines Rodríguez profesores quienes fueron la confirmación de mi vocación penal, al tribunal de mi tesis Dra. Gina Benavides y Dr. Danilo Caicedo, gracias por la ayuda brindada, misma que fue sustancial para la consecución de este logro académico.

Danilo Fabián Faican Auquilla.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO PRIMERO.....	12
EL DERECHO A MIGRAR.....	12
1.1. Aproximación conceptual.....	12
1.2. Titularidad del derecho.....	14
1.3. Contenido del derecho a migrar.....	24
1.4. Obligación estatal positiva y negativa en torno al derecho a migrar.....	31
1.5. Alcances y límites del derecho a migrar.....	36
CAPÍTULO SEGUNDO.....	40
EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES.....	40
2. El delito de tráfico ilícito de migrantes.....	40
2.1. Sistemas Penales.....	40
2.1.1. Sistema Funcionalista.....	44
2.1.2. Sistema Garantista.....	52
2.2. El delito de tráfico ilícito de migrantes.....	59
2.2.1. La conducta punible.....	63
2.2.2. El bien jurídico protegido.....	65

2.2.3. La pena.....	67
CAPÍTULO TERCERO.....	70
DERECHO A MIGRAR: PROTECCIÓN O RESTRICCIÓN.....	70
3.1. El derecho a migrar: análisis desde la perspectiva político-criminal y jurídica.....	70
3.2. El derecho a migrar: análisis desde la perspectiva constitucional.....	80
3.3. El resultado de la intervención penal en el derecho a migrar.....	86
CONCLUSIONES.....	91
RECOMENDACIONES.....	93
BIBLIOGRAFÍA.....	94

INTRODUCCIÓN

A través de la presente investigación académica, se analiza el derecho a migrar, como un derecho constitucional de reciente incorporación en Ecuador, a diferencia del derecho humano a circular libremente y a elegir residencia, que es el que se encuentra contemplado en los instrumentos internacionales de derechos humanos y que tradicionalmente se encuentra positivizado en la mayoría de constituciones del mundo.

Este derecho constitucional, a partir de su incorporación en la Constitución de la República del Ecuador, 2008, entra en colisión con la regla penal de tráfico ilícito de migrantes, prevista por el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano, la cual tradicionalmente estuvo orientada a proteger la seguridad y soberanía jurídica del Estado y de manera indirecta los derechos individuales de las personas migrantes.

De esta forma, el derecho constitucional a migrar colisiona con las reglas penales, ya que por un lado se reconoce la libertad de las personas para decidir trasladarse de un país a otro, como un atributo de su decisión y voluntad; y por otro se penalizan los actos realizados por terceros para facilitar este traslado, con el objetivo de limitar el derecho a migrar.

La historia del delito de tráfico ilícito de migrantes en Ecuador devela una tendencia a recurrir a continuas reformas que se concretan en el incremento y endurecimiento las penas, como respuesta a demandas sociales que surgen a partir de tragedias ocurridas a los migrantes. Frente a ello, el debate está en si los reclamos de las empresas morales pueden servir de argumento para el aumento de las penas o la tipificación de nuevos delitos, cuando además de por medio se encuentran los derechos y garantías positivizados a nivel local e internacional.

El derecho penal mínimo, no pueden sucumbir ante las tentaciones de la cultura del castigo, prevención y represión, que avala el derecho penal del riesgo, pues existe normativa interna y externa que limita el menos en teoría, esa potestad punitiva. La

política criminal no puede tener como único y último recurso al derecho penal, pues este, según las tendencias actuales se oriente a limitar y contener al poder punitivo.

Bajo este marco, el objetivo principal de la presente investigación está en responder a la pregunta: ¿De qué manera la regla penal de tráfico ilícito de migrantes limita el derecho a migrar previsto en la Constitución de la República de Ecuador? Como objetivos específicos se buscó: 1. Analizar el derecho a migrar como principio constitucional y el delito de tráfico ilícito de migrantes como regla penal, a la luz de la doctrina, y los instrumentos jurídicos internacionales. 2. Analizar el sistema penal funcionalista, el sistema garantista y confrontarlos en la definición de tipo penales, en especial con el delito de tráfico ilícito de migrantes; y 3. Realizar una crítica desde la perspectiva político-criminal, jurídica y constitucional en torno al derecho a migrar en relación al delito de tráfico ilícito de migrantes.

Para el cumplimiento de estos objetivos se realizó una revisión de fuentes secundarias, principalmente doctrina constitucional y penal, cuerpos normativos nacionales, así como Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y de Derecho Penal Internacional. Se recabó además datos estadísticos oficiales y se analizó un expediente judicial.

Los resultados de este proceso de investigación se condensan en tres capítulos. En el primero, se presenta el marco conceptual del derecho a migrar, analizado como un principio. Se determinan las características del derecho, su titular, el contenido con sus elementos internos y externos, el Estado como obligado para respetar, proteger y garantizar el derecho, por último, se ubican los alcances y límites de actuación del titular del derecho con alusión a su contenido.

En el segundo, se hace referencia a la regla penal de tráfico ilícito de migrantes, en relación con los sistemas penales. Se describe la escuela penal funcionalista en sus dos vertientes, Roxin y Jakobs, para confrontarla con la corriente penal garantista. Posteriormente se analiza los elementos del delito de tráfico, en concordancia con la doctrina, los tratados e instrumentos internacionales referentes al tema, para contrarrestarlos con el tipo penal recogido en nuestro ordenamiento penal.

En el tercer capítulo, se analiza el derecho a migrar desde la perspectiva, político-criminal y jurídica, en torno a las decisiones que adopta el poder legislativo en su potestad definitoria, posteriormente realizo el análisis de dichas definiciones con un criterio constitucional. Se termina este capítulo realizando un análisis de un caso en particular y presentando datos estadísticos sobre la incidencia del tráfico de migrantes en el país y en particular en un juzgado de la provincia de Azuay, luego de las últimas reformas penales que incrementaron su pena.

Este trabajo de investigación finaliza presentando una serie de conclusiones y recomendaciones que buscan contribuir a la reflexión sobre el derecho a migrar y el delito de tráfico ilícito de migrantes, proponiendo algunas medidas que permitan superar la contradicción normativa entre el principio constitucional y la regla penal.

Capítulo primero

El derecho a migrar

El presente capítulo se inicia presentado una aproximación conceptual sobre el derecho a migrar, a continuación se pasa a determinar su titularidad, su contenido interno y externo, se especifican las obligaciones positivas o negativas que tiene el Estado frente a éste; y por último, se fijan los alcances y límites de actuación del titular del derecho a migrar en cuanto a su contenido o núcleo duro.

1.1. Aproximación conceptual

La migración de seres humanos, ha dado origen a la existencia de criterios políticos y jurídicos en torno al derecho a migrar o como lo llama Mezzadra “derecho de fuga”¹. Esta facultad *prima facie* no implicaría únicamente el traspaso de fronteras de un país a otro, sino por el contrario significaría, la salida del país emisor, la entrada y la permanencia en el estado receptor, es decir, emigración e inmigración como especies del genero migración.

Como se podrá ver a continuación, los criterios De Vitoria, Ermanno Vitale y Ferrajoli, sirven para sentar una base conceptual del derecho a migrar.

El *ius migrandi*, según Francisco de Vitoria (derecho a desplazarse hacia el nuevo mundo) representó para esta doctrina, el “título legítimo” para los conquistadores, pues según Vitoria, “los españoles tienen derecho a recorrer aquellos territorios y permanecer allí”². Al decir de este autor, el amor al prójimo, la amistad entre los hombres, el disfrute de las cosas comunes, justificaba el traslado al nuevo mundo basado en el derecho divino y el derecho natural. Desde esta perspectiva el derecho a migrar no significaba únicamente salir de un territorio, sino también, el

¹ Ermanno Vitale en su obra cita a S. Mezzadra quien utiliza este término en su obra *Diritto di fuga*. Pero no debemos entender el término derecho de fuga en el sentido de salir de un país por alguna conducta execrable, más bien como una necesidad subjetiva, psicológica y existencial o como dice el mismo autor un movimiento revolucionario embrionario. Ermanno Vitale en su obra *Ius Migrandi*, (España: Editorial Melusina, 2006), 57. no debemos entender el término derecho de fuga en el sentido de salir de un país por alguna conducta execrable, más bien como una necesidad subjetiva, psicológica y existencial o como dice el mismo autor un movimiento revolucionario embrionario. Ermanno Vitale en su obra *Ius Migrandi*, (España: Editorial Melusina, 2006), 57.

² Francisco de Vitoria, traducción de Luis Frayle Delgado, *Sobre el Poder Civil. Sobre los indios. Sobre Derecho de la Guerra*, (Madrid: Tecnos, 1998), 129.

derecho de ingresar a otra patria sin que nadie pueda impedirlo, por lo tanto, esta era la fuente de legitimación de los españoles para invadir los territorios americanos.

Por su parte, para Ermanno Vitale, el derecho de transferirse y residir en cualquier parte del mundo, estaba previsto en “la constitución francesa de 1948 y en varias constituciones españolas y latinoamericanas del siglo XIX”³. El término *ius migrandi*, para Vitale es el género con dos especies: la emigración e inmigración, que significa “los movimientos de salida y de entrada en un estado o región geográfica definida”⁴.

A su vez, para Ferrajoli, el derecho a migrar como una derivación del *ius communicationis* “comporta el derecho de inmigrar a una país distinto al de emigración”⁵, y tiene el carácter de universal, conforme se desprende de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH).

Los tres criterios expuestos son coincidentes en determinar el alcance del derecho a migrar, pues así fue concebido en su génesis por Vitoria, lo que posteriormente es ratificado por Vitale y Ferrajoli.

Del análisis precedente, se determina que el derecho a migrar abarca tres dimensiones: “espacial, temporal y social”⁶. El movimiento corporal debe realizarse entre dos circunscripciones territoriales y por un tiempo duradero que desde luego suponga un cambio en su entorno social. Estos criterios suponen un movimiento físico internacional de un individuo, que se reconoce por un derecho, por ser innato al ser humano según lo reconoce Vitoria⁷.

Desde el punto de vista normativo, la DUDH⁸, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PICIP)⁹, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)¹⁰, y la Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias (CTMF)¹¹, son coincidentes en reconocer el

³Ermanno Vitale, *Derecho a Migrar: ¿El Cumplimiento de la Edad de los Derechos?*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/253/pr/pr4.pdf>, Acceso 29/03/2016.

⁴Ermanno Vitale, *Ius Migrandi*, (Madrid: Melusina, 2006), 12.

⁵Luigi Ferrajoli, *Razones Jurídicas del Pacifismo* (Madrid: Trotta, 2004), 125.

⁶Cristina Blanco, *Las Migraciones Contemporáneas* (Madrid: Alianza Editorial, 2000), 16.

⁷De Vitoria, *Sobre el Poder Civil. Sobre los Indios. Sobre Derecho de la Guerra*, 129.

⁸*Declaración Universal de los Derechos Humanos* (en adelante DUDH) [1948], Art. 13 num. 2.

⁹*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, (en adelante PICIP) [1966], Art. 12 num. 2.

¹⁰*Convención Americana sobre Derechos Humanos*, (en adelante CADH) [1969], Art. 22 num. 2.

¹¹*Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias*, (en adelante CTMF) [1990], Art. 5. Literal a y b.

derecho de las personas a salir libremente de cualquier país, circular libremente por el mismo y fijar su residencia. Sin embargo, cabe tener en cuenta que la DUDH es el único instrumento que reconoce este derecho sin apelar a un *status* de legalidad, los otros lo exigen y ello implica una restricción.

De acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por emigrar o migrar se entiende: “dejar un estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él”¹².

Por su parte, la Constitución de la República del Ecuador (CRE) en el capítulo tercero, sección tercera, establece dentro de los derechos de grupos de atención prioritaria a la movilidad humana, y reconoce dentro de ella el derecho a migrar.¹³ Además en el capítulo sexto establece “el derecho entrar y salir libremente”, pero regulado por la ley¹⁴; y por último, dentro del título sobre las relaciones internacionales determina como principios expresos de movilidad humana: “la ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero”¹⁵.

Según los instrumentos internacionales, la doctrina, la CRE y el criterio de algunos autores como, De Vitoria, Ferrajoli y Vitale, queda claro que el derecho a migrar o *ius migrandi* engloba necesariamente el acto de salir, ingresar y permanecer en un territorio extranjero, circunstancia que está legitimada, sobre todo por la DUDH en su art. 13 num. 2, que según Ferrajoli, recoge la “prohibición para la comunidad internacional de impedir la inmigración y el correlativo derecho de acogida”¹⁶ y por supuesto el Derecho de Gentes.

1.2. Titularidad del derecho

Una vez identificado el concepto del derecho a migrar en términos generales, se pasa a determinar quién o quiénes son los titulares que pueden salir de un país, entrar en otro espacio geográfico y permanecer en el territorio de un estado distinto al suyo, pero,

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* N° 2: migrante Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Decisión de 17 de septiembre de 2003, <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/migrantes4.pdf> Acceso 20-02-2016.

¹³ *Constitución del Ecuador* en adelante CRE [2008], tít. II, “Derechos”, cap. tercero, “Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria”, Art. 40.

¹⁴ CRE, Art. 66. num. 14.

¹⁵ *Ibíd.*, Art. 416, num. 6.

¹⁶ Luigi Ferrajoli, “Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales”, en *Los derechos Fundamentales en la Teoría del Derecho* (Madrid: Trotta, 2001), 175.

con la misma condición jurídica que la anterior. Para ello cabe preguntar si ¿Son titulares de este derecho las personas en general o sólo los ciudadanos? Y además si ¿Son titulares de este derecho sólo las personas en situación regular o también las personas en situación irregular, es decir los que ingresan a un Estado sin documentos?

Según Javier de Lucas, “los derechos son propios del hombre desnudo, sin necesidad de que concurra ningún atributo o característica adicional, razón por la cual se presentan como universales en el espacio y en el tiempo”¹⁷.

Sin embargo, en la historia de la humanidad la titularidad de los derechos de los seres humanos ha estado sujeta a las consideraciones de edad, sexo, género, etnia, condición económica, nacionalidad, entre otros, develando con ello las concepciones ideológicas o jurídicas imperantes en un tiempo y espacio histórico determinado; y legitimando con ello procesos de exclusión.

El tránsito del absolutismo al estado liberal, con lo cual el derecho natural se seculariza, significó la positivización de los derechos humanos que se recogieron en el *Bill of Rights* de 1668, en la Declaración de Virginia, en la Declaración de Independencia de 1776 y por su puesto en la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano de 1789. La agonía del despotismo permite el surgimiento del estado liberal, donde se promueven las libertades individuales y la protección de los derechos ciudadanos.

El individuo se convierte en un ser libre, igualitario, racional y el ejercicio de sus derechos se regula por los derechos fundamentales básicos. En síntesis, en el ámbito político, jurídico, social y económico, el liberalismo aspira la igualdad del hombre en la titularidad de sus derechos, con lo cual “la ley puede hacer muchas clases de ciudadanos, asignar también cualidades y derechos, pero no puede decir quiénes han de gozarlos”¹⁸.

El gobierno de los hombres cede paso al Estado de derecho propio del siglo XIX, con ello se elimina la arbitrariedad estatal, se fijan los límites y alcances de la actividad del estado, y los derechos de los ciudadanos, la ley emerge como un instrumento de garantía de los derechos. Los elementos trascendentales en este siglo

¹⁷ Javier de Lucas, *El desafío de las fronteras* (Madrid: Ediciones Temas de Hoy, 1994), 41.

¹⁸ Jean Jacques Rousseau, *Contrato Social o Principios del derecho político* (Buenos Aires: Impreso por Moreno), 42.

son: la subordinación del poder y del individuo a la ley, y la representatividad en el parlamento con la división de poderes.

El padre del liberalismo John Locke, sostenía que el pueblo tiene el poder soberano, y le otorga a la sociedad política su confianza para proteger la vida, la libertad y los bienes, reservándose el derecho a la resistencia en caso de que el gobierno no cumpla sus fines. El inglés liberal expreso que “la ley natural es una ley eterna para todos los hombres, incluidos los legisladores, cuyas leyes positivas tienen que ser acordes con las leyes naturales”¹⁹.

Montesquieu, Rousseau, Voltaire entre otros liberales engendraron la revolución francesa, gesta trascendental que dio origen jurídico a la conocida Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, declaración que abre el espectro de protección de derechos individuales sin exclusión alguna, ya que proclama una titularidad abstracta cuando describe que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”²⁰.

La titularidad que reconoce la declaración incluye a todos los individuos de la especie humana, al menos normativamente. Empero, esta aparente igualdad de titularidad de derechos, será únicamente para los varones propietarios que eran considerados ciudadanos, excluyendo a las mujeres, a los indígenas y por supuesto a los inmigrantes. Con este modelo, las categorías jurídicas de ciudadanía y soberanía entran en franco enfrentamiento con los derechos humanos, lo que ha representado factores de exclusión, para los extranjeros. Para esa época, los derechos humanos sufren una mezquina nacionalización al ser otorgados únicamente para los ciudadanos de esa comunidad política.

El estado liberal decimonónico es una transformación y materialización de un proceso social que reafirma la discriminación basada en el concepto de ciudadanía, ya que existe una “ciudadanía ideal que funciona como parámetro para medir los logros políticos reales y como un objetivo de las crecientes expectativas sociales”²¹.

La categoría jurídica de ciudadanía, está referida “por un lado a la idea de derechos individuales y, por otro, a la noción de vínculo con una comunidad

¹⁹ Tomás Varnagy, *El pensamiento político de John Locke y el surgimiento del liberalismo* (Buenos Aires: Graficas y Servicios, 2003), 54.

²⁰ *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* [1789], Art.1.

²¹ Danilo Zolo, “La ciudadanía en una era poscomunista”, en *Ciudadanía El debate Contemporáneo* (Barcelona: Paidós, 1996), 118.

particular”²². Al respecto, la ciudadanía admite tres concepciones: una que refiere a la situación legal del sujeto como parte de una sociedad política, la segunda que hace referencia a una ciudadanía donde los individuos asuman sus responsabilidades, y la última, que sugiere la relación de los ciudadanos con el estado en particular²³.

Marshall citado por David Held, considera que “la ciudadanía es un estatus que garantiza a los *individuos* iguales derechos y deberes, libertades y restricciones, poderes y responsabilidades”²⁴. Con estos criterios me permito indicar que la concepción jurídica de ciudadanía, se forma de dos partes: en primer término se encuentra un *status* atribuido a quienes son miembros de una comunidad política en particular, es decir, a los ciudadanos, y, en segundo término se encuentra un *status* al que se asocian todos los derechos que le corresponderían a los ciudadanos.

Marshall incluye en la categoría jurídica de ciudadanía los derechos civiles, políticos y sociales, que son a su vez producto del desarrollo de un proceso que va de la mano del estado. La teoría planteada por el citado autor en su momento no fue ajena a las críticas, y es así, que autores como Giddens y Barbalet sostienen que el desarrollo natural de los derechos de ciudadanía no son paralelos a la protección del estado, sino por el contrario “proviene de la lucha de clases”²⁵ (Giddens). En este mismo sentido se considera que los derechos sociales de los ciudadanos son diferentes a “las obligaciones que corresponden al estado”²⁶ (Barbalet).

La cultura jurídica aún conserva la distinción fundamental entre *status civitatis* (ciudadanía) y *estatus personae* (personalidad) estatus que se encuentra plasmado en la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre de 1789. En este instrumento se empezó por reconocer los derechos de la personalidad y los derechos de ciudadanía, para todos los hombres de la especie humana. Dentro de esta divergencia entre categoría jurídica de hombre y ciudadano quedan confundidos estos derechos, confusión que se acentúa aún más cuando los derechos de libertad, autonomía, y propiedad no forman parte únicamente de los derechos de ciudadanía, sino también son atribuidos a los que

²² Will Kymlicka y Wayne Norman, “El Retorno del Ciudadano, Una revisión de la Producción Reciente, en Teoría de la Ciudadanía”, en *Ciudadanía El debate Contemporáneo* (Barcelona: Paidós, 1996), 5.

²³ Will Kymlicka y Wayne Norman, *Ciudadanía El debate Contemporáneo*, 5.

²⁴ David Held, Ciudadanía y Autonomía, en *Ciudadanía, El debate Contemporáneo* (Barcelona: Paidós, 1996), 42.

²⁵ Danilo Zolo, *Ciudadanía El debate Contemporáneo*, 119-121.

²⁶ *Ibíd.*, 119-121.

no son considerados ciudadanos jurídicamente (personas), dentro de los cuales se incluye a los extranjeros.

Hans Kelsen en su obra *Teoría Pura del Derecho* describe que “el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho”²⁷ por lo tanto, es la norma la que realiza y crea el *status* jurídico, para ello prescribe los deberes, las obligaciones y los derechos subjetivos que le corresponden o no al ciudadano o al hombre. El concepto de ciudadanía es y será “el medio central del conflicto social; el medio a través del cual las distintas clases, grupos y movimientos combatieron por acrecentar y proteger sus derechos y oportunidades”²⁸.

En la actualidad la noción de ciudadanía universal²⁹ se erige como un conjunto de derechos humanos (individuales, sociales, económicos), reconocidos en instrumentos internacionales. El carácter universal de los derechos se adquiere con un constitucionalismo global, lo que ha permitido superar “la dicotomía derechos del hombre/derechos del ciudadano y reconociendo a todos los hombres y mujeres del mundo, exclusivamente en cuanto personas idénticos derechos fundamentales”.³⁰ La ciudadanía universal “no se contrapone a la membresía nacional pero va más allá de ella, implica que se les reconozcan una serie de derechos humanos universales a todas las personas independientemente de su membresía a un Estado Nación”³¹.

Con la universalización de los derechos humanos, se aspira que algún día, todos los individuos puedan ser considerados como ciudadanos de la cosmópolis, donde el hecho de reapropiarse de este derecho natural subjetivo, no implique “salir de una condición jurídica de derecho positivo para acceder a una condición extrajurídica”³². Boaventura, quien pretende la globalización del derecho manifiesta que “el cosmopolitismo, sea bajo la forma de las doctrinas de derechos humanos de la ilustración, el anticolonialismo o los movimientos sociales transnacionales

²⁷ Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho* (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009), 97.

²⁸ David Held, “Ciudadanía y Autonomía”, en *Ciudadanía, El debate Contemporáneo* (Barcelona, Paidós, 1996), 53.

²⁹ El artículo 416 numeral 6 de la Constitución del Ecuador, propugna la ciudadanía universal.

³⁰ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías La Ley del más Débil* (Madrid: Trotta, 2001), 119.

³¹ Ariadna Estévez López, “Centro de Investigaciones sobre América del Norte–UNAM Proyecto de Investigación Derechos Humanos y Ciudadanía Universal”: un *Análisis Comparativo de la Exclusión Vinculada a los Flujos Migratorios en Gran Bretaña, España y América del Norte*, “s.f”.

³² Ermanno Vitale, *Ius Migrandi* (Madrid: Melusina, 2009), 229.

contemporáneos, implica proyectos contra hegemónicos que pretenden superar las jerarquías y las fronteras interestatales”³³.

La aspiración de ciudadanía universal, denominada cosmopolita por Boaventura de Sousa Santos, debe ser entendida como aquella “concepción alternativa de ciudadanía nacional y global”³⁴, donde las personas de diferentes partes del mundo buscan objetivos comunes. El fin normativo moderno, es orientar la titularidad universal de los derechos a todos los habitantes de los pueblos de abajo (migrantes), ya que con las fronteras políticas y jurídicas internas y externas, los migrantes no gozan de los privilegios de la globalización jurídica moderna.

La segunda categoría jurídica que también entra en tensión con los derechos del hombre y del ciudadano, es la soberanía, esta categoría encuentra su justificación en las “prerrogativas de la soberanía impuestas por restricciones presupuestales o en nombre de interés y objetivos de seguridad nacional definidos por el estado”³⁵. La creación y vigencia de las normas para los hombres, obedece a la voluntad política de los estados en forma individual.

Jean Bodin en su obra los seis libros de la Republica, definía a la soberanía “como el poder absoluto y perpetuo de una república”³⁶. El concepto de soberanía, se lo puede analizar desde la perspectiva interna (gobierno y legislación dentro de un estado) y externa (relaciones entre los estados), además representa una noción histórica y muchas veces considerada como atributo o sinónimo del estado. Para Vitoria los estados soberanos están sometidos internamente a la constitución y externamente al derecho de gentes, este autor realiza tres formulaciones que configuran la soberanía: sociedad natural de los estados soberanos, derechos naturales de los pueblos y los estados, y, reformulación de la doctrina cristiana de la guerra justa.

La idea de soberanía externa encuentra su legitimación en los derechos naturales del *ius communicationis*, *ius peregrinandi*, *ius commercii* y *ius migrandi*, en tanto que la guerra se constituye en el principal atributo de la misma, lo que provoca que no existan límites a la expansión soberana. Con Grocio, el derecho de gentes expuesto por Vitoria sufre un proceso de secularización, es decir, “se concibe al derecho natural basado en la

³³ Boaventura de Sousa Santos, El derecho y la globalización desde abajo, en *Hacia una Legalidad Cosmopolita* (Barcelona: Anthropos, 2005), 18.

³⁴ Sousa Santos, *Hacia una Legalidad Cosmopolita*, 19.

³⁵ Boaventura de Sousa Santos, *La Globalización del Derecho* (Bogotá, Imprenta Santa Fe, 1999), 189.

³⁶ Jean Bodin, *Los Seis Libros de la Republica* (Madrid: Tecnos, 1997).

razón, modelo que se aparta del inicial derecho natural de origen divino”³⁷ Según la corriente iusnaturalista que defiende Grocio, el estado creado para la paz interna, da nacimiento simultáneamente a una comunidad de estados que se rigen por los principios del derecho natural.

Sobre los estados no existe un poder superior más que el respeto a los tratados internacionales, “el poder soberano de un estado es aquel que no reconoce ningún otro superior a sí”³⁸. Los criterios expuestos por Jellinek ubican al titular de los derechos en diferentes posiciones frente al estado, existiría una relación jurídica de sumisión, una posición de libertad que sería la conducta permitida, es decir, el derecho subjetivo reconocido por la norma como lo constituye el derecho a migrar. La posición positiva sería los mecanismos que permitan el ejercicio de esa libertad, y por último la posición activa como mecanismos de participación.

En la Carta de Naciones Unidas que incluye a la DUDH, el PICIP y el PIDESC, la soberanía externa lejos de ser absoluta también adquiere el carácter vinculante, por la prohibición de la guerra entre los estados y por la vigencia de los principios de libertad, justicia y paz.

Los derechos según los instrumentos jurídicos mencionados en el párrafo anterior fueron proclamados como iguales y universales en abstracto, aun cuando en la práctica sean concretamente desiguales y asimétricos, esto, por la autodeterminación que asumen los estados. La soberanía ha generado un estatus de discriminación para los extranjeros, por la ausencia de garantías supraestatales que hagan efectivos los derechos reconocidos normativamente. Ferrajoli dice que “la ciudadanía, en efecto, se ha disuelto en una pluralidad de status *civitatis* diversos, dando lugar a estratificaciones sociales fundadas nuevamente en el nacimiento”³⁹.

El paradigma constitucional democrático, deviene de la evolución del modelo liberal, los derechos humanos positivizados internacionalmente se convierten en una capa de protección de los sujetos más débiles, “la libertad y los derechos se entienden de forma integral, se agregan otros principios como son: la dignidad, igualdad sin

³⁷ Jorge Benavides Ordoñez, *Los Derechos Humanos como Norma y Decisión* (Quito: V y M Gráficas, 2012), 29.

³⁸ George Jellinek, *Teoría General del Estado* (México D.F: Oxford University Press), 283.

³⁹ Luigi Ferrajoli, *Razones jurídicas del pacifismo* (Madrid: Trotta, 2004), 127.

discriminación, solidaridad y la democracia sustancial”⁴⁰. Con este modelo, la ley y los poderes, se encuentran subordinados a un estatus superior, existen prohibiciones de lesión de los mismos, el derecho se convierte en un modelo más de principios, las normas son plurales y existe una democracia sustancial, los conceptos de soberanía y ciudadanía asumen una transformación que tiende a lograr su universalización.

Debemos mencionar que en la actualidad, aparece una nueva concepción del derecho, conocida como constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo donde autores como Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky y Luis Prieto Sanchís resaltan algunas características comunes a esta concepción: la fuerza normativa de la constitución, el establecimiento de límites y vínculos al poder público, la garantía judicial y aplicación directa e inmediata de la constitución y la rigidez constitucional.

Gustavo Zagrebelsky propone para este modelo la preeminencia de la constitución, “la creación de un nuevo centro de emanación de fuerza concreta que asegure la unidad política estatal”⁴¹. Con esta teoría, se superponen “los principios por las reglas, ponderación por subsunción, justicia particular en vez de justicia general, poder judicial en vez de los poderes legislativo o ejecutivo, constitución en substitución a la ley”⁴². El neoconstitucionalismo tiende a convertirse en una respuesta global, en una nueva cultura jurídico-política [...]”⁴³.

La DUDH⁴⁴, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH)⁴⁵, el PICIP⁴⁶ y la CADH⁴⁷, otorgan la titularidad de los derechos a los seres humanos en su calidad de personas. Pero, muy a pesar de la existencia de cuerpos jurídicos internacionales, la Organización de Naciones Unidas (ONU), aún se encuentra supeditada al principio de soberanía de los estados, por la ausencia de garantías internacionales.

⁴⁰ Ramiro Ávila Santamaría, “Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los Derechos Humanos”, en *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, 1ra. Edición (Quito: V&M Gráficas, 2008), 36.

⁴¹ Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil* (Valladolid: Editorial Trotta, 1997), 13.

⁴² Humberto Ávila, *Neo-Constitucionalismo: Entre la Ciencia del Derecho y el Derecho de la Ciencia*, en *Tendencias Actuales del Estado Constitucional Contemporáneo* (Lima: Ara Editores, 2013), 126.

⁴³ Luis Prieto Sanchís, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, en *Tendencias Actuales del Estado Constitucional Contemporáneo* (Lima: Ara Editores, 2013), 20.

⁴⁴ DUDH, [1948], Art. 1.

⁴⁵ DADH, [1948], Art. 1.

⁴⁶ PICIP, [1966], Art. 12, num. 2.

⁴⁷ CADH [1969], Art. 1.

En la actualidad Luigi Ferrajoli, establece dos criterios de clasificación para determinar la titularidad de los derechos: la estructura de los derechos fundamentales y por otro lado la esfera de sus titulares. La primera clasificación serían los derechos civiles y políticos como decisiones dentro de la esfera pública y privada, y los derechos de libertad y derechos sociales según se trate de expectativas positivas o negativas. La segunda clasificación distingue entre derechos del hombre o de la persona y derechos del ciudadano o ciudadanía que son conferidos a los individuos en cuanto personas o sólo a personas en cuanto ciudadano.

Para Ferrajoli, existen dos *status* subjetivos “los derechos de la personalidad, que corresponden a todos los seres humanos en cuanto, individuos o personas, y los derechos de ciudadanía, que corresponden en exclusiva a los ciudadanos”⁴⁸. La distinción entre derechos del hombre (derechos de libertad) y derechos del ciudadano (derechos políticos), es lo que caracteriza las constituciones modernas.

Los derechos humanos serían para todos los individuos del plantea por su condición de tal (hombre o mujer) ya que tendría un carácter universal y no jurídico. En tanto que, los *derechos fundamentales* serían únicamente para los ciudadanos o que reúnan tal calidad con lo que se restringe su alcance, no siendo universales, con lo cual se adquiere un carácter jurídico normativo limitado. Todos los derechos humanos presentan “una dimensión objetiva (protección en abstracto) y una dimensión subjetiva (protección individual)”⁴⁹. Según Prieto Sanchis “los derechos fundamentales son al mismo tiempo garantías institucionales (normas objetivas del sistema jurídico) y derechos subjetivos de atribución individual”⁵⁰. Para Ferrajoli, los derechos fundamentales tienen su razón de ser en la positivización de los mismos, para ello nos da una definición:

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los *seres humanos* en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica, y por status la condición de un sujeto prevista así mismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su

⁴⁸ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías La Ley del más Débil* (Madrid: Trotta, 2001), 99.

⁴⁹ Luis Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* (Madrid: Trotta, 2003), 231.

⁵⁰ Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, 232.

idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas⁵¹.

Según esta postura, primero existen los derechos naturales, luego los derechos humanos que son una continuación de los anteriores, mismos que posteriormente al ser positivizados adquieren la categoría de derechos fundamentales. Los derechos subjetivos desde la perspectiva iusnaturalista son innatos al ser humano y anteriores al estado, en tanto que desde la perspectiva positivista serían una concesión del estado. Ramiro Ávila Santamaría expresa que “los derechos subjetivos son derechos de carácter personalísimo en las relaciones horizontales; solo el titular de un derecho tiene acción ante la justicia. El concepto de derecho subjetivo evoluciona al derecho subjetivo público, que tiene la misma lógica salvo que la parte denunciada puede ser el estado”⁵².

Los derechos públicos subjetivos consisten en “la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto se dirija a un bien o interés”⁵³. En igual sentido Robert Alexy considera que el derecho subjetivo es “un poder jurídico que le es conferido al individuo por el orden jurídico; por su finalidad, es un medio para la satisfacción de los intereses humanos”⁵⁴. El derecho subjetivo público es el poder y la potestad, de un individuo para un interés o bien que reconoce el orden jurídico. Ese poder que confiere la norma constitucional es para la persona, lo cual no se agota con el ejercicio, sino también requiere el reconocimiento la protección y la promoción del poder público y de los particulares.

Según la CRE serían titulares del derecho a migrar “las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”⁵⁵. Bajo este criterio, todas las

⁵¹ Esta definición sustancial, abarca el criterio de universalidad, en cuanto son normativamente aplicables a todas las personas físicas. El autor propone, cuatro tesis de derechos fundamentales: la diferencia entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, derechos fundamentales como intereses o expectativas de todos, la naturaleza supranacional de los derechos fundamentales, y la relación entre los derechos y las garantías. Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías La Ley del más Débil, Derechos Fundamentales* (Madrid: Trotta, 2001), 37.

⁵² Ramiro Ávila Santamaría, Edit. “Los principios de aplicación de los derechos”, *La Constitución del 2008 en el contexto andino, Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, 1ra. Edición (Quito: V&M Gráficas, 2008), 44.

⁵³ Jorge Benavides Ordoñez, *Los derechos Humanos como Norma y Decisión* (Quito: V y M Gráficas, 2012), 79.

⁵⁴ Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997), 179.

⁵⁵ CRE [2008], tít. II, “Derechos”, cap. primero, “Principios de aplicación de los derechos”, Art. 10.

personas consideradas en forma individual o colectiva serían sujetos del derecho a migrar. La posición jurídica del individuo frente el estado ha sido reconocida jurídicamente, por lo tanto es el hombre desnudo, quien ostenta esa posición de querer y ejercitar su derecho a migrar, sin que los distintos ordenamientos puedan limitar esta posición normativa, precisamente por la universalización y positivización de los derechos humanos.

1.3. Contenido del derecho a migrar

Toda fuente de conocimiento crea normas jurídicas, “los saberes generan derecho, el derecho crea órganos, los órganos reproducen saberes y crean normas”⁵⁶. Las normas se integran por derechos, que a su vez tienen un contenido. La otra parte del derecho es relativa a su objeto, al fondo o contenido del mismo. Anteriormente a la revolución francesa, no era posible definir el objeto de un derecho, pues eran los señores feudales quienes determinaban los beneficiarios de los derechos, lo que significaba ausencia de autonomía e independencia de lo que hoy conocemos como poderes del estado.

El estado liberal, se plasma jurídicamente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Esta declaración constituye la positivización de los derechos naturales del hombre, a partir del cual se puede colegir que los derechos deben tener un destinatario y desde luego un contenido, (libertad de realizar cualquier acto que no perjudique a los demás y que no exista limitación a través de la ley).

John Locke sostenía que los hombres (titulares) se someten a un poder común a través de un contrato para proteger su “derecho a la vida, la libertad, y la propiedad”⁵⁷ (contenido), sin renunciar a su derecho a la resistencia. El contenido de los derechos se fundamentaba en los derechos naturales de la libertad, la vida y la propiedad, que son la razón de ser del estado de derecho. Para Kelsen “el contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de la conducta humana”⁵⁸.

⁵⁶ Ramiro Ávila Santamaría, “Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los Derechos Humanos”, en *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, 1ra. Edición (Quito: V&M Gráficas, 2008), 16.

⁵⁷ Tomás Várnagy, *La Filosofía Política Moderna, El pensamiento Político de John Locke y el Surgimiento del Liberalismo* (Buenos Aires: Graficas y Servicios, 2003), 53.

⁵⁸ Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho* (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009), 96.

El estado social de derecho, permite el fortalecimiento de derechos considerados indispensables para la vida humana: salud, educación, vivienda, trabajo, El estado social, “supone el intento de derrumbar las barreras que en el Estado liberal separaban a Estado y sociedad, se erige en motor activo de la vida social, se considera llamado a modificar las efectivas relaciones sociales. Del Estado-árbitro imparcial, del Estado-guardián preocupado ante todo por no interferir en el juego social, se pasa progresivamente al Estado intervencionista que deviene en *Welfare State*”⁵⁹.

El tránsito del estado liberal al estado social, permite el surgimiento del paradigma constitucional democrático, de donde nace para el poder público la obligación constitucional de respetar el “contenido esencial”⁶⁰ de los derechos. Las decisiones de la mayoría en este modelo no pueden afectar derechos o principios reconocidos por el constituyente, y así lo reconocen Ernesto Garzón Valdés quien nos habla del “coto vedado”⁶¹ y Luigi Ferrajoli quien se refiere a la “esfera de lo indecible”⁶², ambos criterios como límites al poder de decisión, es decir, existen cláusulas que condicionan el poder de representatividad.

Para el primer autor “los derechos incluidos en el coto vedado son aquellos vinculados con la satisfacción de los bienes básicos, es decir, son una condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida”⁶³. En estos derechos por mas ponderables que resulten los hechos, ni la mayoría puede inmiscuirse. Para Ferrajoli las normas del modelo democrático constitucional, “son sustanciales por ser relativas a la sustancia o contenido de las decisiones al qué no le es licito decidir o no decidir”⁶⁴.

Dentro del derecho se encuentra la conducta, que no es otra cosa que el derecho subjetivo conferido al sujeto, que se protege implícitamente por el coto vedado. La norma de derecho es un recipiente que contiene un poder jurídico que le es conferido al individuo (conducta), cuya finalidad es el de ser un medio para la satisfacción de

⁵⁹ Santiago Mir Puig, *El Derecho Penal en el Estado social y Democrático de Derecho* (Barcelona: Ariel, 1994), 32.

⁶⁰ En términos generales el contenido esencial de un derecho representa por un lado la facultad o posibilidad de actuación necesaria para que el derecho sea reconocible y por otro lado, los intereses que jurídicamente protege como núcleo.

⁶¹ Algo más acerca del coto vedado, Ernesto Garzón Valdés <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141764.pdf>, Acceso 3-11-2015.

⁶² Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*, (Madrid: Trotta S.A, 2001), 36.

⁶³ Ernesto Garzón Valdés, *Algo más acerca del coto vedado*. <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141764.pdf>, Acceso 3-11-2015.

⁶⁴ Ferrajoli, *Derechos Fundamentales*, 36.

intereses humanos a través de su ejercicio. En resumen, el contenido de un derecho es lo que “el recipiente contiene, es decir, los comportamientos regulados”⁶⁵ por la norma de derecho fundamental.

Desde la perspectiva jurídica primero se reconoce el derecho, luego se protege el contenido y por último se garantiza su ejercicio. Una primera corriente subjetiva nos indica que se “protege los derechos individuales de cada sujeto jurídico y la segunda corriente admite la posibilidad jurídica de privar a los sujetos concretos de otros derechos”⁶⁶. Estas teorías aluden a la necesidad de reconocer o limitar los derechos sin considerar su contenido.

El contenido u objeto de un derecho se entrelaza de dos partes: a) el interés jurídico protegido como núcleo y b) el objeto del derecho en cuanto facultad de actuación del titular. Una parte es el centro del derecho o elemento objetivo (acción) y otra parte es el beneficiario del elemento objetivo (sujeto). Pedro Serna-Fernando Toller con igual orientación, sostienen que el contenido esencial de un derecho fija su mirada hacia “los límites internos de cada derecho en litigio, hacia su naturaleza, hacia el bien que protegen, hacia su finalidad y su ejercicio funcional; es atender a sus respectivos contornos y a sus esferas de funcionamiento razonable”⁶⁷.

Para Alexy el contenido esencial de un derecho plantea dos puntos de vista en torno al objeto: una primera posición que se refiere a una perspectiva subjetiva o una situación objetiva de normación iusfundamental y una segunda posición según se interprete la garantía en un sentido absoluto o relativo. Al igual que Alexy, Pedro Serna-Fernando Toller, sostienen que el contenido de un derecho tiene una garantía de protección que se resume en dos posiciones: 1.- absoluta como “parte del contenido total del derecho fundamental, su núcleo duro, y su garantía constitucional brinda una protección en sentido fuerte sólo para ese núcleo duro [...]. 2.- relativa que contiene un límite débil, que consiste únicamente en la necesidad de justificar las restricciones al derecho mediante el recurso al principio de proporcionalidad”⁶⁸.

La garantía del contenido esencial según la perspectiva relativa es aquello que queda después de una ponderación y la garantía del contenido absoluto, es cuando existe

⁶⁵ Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho* (Madrid: Debate, 1991), 54.

⁶⁶ Pedro Serna - Fernando Toller, *Una propuesta Metodológica Alternativa*, 42.

⁶⁷ Serna - Toller, *Una propuesta Metodológica Alternativa*, 42.

⁶⁸ *Ibíd.*,

un núcleo duro de cada derecho que no puede afectarse. El contenido esencial de un derecho como es lógico se lo encuentra esencialmente en las normas de derecho fundamental. Las normas fundamentales engloban derechos subjetivos que contienen expectativas positivas o negativas que mantienen “los deberes correspondientes que constituyen las garantías asimismo dictadas por normas jurídicas, ya sean estas las obligaciones o prohibiciones correlativas a aquellos”⁶⁹.

En la CRE por ejemplo, se establece la garantía de “contenido esencial de los derechos”⁷⁰. La Carta Magna establece una serie de mecanismos e instituciones que se direccionan a garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos. Al decir de Claudia Storini “todos los derechos gozan de un régimen de protección jurídica reforzada [...]”⁷¹, lo cual queda de manifiesto con la garantía de contenido esencial que obliga a los poderes públicos con potestad normativa a limitar su acción dentro de la esfera de lo decible, más aun cuando una “garantía normativa”⁷² reconocida en una carta fundamental así lo establece y refuerza el objeto del derecho.

Ferrajoli desde una doble visión nos dice que “los derechos subjetivos son expectativas positivas (prestaciones) o negativas (no lesión) atribuidas a un sujeto por una norma jurídica”⁷³. Con este criterio el juez y legislador se vinculan con la constitución desde el momento mismo que se concede un derecho. La norma jurídica con contenido permite activar la protección de la expectativa formulada (garantía específica). Dice con absoluta solvencia Kelsen que “solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor”⁷⁴.

Las acciones (derecho subjetivo con contenido) como objeto pueden ser positivas (prestación) o negativas (omisión). Existe por lo tanto una posición jurídica del sujeto gracias a ese objeto protegido por la norma fundamental (derecho a algo)

⁶⁹ *Ibíd.*, 45.

⁷⁰ El art. 11, num. 4 de la CRE establece: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”.

⁷¹ Claudia Storini, “Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana de 2008”, en *La nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2009), 287.

⁷² CRE [2008], tít. III, “Garantías Constitucionales”, cap. primero, “Garantías normativas”, Art. 84.

⁷³ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Trotta S.A, 2001), 45.

⁷⁴ Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho* (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009), 100.

frente al estado y demás personas, con ello se crea un deber de protección para el estado que nace de la propia Constitución.

El contenido esencial de un derecho subjetivo, es “una parte del derecho fundamental, aquella parte que resulta definitoria o identificadora”⁷⁵, es por un lado una posibilidad de actuación (reacción) y por otro el interés jurídico que resulte tangible en la práctica (protección). Lo que se reconoce y protege es el núcleo duro del derecho subjetivo, esa facultad de actuación del titular. Desde una visión subjetiva de la norma, los derechos son “instrumentos para la realización de intereses individuales, confiados a la autónoma valoración de sus titulares”⁷⁶.

El derecho a migrar, es un derecho subjetivo público por estar “reconocido en una norma de derecho fundamental”⁷⁷ y ser exigible al poder, cuyo contenido es la libertad de decisión de salir, entrar en un estado, y residir en el mismo como ya se dijo al inicio del capítulo. El migrante de forma voluntaria elige y decide su destino, en la mayoría de los casos para mejorar su calidad de vida, derecho que a veces se torna forzado (guerras, desplazados, refugiados) e inducido (por estudios, trabajo, etc), lo que a la postre significa acción de traslado.

Este derecho humano está básicamente integrado por dos elementos: aspecto interno que representa la autonomía, y, el elemento externo que representa el elemento físico o de movimiento es decir salir, entrar y residir. Estos componentes permiten identificar el contenido del mismo, la voluntad de salir, trasladarse o de quedarse.

En líneas precedentes me he remitido a Luigi Ferrajoli y Robert Alexy quienes sostienen que un derecho representa acciones o expectativas positivas (prestación) y negativas (prohibición). El derecho a acciones positivas representa por un lado una acción fáctica (realización) y por otro una acción normativa con la implementación de una norma. El sujeto del derecho a migrar (titular) tiene una posición jurídica (objeto) frente al poder público (destinatario) que lo hace libre de elegir su ejercicio.

Todo derecho subjetivo representa su ejercicio, satisfacción y protección, por ello, cuando la persona decide ejercer su libertad de movimiento gracias a su autonomía de la voluntad, su libertad de conducta está cobijada por una norma de derecho

⁷⁵ Luis Prieto Sanchis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* (Madrid: Trotta, 2003), 232.

⁷⁶ Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil: ley, derechos justicia* (Madrid: Trotta, 1997), 85.

⁷⁷ No en todas las legislaciones, el derecho a la migración está reconocido como un derecho fundamental, aparece en la mayoría como un derecho a la libre circulación.

fundamental interna o externa. El “libre desarrollo de la personalidad”⁷⁸ representa para el cuerpo humano un sin número de sensaciones a nivel interno, y quiere verificarlos en el mundo exterior. Estas emociones le obligan a buscar su felicidad, originan “un sentimiento que sólo puede ser fuente de energía si a su vez es expresión de una necesidad imperiosa”⁷⁹, y son esas carencias lo que provocan en el ser humano un sentimiento de libertad con lo cual toma una decisión sin importar los perjuicios.

La autonomía, representa capacidad de decisión, la facultad de una persona para ejercer su propia libertad, el interés, la voluntad, la responsabilidad del sujeto sobre sus propios actos y su destino, asumiendo por cierto las consecuencias por dichos actos. Kelsen citando a Puchta declara: “la noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esa posibilidad, porque tiene una voluntad”⁸⁰.

Es la propia constitución biológica (instinto) del ser humano lo que permite esa posibilidad de autodeterminación. Stuart Mill, sostenía que “la especie humana ganará más en dejar a cada uno que viva como le guste más, que en obligarle a vivir como guste al resto de sus semejantes”⁸¹. La autonomía de la voluntad es una derivación del derecho de libertad, la decisión y ejecución de esa voluntad permite al sujeto realizar lo necesario y razonable. La voluntad puede dividirse en positiva (acción) y negativa (omisión) misma que tiene reconocimiento jurídico a través del derecho subjetivo a migrar.

La voluntad se apoya en una norma fundamental permisiva o simplemente que exista la ausencia de la norma prohibitiva. El estado está al servicio del hombre y no el hombre al servicio del estado, por ello se reconoce “el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás”⁸². La facultad del hombre para gobernar sus actos, decidir con libertad y optar por una conducta, crea una perspectiva subjetiva existencial, una necesidad por expresarse en su extrema potencialidad con el fin de lograr la supervivencia física. La aspiración instintiva de

⁷⁸ CRE [2008], tít. II, “Derechos”, cap. sexto, “Derechos de libertad”, Art. 66, num. 5.

⁷⁹ Sigmund Freud, “La meta-psicología y el análisis psicoanalítico de la cultura”, en *El Malestar de la cultura* (México: siglo XXI, 1983), 16.

⁸⁰ Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 96.

⁸¹ John Stuart Mill, *Sobre la Libertad*, Traducción del inglés por Josefa Sainz Pulido (Madrid: Alianza Editorial, 1994), 29.

⁸² CRE, Art. 66, num. 5.

libertad y la necesidad emocional de traspasar las fronteras nacionales de forma voluntaria, son para el individuo, los fundamentos que le permiten encontrar sentido a su decisión de salir, ingresar y residir.

El elemento externo, salir, entrar y permanecer (*iter transitio*) lo encontramos positivizado en la DUDH⁸³, en el PICIP⁸⁴ y la CRE⁸⁵. Estos instrumentos son los que autorizan a una persona a salir libremente de cualquier país, luego entrar y residir. El movimiento voluntario corporal debe realizarse entre dos fronteras internacionales, debe significar un cruce de fronteras de un estado a otro estado. Pérez Alonso dice que “el elemento geográfico de la definición tiene carácter transnacional, al estar claramente referido al desplazamiento de personas de un país a otro”⁸⁶.

La DUDH establece que “toda persona tiene derecho a salir de cualquier país”⁸⁷(...). La Carta Magna de nuestro país reconoce “a las personas el derecho a migrar”⁸⁸, así también dentro del capítulo de los derechos de libertad se prescribe el derecho “a entrar y salir libremente del país”⁸⁹. Desde su génesis este derecho implica necesariamente un traslado internacional entre fronteras que debe ser respetado, protegido y promovido por el estado emisor y por el estado receptor.

La Recomendación 27 sobre libertad de tránsito y residencia, del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁹⁰ y el art. 12 del PICIP, permiten determinar por un lado, la forma como ingresa y cuál es la situación del extranjero en el estado receptor. Bajo este criterio, las restricciones a mi entender tanto para regularizados como para no regularizados obedece a que se encuentre dentro de los presupuestos del numeral tercero del art.12 del PICIP y siempre que se adecuen a las obligaciones internacionales de ese Estado, es decir, que no entre en contradicción con la DUDH, que no dispone restricciones por el contenido del art.13.

El tercer elemento que forma parte del contenido del derecho a migrar, es el de residencia (destino), que significa encontrarse dentro de una delimitación geográfica

⁸³ DUDH, Art. 13. num. 2.

⁸⁴ PICIP, Art. 12, num. 2.

⁸⁵ CRE, Art. 40.

⁸⁶ Esteban Pérez Alonso, *Tráfico de Personas e Inmigración Clandestina*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 312.

⁸⁷ DUDH. Art. 13.

⁸⁸ CRE. Art. 40.

⁸⁹ *Ibíd.*, 66, numeral 14.

⁹⁰ Observación General No. 27, *Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos*, <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom27.html>, Acceso, 05/05/2015.

extranjera, por un tiempo duradero y no de forma esporádica. Este cambio de entorno físico, social y corporal de un ser humano según se lo realice, de forma individual o colectiva de manera regular o irregular según las circunstancias significa adoptar la calidad de inmigrante. La residencia en el país de destino no significa igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros. Con esta perspectiva crece la necesidad de encontrar medidas que promuevan la integración, regularización y ejercicio de los derechos de los ciudadanos extranjeros.

Norberto Bobbio, con relación a las proclamaciones sobre reconocimiento de derechos y la realidad práctica de los mismos, escribe sobre la efectividad de los derechos subjetivos en torno a su contenido, que como bien reconoce son o forman parte de variados discursos netamente políticos que pretenden justificar la aparente protección de los derechos:

No se explicaría la contradicción entre la literatura enaltecedora del tiempo de los derechos y la denunciante del conjunto de los sin derechos. Pero los derechos de los que habla la primera son solamente los preanunciados en las asambleas internacionales y en los congresos; de los que habla la segunda son los que la gran mayoría de la humanidad no posee de hecho⁹¹.

1.4 Obligación estatal positiva y negativa en torno al derecho a migrar

El espíritu de la legislación jurídica internacional se ha orientado no únicamente a limitar al poder público como sucedió con el modelo liberal o establecer obligaciones de prestación como sucede con el estado social, sino también a vincular al estado con sus diferentes poderes como ocurre en el modelo constitucional.

La positivización de los derechos humanos en diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, es la evidencia de la lucha por contener y limitar al poder público. Reconocer, respetar, proteger, promover los derechos y libertades del ser humano ha representado costes sociales para la humanidad, de ahí la existencia de diferentes clases sociales luchan por la paz y la dignidad humana.

Cuadro 1
Instrumentos y Obligaciones Internacionales

INSTRUMENTO	OBLIGACIÓN	ARTICULO
-------------	------------	----------

⁹¹ Norberto Bobbio, *Libertad e Igualdad* (Barcelona: Paidós, 1993), 22.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.	Obligación del poder legislativo y ejecutivo.	Preámbulo.
Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948	Obligación de los estados miembros	Preámbulo.
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. 1948.	Obligación de los estados americanos.	Considerando.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966.	Obligación de los estados partes	Preámbulo. Art. 2.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1966.	Obligación de los estados partes	Preámbulo. Art. 2.
Convención Americana Sobre Derechos Humanos. 1969.	Obligación de los Estados Americanos.	Preámbulo. Art. 1 y 2.

Fuente: DDHC, DUHH, DADH, PICIP, PIDESC y CADH.

Elaboración: Danilo Faican Auquilla.

Frente a los dos elementos de un derecho (sujeto y objeto) analizados en los capítulos precedentes, se encuentra el destinatario, es decir, el poder político limitado y vinculado al orden jurídico. El cuadro anterior permite determinar la positivización de las obligaciones que generan estos instrumentos para los estados, dando a entender que los derechos están al servicio de los seres humanos cuya protección compete al poder. Estas obligaciones son de reconocimiento, protección, promoción y garantía los derechos y se dividen en positivas (prestación) y negativas (prohibición).

Como obligaciones positivas podemos citar el derecho a la salud, educación, vivienda, servicios básicos, y como obligaciones negativas podemos mencionar la prohibición del estado de obstaculizar el derecho a la libertad, a la movilidad etc.

En términos de Alexy, el *status* positivo se presenta cuando el estado “le garantiza pretensiones a su actividad y le facilita medios jurídicos para su realización”⁹², y *status* activo capacidades adicionales. Jellinek con su teoría del *status* defiende en primer lugar, un *status* positivo que ostenta el individuo, para que se le reconozca el derecho a algo, así como también se garantice su pretensión, y, en segundo lugar un *status* negativo que significa no ingerir en esta posición jurídica, que lo reconoce la norma jurídica fundamental frente a todos los poderes jurídicos, sean estos internos o externos.

⁹² Robert Alexy, *Teoría de los Derechos fundamentales*. Primera Reimpresión (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997), 256.

La posición doctrinal “garantista”⁹³ se refiere a obligaciones de prestación y prohibiciones de lesión. Las obligaciones positivas representan el deber de otorgar bienes y servicios a los particulares. Las obligaciones en el estado de derecho y en el estado constitucional de derechos son diferentes. En el primero, los deberes nacen de la ley; y, en el segundo, las obligaciones están limitadas y vinculadas a la Constitución. Existe no únicamente una validez formal sino una validez sustancial, con lo cual el ejercicio del poder debe estar “legalmente preordenado y circunscrito mediante obligaciones y prohibiciones las materias de competencia y los criterios de decisión”⁹⁴.

En los estados constitucionales, dentro de los niveles normativos se incorpora límites formales y sustanciales al ejercicio del poder (obligaciones negativas). Para el “modelo neoconstitucional”⁹⁵ el estado en su conjunto tiene una función instrumental, pues debe estar al servicio de la satisfacción de los derechos fundamentales otorgados a sus titulares por una norma de derecho.

Inés M. Pousadela parafraseando a Hobbes sostiene que “el poder del estado y la autoridad del derecho se justifican únicamente porque contribuyen a la seguridad de los individuos”⁹⁶. La sumisión y obediencia de los súbditos no implica obligación del estado hacia los suyos. Es necesario indicar que “todos los derechos llámense civiles, políticos, económicos o culturales tienen un costo y prescriben tanto obligaciones negativas como positivas”⁹⁷.

Podrían discernirse cuatro niveles claramente diferenciados en torno a las obligaciones: “obligaciones de respetar, obligaciones de proteger, obligaciones de asegurar y obligaciones de promover el derecho en cuestión”⁹⁸. Pero no debemos restringir a que los deberes de respeto, protección, aseguramiento o promoción de los derechos y libertades se correspondan únicamente a las obligaciones negativas, pues el no lesionar una libertad no se agota con tal respeto, ya que también requiere una acción

⁹³ Luigi Ferrajoli, es el principal precursor doctrinal de este modelo de derecho. Quien con su teoría determina la falta de correspondencia entre el sistema normativo de garantías y las instituciones punitivas.

⁹⁴ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Novena edición (Madrid: Trotta, 2009), 856.

⁹⁵ El neoconstitucionalismo aparece como una nueva teoría jurídica, un derecho más de principios, utilización del método de ponderación, preponderancia de la constitución sobre la ley, poder del juez para determinar derechos, pluralidad jurídica y límites y vínculos al poder.

⁹⁶ Inés M. Pousadela, *El Contractualismo Hobbesiano* (Buenos Aires: Graficas y Servicios, 2003), 376.

⁹⁷ Víctor Abramovich y Christian Curtis, “Apuntes sobre la Exigibilidad Judicial de los Derechos Sociales” en *La Protección Judicial de los Derechos Sociales*, Primera Impresión (Quito: Imprenta V&M Graficas, 2009), 5.

⁹⁸ Abramovich-Curtis, “Exigibilidad de los Derechos”, 7.

(obligación positiva) por parte del estado, así también las obligaciones positivas de prestación tampoco se agotan con su satisfacción, requiere además no afectación, lo cual se resume con el siguiente contenido:

Las obligaciones de respetar se definen por el *deber* del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso el goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de proteger consisten en impedir que terceros interfieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de asegurar suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de promover se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien⁹⁹.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos “el estado tiene una posición de garante para proteger y garantizar los derechos”¹⁰⁰

Lo establecido por la Corte Interamericana se extiende a la obligación de los Estados de cumplir con todo instrumento internacional que les sea aplicable. Sin embargo, es importante señalar que, al referirse a esta obligación estatal, este Tribunal considera que no solo se debe adecuar toda normativa interna al respectivo tratado, sino que, además, las prácticas estatales relativas a su aplicación deben adecuarse al derecho internacional. Es decir, no basta con que el ordenamiento jurídico interno se adecue al derecho internacional, sino que es menester que los órganos o funcionarios de cualquier poder estatal, sea ejecutivo, legislativo o judicial, ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de manera efectivamente acorde con el derecho internacional aplicable¹⁰¹.

Por su parte, la CRE reconoce obligaciones de respeto, protección aseguramiento y promoción para las personas sean nacionales o extranjeras. Se garantiza el “goce de los derechos, educación, salud, alimentación, seguridad social y agua”¹⁰², establece el “respeto a los derechos”¹⁰³, se reconoce la obligación de fomentar “políticas públicas y servicios públicos”¹⁰⁴. Como podemos observar, estas normas establecen obligaciones positivas y negativas del estado para con los ciudadanos.

⁹⁹ *Ibíd.*, 7-8.

¹⁰⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo, (1979-2004) <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuarto-siglo.pdf>, Acceso 05/05/2016.

¹⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* N° 2: Migrante Opinión Consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Decisión de 17 de septiembre de 2003, <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/migrantes4.pdf>, Acceso 20-02-2016.

¹⁰² CRE, tít. I, “Elementos constitutivos del estado”, cap. primero, “Principios fundamentales”, Art. 3.

¹⁰³ *Ibíd.*, art. 11. num. 9.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, Art. 85.

Las obligaciones positivas o negativas se presentan como garantías primarias frente al estado con lo cual “tanto los poderes públicos como los particulares están obligados a realizar ciertas prestaciones y omitir ciertas conducta lesivas (...)”¹⁰⁵, y garantías secundarias que “consisten en obligaciones específicamente de los órganos que deben sancionar o anular actos violatorios de derechos constitucionales”¹⁰⁶, es decir la afectación de las garantías primarias.

A nivel jurídico internacional es de ponderable requerimiento que se recurra a la CADH como documento vinculante para los estados, con lo cual se reconoce también obligaciones positivas o negativas internacionales de respeto y protección a los derechos de todas las personas sin importar su nacionalidad o país de origen, instrumento jurídico que en la práctica genera conflictos políticos:

[...] Los estados partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional, o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social¹⁰⁷

El derecho a migrar como he manifestado, implica una voluntad, lo que materialmente se traduce en una libertad de movimiento, pues “toda persona tiene la atribución de moverse por donde lo desee; si alguna autoridad pública le impide el movimiento, está violando su deber de abstención”¹⁰⁸. La materialización de esa voluntad, significa el traspaso de una frontera a otra y por supuesto la facultad de residir o permanecer en otro estado.

En este sentido, las obligaciones del estado emisor, tránsito y destino son de proteger, respetar, asegurar y promover los elementos internos y externos de este derecho. La obligación de respeto significa que no se afecte o lesione a nivel político o jurídico el contenido del derecho a migrar. La obligación de proteger implica el impedir que terceros interfieran en la voluntad del migrante cuando decide salir, ingresar y residir en otro país. La obligación de asegurar supone que el inmigrante acceda a los

¹⁰⁵ Agustín Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador* (Quito: Imprenta V&M Graficas, 2012), 242.

¹⁰⁶ Grijalva, “Constitucionalismo”, 242.

¹⁰⁷ CADH, Art. 1.

¹⁰⁸ Ramiro Ávila Santamaría, *Los Derechos y sus Garantías* (Quito: Imprenta V&M Graficas, 2012), 77.

mismos beneficios que los nacionales en todo su periplo internacional. La obligación de promoción implica el deber de fomentar a nivel interno y externo los derechos y garantías que le asisten a los migrantes en su calidad de personas.

1.5. Alcances y límites del derecho a migrar

La esfera de actuación que confiere el derecho fundamental no es desbordante. Las acciones o posiciones jurídicas que ostenta la persona frente al estado y a terceros, también están sujetas a límites o alcances en cuanto al ejercicio de su objeto. Jiménez de Asúa dice que “cuando surge el talión, el puro derecho subjetivo empieza a tener limitaciones objetivas”¹⁰⁹. Por lo tanto, los alcances y límites para el derecho subjetivo, pueden provenir de la ley, la constitución o instrumentos internacionales, por razones de seguridad, moral pública o los derechos fundamentales de las demás personas.

Norberto Bobbio considera que “tanto el ejercicio del poder negocial como el ejercicio del poder jurisdiccional están limitados por el poder legislativo, y este, a su vez está limitado por el poder constitucional”¹¹⁰, este autor, establece dos tipos de límites a los derechos: límite material que se refiere al contenido de la norma “que el inferior está obligado a dictar [...] y límite formal que representa al modo o al procedimiento por medio del cual el inferior debe dictar la norma”¹¹¹.

El límite material como contenido de un derecho permite fijar el alcance y límite de actuación del titular del derecho, es decir, estos se encuentran en la norma que confiere el derecho y en otras normas. Las personas no pueden hacer más de lo que el derecho subjetivo fundamental les confiere, pues existen también otros bienes jurídicos de rango constitucional que deben ser tutelados. Las normas jurídicas de jerarquía constitucional pueden contener límites positivos y negativos, que desde luego obligan al legislador a normar la esfera de actuación del titular sin restringir derechos con otras normas.

Los derechos subjetivos fundamentales que se confieren a los ciudadanos, no son ilimitados, “en el sentido de que autoricen cualquier conducta; supone tan sólo que aparecen ya delimitados en el texto constitucional y, dentro de este círculo delimitado

¹⁰⁹ Luis Jiménez de Asúa, *La ley y el Delito Principios de Derecho Penal*, 2ª Edición (Buenos Aires: Hermes, 1954), 46.

¹¹⁰ Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho* (Madrid: Debate, 1991), 176.

¹¹¹ Bobbio, “*Teoría general del derecho*”, 177.

no cabe ninguna restricción”¹¹². La posibilidad jurídica que ostenta el titular del derecho subjetivo: una libertad positiva y una libertad negativa, donde la primera tiene la posibilidad por su objeto, a “una acción, mientras que la segunda posibilidad de libertad ósea negativa consiste en una alternativa de acción”¹¹³.

Alexy esgrime las posibles restricciones que podría tener un derecho en torno a su alcance y su límite. El autor determina en torno a un derecho subjetivo 1.-“la restricción lógico-jurídicamente inmanente adscripta a los derechos de terceros, 2.- la restricción socialmente inmanente adscripta al orden constitucional y 3.- la restricción éticamente adscripta a la ley ética”¹¹⁴.

Las normas jurídicas se dictan de forma general y abstracta, lo que significa que existen varios titulares con igual derecho en el ámbito privado. El segundo criterio de restricción socialmente inmanente me permite determinar que el legislador no puede con una regla penal limitar un derecho fundamental, así también el titular de la norma tampoco puede lesionar materialmente un derecho de un tercero protegido por una norma jurídico-penal. Con la restricción moralmente inmanente no puede quedar al arbitrio personal por cuanto los valores y la moral son parte de una norma.

El límite de actuación de una persona viene a representar “esa porción de la conducta y de la vida de una persona que no afecta más que a esa persona”¹¹⁵, por ello, el alcance que confiere el derecho a través de la norma subjetiva encuentra su límite en el derecho de un tercero. Ahora bien, el derecho a migrar contiene una libertad jurídica de permisión (acción) que reconoce la norma, es decir, el derecho a una libertad de acción con voluntad para hacer lo necesario y razonable en la medida de las posibilidades jurídicas, por lo tanto, no puede afectar derechos de terceros, no puede atentar contra la seguridad, contra la moral, limitaciones que se encuentran en la ley, la constitución o instrumentos internacionales.

A Propósito del tema, John Stuart Mill, en su libro “Sobre la Libertad” sostiene:

El principio de la libertad humana requiere la libertad de gustos y de inclinaciones, la libertad de organizar nuestra vida siguiendo nuestro modo de ser, de

¹¹² *Ibíd.*, 218.

¹¹³ Robert Alexy, *Teoría de los Derechos fundamentales*. Primera Reimpresión (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997), 215.

¹¹⁴ Alexy, *Teoría de los Derechos fundamentales*, 215.

¹¹⁵ John Stuart Mill, *Sobre la Libertad* (Madrid: Alianza Editorial, 1994), 68.

hacer lo que nos plazca, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nuestros semejantes nos lo impidan, en tanto que no les perjudiquemos, e incluso, aunque ellos pudieran encontrar nuestra conducta tonta, mala o falsa¹¹⁶

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano establece la existencia de límites de actuación para los individuos:

IV. La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros *límites* que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos. Estos *límites* sólo pueden ser determinados por la ley¹¹⁷.

La DUDH no establece límites al derecho de salida y residencia, como sí lo hacen el PICIP y la CADH. El primer límite es la “situación legal de una persona y el otro sería por razones de prevención de infracciones, o por razones de protección de seguridad nacional, orden público, interés público, moral, salud pública, derechos y libertades de los demás”¹¹⁸

Las restricciones a esa potestad primigenia, se encuentran establecidas en la propia constitución y de forma implícita en las normas que reconocen el derecho a migrar. Si nos remitimos a la Constitución del Ecuador de 1978 en el título II de derechos deberes y garantías se establece el derecho de las personas a “[...] su pleno desenvolvimiento material y moral”¹¹⁹, sin que existan límites para esta potestad, como si lo hay en esta misma constitución para la libertad de conciencia y religión que son: la ley, la seguridad, la moral pública y los derechos fundamentales de las demás personas. En la Constitución del año 1998 esta limitación se encontraba en el capítulo II dentro de los derechos civiles “[...] sin más limitaciones que las impuestas por el orden jurídico y los derechos de los demás”¹²⁰.

La CRE en el capítulo sexto, dentro de los derechos de libertad, reconoce derechos a las personas y establece un sin número de límites a la actuación de sus titulares. El art. 66, num. 5 de la carta constitucional, establece el derecho al libre

¹¹⁶ Mill, Sobre la Libertad, 68-9.

¹¹⁷ DDHC [1789], Art.

¹¹⁸ PICIP y la CADH, Arts. 12 y 22 respectivamente.

¹¹⁹ CRE, Art. 19 num.1.

¹²⁰ Ibíd, Art. 23 num. 5.

desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás. El titular de un derecho subjetivo no puede extralimitarse más allá de lo que la norma manda, prohíbe o permite, “los derechos sólo pueden ceder ante los límites que la propia constitución expresamente imponga”¹²¹.

Las normas fundamentales no pueden otorgar derechos subjetivos sin restricción, y si tomamos como ejemplo el derecho a la migración, que pese a no tener restricciones jurídicas, no significa que el derecho este privado de una protección constitucional, puesto que la misma es inmanente a la norma. Los límites a un derecho nacen de la ley, de la moral, de la seguridad y de los derechos fundamentales de otras personas. La posición subjetiva innata al hombre tiene límites y alcances de actuación, que nacen de los mismos cuerpos normativos sean estos internos y externos.

El derecho a migrar es un derecho humano innato e inherente al hombre por su condición de tal, facultad que consiste en tomar una decisión de salir de un estado, ingresar a otro y residir en el mismo, este derecho, representa para el estado una obligación de prestación y prohibición de lesión. Pero, esta posición subjetiva innata al hombre, también tiene límites y alcances de actuación, que nacen de la ley y la constitución, y así lo establece la CRE, cuando reza que la entrada y “salida libre se regula por la ley”¹²². Este principio fundamental, puede admitir una confrontación con la regla penal que a continuación será analizada.

¹²¹ Luis Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* (Madrid: Trotta, 2003), 220.

¹²² CRE. Art. 66 numeral 14.

Capítulo segundo

El delito de tráfico ilícito de migrantes

Este capítulo parte estableciendo una definición de sistema penal como una forma de control social de las personas. Posteriormente analiza el paradigma funcional en sus dos vertientes, la una patrocinada por Jakobs y la otra defendida por Roxin; y luego pasa a analizar el paradigma garantista penal como un sistema de límites y vínculos patrocinado por Ferrajoli. Por último analiza la regla penal de tráfico a la luz de estas corrientes, mismas que aparecen como modelos habilitantes del poder punitivo por un lado, y por otro lado fundamentan la contención al *ius puniendi*.

2.1. Sistemas Penales

De la sociabilidad del hombre nace un orden social, “la sociedad es un producto humano, la sociedad es una realidad objetiva, el hombre es un producto social”¹²³. El orden social es connatural al estado, disciplinamiento que se logra gracias al derecho y la paz, institución jurídica y valor que emergen de la formación social. Las relaciones sociales, políticas y de fuerza, generan tensiones que han hecho necesaria la utilización de mecanismos que permitan mantener el orden social. La desviación de la conducta de los sujetos sociales, ha provocado una reacción que ha dado origen al control social.

El control social significa “el conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales que pretenden promover y garantizar dicho sometimiento del individuo a los modelos y normas comunitarias”¹²⁴. El control social puede ser formal (policía, fiscalía) e informal (la escuela, la opinión pública), y desde la perspectiva política o jurídica no se la puede realizar de forma aislada, requiere para su legitimación de un sistema que lo complemente.

La función que cumple el sistema penal de “control social”¹²⁵, se ejerce sobre las personas sociales y se entrelaza con las instituciones punitivas, y mientras más se institucionaliza el comportamiento humano, más control existe sobre la conducta de los hombres. El control social a guisa de ejemplo es para el sistema, lo que las garantías

¹²³ Peter Berger y Thomas Luckmann, “Institucionalización”, en *La construcción social de la realidad*, (Madrid: Amorrortu editores, 2005), 82.

¹²⁴ Antonio García-Pablo de Molina, *Criminología una Introducción a sus Fundamentos Teóricos*, (Lima: San Marcos, 2010), 384.

¹²⁵ Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal Parte General* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 29-30-31.

para el derecho, este representa “toda instancia de regulación respecto de los cuerpos desde una situación de poder, o en concordancia con él, en beneficio del orden instituido”¹²⁶.

El estado ha ostentado el derecho de prohibir, castigar y juzgar, monopolio tripartito se ejecuta a través del mecanismo jurídico conocido como sistema penal. Dice Zaffaroni, que el sistema penal es “el conjunto de agencias que operan la “criminalización” (primaria y secundaria) o que convergen en la producción de esta”¹²⁷. En palabras de Carrara el destino del sistema penal sería “punir siempre punir ¿Será, pues, una perpetua herencia del ser humano?”¹²⁸.

Un sistema penal tal como lo concibe Zaffaroni, “es la unión de varios poderes legítimamente constituidos que habilitan la agresión punitiva en contra de una sola persona”¹²⁹. No importaría para el sistema penal la magnitud del daño que se cause al victimario siempre y cuando se cumpla con su objeto (prevención o represión del delito). Lo que caracteriza al sistema penal en su conjunto, es la interacción de diferentes agencias que convergen con un solo propósito, inmovilizar o neutralizar a la persona sea cual fuere el mecanismo.

Maier cree que “el sistema penal es consustancial a la vida humana gregaria, existió y existirá mientras se desarrolle la asociación humana o política”¹³⁰. Mientras exista el estado como fuente de poder, el sistema penal es la confirmación de ese poder, “el sistema penal judicial de las sociedades modernas intenta canalizar racionalmente la venganza, que pasa de la venganza privada a venganza pública”¹³¹. El mantenimiento del orden social justifica la expropiación del conflicto particular para ser resuelto por las instituciones penales.

Ferrajoli a propósito de la neutralización del ser humano, determina cuatro sistemas de control social: a) sistema de control social salvaje (venganza privada), b) sistema de control estatal salvaje (ordenamientos primitivos o despóticos), c) sistema de control social-disciplinario (autocensura, panoptismo, linchamientos, demonizaciones

¹²⁶ Flabian Nuevas, *El Control Social de los cuerpos* (Buenos Aires: Eudeba, 1999), 33-34.

¹²⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho Penal, Parte General* (Buenos Aires: Ediar, 2002), 7.

¹²⁸ Francesco Carrara, *Derecho Penal*, Clásicos del Derecho Penal (México: Oxford, 2005), 51.

¹²⁹ Zaffaroni, *Derecho Penal*, 7.

¹³⁰ Julio B. J. Maier, *El Proceso Penal Contemporáneo* (Lima: Palestra, 2008), 806.

¹³¹ René Girard, *La Violencia* (Milano: ADELPHI, 2005), 280.

públicas), d) sistema de control estatal disciplinario (funciones preventivas de seguridad)”¹³².

Existen diversas formas de legitimar el control social, primero existen las leyes penales, luego los órganos y por último la reacción programada a ese control. Las reglas jurídico-penales sirven para legitimar el control y el castigo, son el instrumento adecuado para lograr un acatamiento y socialización del orden institucional. Por ello para los cuerpos “el control social determina, pues, los límites de la libertad humana en la sociedad”¹³³.

El sistema penal a la hora de formalizar el control social de los cuerpos, lo organiza a través de la política criminal, el derecho penal, derecho procesal penal y el derecho penitenciario. La característica fundamental de estas instituciones, es la violencia, el control social jurídico penal, como bien anota Francisco Muñoz Conde “se ejerce a través de un conjunto de normas creadas previamente al efecto”¹³⁴, con lo cual, la ley penal es también una parte integrante del sistema jurídico-político-criminal.

El derecho sustantivo penal, adjetivo penal y penitenciario bajo la coordinación de la política criminal representa un subsistema del sistema penal que es “un instrumento perfecto para ciertos propósitos pero grosero para otros”¹³⁵. El derecho penal actúa sobre la conducta de las personas y se convierte en “una especie de sistema que inmuniza la sociedad”¹³⁶. Este subsistema para cumplir con sus propósitos de neutralización corporal, se sirve de tres instituciones íntimamente vinculadas al ser humano desde su génesis: el delito, el proceso y la pena. El delito por su parte “es una técnica de definición (delito-prohibición), comprobación (proceso-juzgamiento) y represión de la desviación (pena-castigo)”¹³⁷.

El control social no se ostenta, sino por el contrario se lo ejerce, por ello, la mayoría de los estados “institucionalizan y formalizan el poder, seleccionando a un reducido grupo de personas, a las que someten su coacción con el fin de imponerles una

¹³² Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón* (Madrid: Trotta, 2009), 338.

¹³³ Michel Foucault, *Vigilar y Castigar*, Nacimiento de la Prisión (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2006), 62.

¹³⁴ Muñoz Conde, *Derecho Penal*, 30.

¹³⁵ Nils Chritie, El control de las clases peligrosas, en *La industria del control del delito: ¿la nueva forma del holocausto?* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993), 65

¹³⁶ Niklas Luhmann, *La función del derecho*, en *El Derecho de la Sociedad* (México: Herder, 2005), 219

¹³⁷ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 209.

pena”¹³⁸. El “castigo”¹³⁹, término utilizado por Ferrajoli para definir la pena, es la fórmula dentro de la cual el derecho penal hace sentir su presencia como forma de control social. La pena es el resultado de toda la intervención del sistema penal, el dato estadístico que sirve de justificación a la intervención del estado, con ella simplemente se demuestra el imperio del aparato represivo.

Michael Foucault considera “que el aparato de justicia debe ir unido a un órgano de vigilancia que le esté directamente coordinado, y que permita o bien impedir los delitos o bien, de haber sido conocidos, detener a sus autores”¹⁴⁰. No puede existir un sistema penal sin control y viceversa, esto no implica que en la ejecución del control exista ausencia de derechos o garantías que limiten y vinculen el ejercicio del poder punitivo.

En la actualidad el derecho penal se convierte en una política de control social, donde el sujeto representa un riesgo potencial, bajo el síntoma de seguridad ciudadana lo cual desnaturaliza el fin penal. Para un sistema jurídico penal “la persona como objeto y fin del derecho penal no puede ser utilizada como un instrumento con miras a perfeccionar el sistema de control penal sobre todo represivo”¹⁴¹. El derecho penal sirve “para la contención y reducción del poder punitivo”¹⁴². Por otro lado se sostiene que la misión principal del derecho penal “es la evitación de riesgos para el individuo y la sociedad.”¹⁴³.

Los derechos humanos a nivel nacional e internacional hacen pensar que “el derecho penal debe ser concebido como un límite al poder punitivo y no como una herramienta habilitante de dicho poder”¹⁴⁴, en fin, el derecho penal debería actuar como un dique o filtro para asegurar la libertad individual. Es necesario y urgente frenar esa cólera y venganza patrocinada por el estado, se debe restringir esa desmesurada criminalización anticipada con la que el legislador intenta hacer frente a los riesgos sociales.

¹³⁸ Zaffaroni, *Derecho Penal*, 7.

¹³⁹ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 353.

¹⁴⁰ Foucault, *Vigilar y Castigar*, 62.

¹⁴¹ José Hurtado Pozo, *Manuel de Derecho Penal*, Parte General (Lima: Grijley, 2005), 376.

¹⁴² Zaffaroni, *Derecho Penal*, 4.

¹⁴³ Claus Roxin, *La Evolución de la Política Criminal*, el Derecho Penal y el Proceso Penal (Valencia: Tirant lo Blanch, 2000), 45.

¹⁴⁴ Mariano H. Silvestroni, *Teoría Constitucional del Delito*, 2da. Edición (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007), 98.

Hemos avanzado mucho a nivel normativo con la positivización de algunos principios penales y procesales. La tarea es lograr un derecho penal de acto y no de autor, un derecho penal que sirva de barrera al poder punitivo. Roxin citando a Immanuel Kant describe que un sistema es "la unidad de los diversos conocimientos bajo una idea, un todo del conocimiento ordenado según principios"¹⁴⁵. Este criterio abre la posibilidad de crear un sistema jurídico penal que respete los principios que refuerzan los derechos y libertades individuales, podemos entonces por la realidad actual, convenir en un sistema de control social respetuoso de los derechos humanos por cuanto no podemos cerrar los ojos al conflicto social.

2.1.1. Sistema Funcionalista

Hoy en día podemos encontrar una tendencia jurídico-penal que ha enfrentado dos sectores del funcionalismo en general. El primero se lo conoce como "normativista o teleológico racional"¹⁴⁶ que lo defiende Claus Roxin. La segunda tendencia penal es impulsada por el alemán Günther Jakobs y se la conoce como "normativismo extremo o funcionalismo sistémico o radical"¹⁴⁷. El sistema funcionalista aparece en los años 70 como una respuesta a la teoría "finalista ontologista"¹⁴⁸ que lo defendía y patrocinaba Hans Welzel, quien a su vez era refractario y crítico del "causalismo clásico"¹⁴⁹, expuesto por Franz Von Liszt.

El primer modelo de Claus Roxin, pretende una unidad sistemática del derecho penal y la política criminal. Su trabajo se remite a reformular "las categorías tradicionales de la teoría del delito, sobre la base de criterios de política criminal desarrollados y orientados en función a los fines de la pena"¹⁵⁰. Para este autor, el derecho penal debe estar estructurado teleológicamente, lo cual atiende a finalidades

¹⁴⁵ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I (Madrid: Civitas, 1997), 193.

¹⁴⁶ Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho Penal fundamental*, Tercera Edición (Bogotá: Grupo Ibáñez, 2004), 626.

¹⁴⁷ Fernández Carrasquilla, *Derecho Penal fundamental*, 623.

¹⁴⁸ Welzel en su teoría finalista considera a la acción humana desde el punto de vista del ser, donde el ser humano se propone diferentes objetivos y orienta su comportamiento a sus objetivos con lo cual se crea un tipo legal objetivo y un tipo legal subjetivo. Hans Welzel, *Teoría de la Acción Finalista*, Astrea Editorial Depalma (Buenos Aires, 1951), 19-20.

¹⁴⁹ Fue Franz Von Liszt quien estableció que debe existir nexo causal o relación de causalidad entre la conducta humana y el resultado para que una persona sea penalmente responsable, esta idea fue reforzada Ernest Von Beling, Edmund Mezger, Beccaria entre otros. Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho Penal Fundamental*, Tercera Edición (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2004), 437-442.

¹⁵⁰ José Hurtado Pozo, *Manual de Derecho Penal*, 3ª edición (Lima: Editora Jurídica Grijley, 2005), 374.

valorativas, de ahí la necesidad de denominársele a este sistema como sistema teleológico-político criminal.

El método que utiliza este autor, es el teleológico-valorativo, con el cual el “derecho en general y los conceptos jurídicos en particular deben entenderse o interpretarse siempre en consideración a sus fines, o, lo que es igual en función de los valores que persigue”¹⁵¹. Para Roxin, “el derecho penal debe garantizar una libre y segura convivencia en la sociedad”¹⁵², no debe apartarse del contacto con la realidad, pues debe existir proporcionalidad entre los intereses sociales y los intereses individuales que protege.

La política criminal significa combatir la criminalidad “con medios de un estado de derecho”¹⁵³, es decir, “el estado gobernado por el Derecho emanado de la voluntad general, expresada por los representantes del pueblo, en el cual radica la soberanía nacional”¹⁵⁴. En esta forma de gobierno propia del siglo XIX, se estableció la división de poderes, la sociedad tenía preponderancia sobre el estado, la ley y el principio de legalidad se convirtieron en instrumentos de garantía de los derechos, es decir, este modelo se orientó “a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la administración”¹⁵⁵.

Este autor considera que en la estructuración de las instituciones jurídico-penales, así como en los delitos y las penas deben existir presupuestos limitadores del poder punitivo, por ello, no se puede buscar la verdad a cualquier precio, sino por el contrario en un marco de respeto irrestricto a los derechos humanos. Roxin recurre a cinco maneras de limitar la punición dentro de un estado de derecho. Primero con el principio *Nullum crimen sine lege*, segundo con la teoría de la imputación objetiva, en tercer lugar con las causas de justificación, en cuarto lugar con el principio de culpabilidad y por último con los derechos fundamentales.

Desde la perspectiva de la teoría del delito, Claus Roxin hace referencia a un concepto formal y material del delito:

¹⁵¹ Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho Penal Fundamental*, 626.

¹⁵² Claus Roxin, *La Teoría del Delito en la Discusión Actual* (Lima: Grijley, 2007), 42.

¹⁵³ Roxin, “*La Teoría del Delito*”, 42.

¹⁵⁴ Santiago Mir Puig, *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho* (Barcelona, Editorial Ariel, 1994), 31-32.

¹⁵⁵ Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil. Ley, Derecho, Justicia* (Madrid: Trotta, 1997), 23.

En el concepto formal de delito, la conducta punible sólo es objeto de una definición en el marco del Derecho positivo, el concepto material de delito se remonta más atrás del respectivo Derecho penal codificado y pregunta por los criterios materiales de la conducta punible. Por tanto, el concepto material de delito es previo al Código Penal y le suministra al legislador un criterio polímicriminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune. Su descripción se deriva del cometido del Derecho penal, que aquí se entiende como protección subsidiaria de bienes jurídicos¹⁵⁶.

Dentro de la teoría del delito el injusto penal se presenta en el mundo social como la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por el concepto formal de delito, ya que engloba tanto el desvalor de la acción como el desvalor del resultado. La infracción que se complementa con una sanción (pena), encuentra su justificación no únicamente como límite de la sanción penal, sino también en motivos preventivos generales o especiales de protección social. Este sistema asume dos características: primero, una imputación objetiva, que ha “hecho depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma”¹⁵⁷. Segundo, en torno a la responsabilidad, en donde se amplía el concepto de culpabilidad.

El tipo penal, cuya creación se la debe a Ernst Von Beling, es “la descripción de la acción penalmente relevante”¹⁵⁸, que posee elementos objetivos y subjetivos. Al tipo objetivo pertenecen la acción, el resultado, y la relación de imputación, al tipo subjetivo se corresponden el dolo en particular con las características específicas de cada delito. Previo al tipo existe una norma antepuesta, con lo cual la conducta que se subsume al tipo, infringe la norma previa al tipo penal. Roxin confiere al tipo penal tres acepciones: 1) tipo sistemático (definición legal), 2) tipo de error (elementos objetivos, normativos, dolo), 3) tipo de garantía (elementos necesarios previos a la pena).

El tipo objetivo es la materialización de la conducta, la parte externa del suceso factico, la transformación del mundo exterior. La acción que puede imputarse a un sujeto, sirve para determinar si la conducta creó un peligro desaprobado o si este peligro fue generado por la acción del sujeto, lo cual se conoce como imputación objetiva. Esta debe valorarse jurídicamente, ha de ser real, debe constar en el catálogo de delitos. El

¹⁵⁶ Roxin, *Derecho Penal*, 51.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, 378.

¹⁵⁸ Silvestroni, *Teoría Constitucional del Delito*, 238.

tipo objetivo tiene elementos descriptivos (matar), normativos (documento público) y valorativos (abuso de autoridad). El tipo subjetivo “es la descripción subjetiva de la conducta penalmente relevante; es la descripción del conocimiento y la voluntad de la acción que interesan para individualizar dicha conducta”¹⁵⁹. Por influencia de la teoría finalista, el “dolo”¹⁶⁰ paso a formar parte del tipo, luego de integrar la culpabilidad.

Luego del injusto típico encontramos la antijuricidad que se divide en formal y material. La primera es la contradicción de la norma que manda o prohíbe, en tanto que la segunda es la lesión del bien jurídico. Posterior a este elemento encontramos la culpabilidad, “realización del injusto a pesar de la capacidad de reacción normativa y de la facultad de allí derivada”¹⁶¹. La culpabilidad, sirve como limite a la potestad punitiva y como mecanismo de prevención social, este criterio contradice a la necesidad de prevención general positiva que expone el funcionalismo. Por último, la responsabilidad es el juicio de reproche de una acción típicamente antijurídica en forma personalizada a su autor. Esta abarca dos características que se agregan al injusto “la culpabilidad del sujeto y de la necesidad preventiva de sanción penal, que hay que deducir de la ley”¹⁶².

El otro sector de funcionalismo tiene como su defensor a Günther Jakobs, quien orienta su teoría penal desde la “perspectiva sociológica”¹⁶³ expuesta por Luhmann. Contrario a lo que sostiene Roxin, para Jakobs el derecho penal no protege bienes jurídicos, sino por el contrario tiene como misión principal la estabilización del sistema social. Esto se logra con la pena en función de la prevención general positiva. A este modelo se lo identifica como normativismo extremo, funcionalismo sistémico o radical. Jakobs discípulo de Hans Welzel, se asienta sobre un criterio de abstracción de contenido, cuya construcción normativa ha propuesto una ruptura a los elementos ontológicos designados por la doctrina penal tradicional.

El alemán Günther Jakobs, “propugna un sistema caracterizado por un progresivo e integral proceso de desontologización, funcionalización y normativización de los conceptos e instituciones jurídico penales”¹⁶⁴. Según este esquema, “el

¹⁵⁹ Silvestroni, *Teoría Constitucional del Delito*, 258.

¹⁶⁰ Por dolo comprendemos el conocimiento y voluntad de los elementos del tipo objetivo. Roxin considera que el dolo es un proceso psíquico que trasciende al mundo social como realización de un plan.

¹⁶¹ Fernández Carrasquilla, *Derecho Penal Fundamental*, 642.

¹⁶² Roxin, *Derecho Penal*, 792.

¹⁶³ Fernández Carrasquilla, *Derecho Penal Fundamental*, 647.

¹⁶⁴ Miguel Polaino- Orts, Vigencia de la Norma: el Potencial de Sentido de un Concepto en *El funcionalismo en Derecho Penal* (Bogotá: Universidad externado de Colombia, 2003), 80.

funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad”¹⁶⁵. Jakobs realiza una crítica seria a su maestro Hans Welzel, para quien “la misión central del derecho penal es de naturaleza positiva ético-social”¹⁶⁶.

Welzel, consideraba que los valores fundamentales de respeto y fidelidad hacia el estado y la sociedad, gracias a un compromiso social, permiten el acatamiento legal: estructura ontológica de la acción, para una función ético social del derecho penal, reconoció además, que la teoría de la acción finalista¹⁶⁷, “aspira al restablecimiento de la función ético-social del derecho penal y a la superación de las tendencias naturalistas utilitaristas en la ciencia del derecho penal”¹⁶⁸.

Según la teoría funcionalista, los bienes jurídicos tutelados con la aprobación de leyes acordes a la constitución, no son categorías preexistentes, ontológicas ni naturalistas. Para este modelo, los bienes jurídicos son categorías creadas por el derecho, pues el derecho como subsistema, busca el mantenimiento de las expectativas normativas con independencia de la posible lesión o puesta en peligro del bien jurídico, es decir, bien jurídico como parte de la norma y no como concepto teleológico.

Dentro de la sociedad, el derecho como un subsistema del sistema social, es una forma de comunicación jurídica tanto de normas, como de delitos y penas. La sociedad a través del derecho recibe “una motivación psicológica, ya para reforzar la conciencia jurídica de la comunidad, ya para suscitar el ejercicio de fidelidad al derecho”¹⁶⁹, lo que significa que actúa con un fin preventivo. Esta motivación jurídica penal garantiza la vigencia de la norma, pues se aparta de criterios teleológicos y valorativos, lo que constituye el elemento esencial de la construcción “normativa funcionalista de Jakobs”¹⁷⁰.

¹⁶⁵ Günther Jakobs, *Sociedad Norma y Persona* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997), 19.

¹⁶⁶ Hans Welzel, *Teoría de la Acción Finalista* (Buenos Aires: Astrea Editorial Depalma, 1951), 13.

¹⁶⁷ Para Hans Welzel la "finalidad" o actividad finalista de la acción, se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos, Hans Welzel, *Teoría de la Acción Finalista*, Astrea Editorial Depalma (Buenos Aires: 1951), 19-20.

¹⁶⁸ Welzel, “*Teoría de la Acción Finalista*”, 18.

¹⁶⁹ Polaino- Orts, *Vigencia de la norma*, 71.

¹⁷⁰ Véase Günther Jakobs, *Derecho Penal Parte General* (Madrid: Ediciones Jurídicas, 1991), capítulo I, título II. 9-18.

Las normas son categorías jurídicas que garantizan la expectativa social frente a una eventual defraudación. Carlos Gómez-Jara Diez, citando a Pawlik, indican que “las formulaciones de Jakobs describen la función del derecho para su entorno social”¹⁷¹. El derecho penal tiene la tarea de “contradecir la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad”¹⁷². La comunicación jurídica que emite la norma puede resultar ineficaz en el plano práctico, por ello, “el derecho penal restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma, cada vez que se lleva a cabo seriamente un procedimiento como consecuencia de una infracción de la norma”¹⁷³.

Ernesto Beling citado por Jiménez de Asúa, definía al delito como “la acción típica antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad”¹⁷⁴, criterio que no ha variado en torno a los elementos, más si a la justificación. Con el paradigma funcional sistémico, el injusto típico es la “falencia objetiva frente al deber del rol en que consiste la defraudación de las expectativas normativas”¹⁷⁵, este contradice la norma impuesta por la sociedad y la sanción por su lado (pena) surge como respuesta para la estabilización de la norma. Por lo tanto, el injusto “no es un atentado contra bienes jurídicos, sino contra la vigencia y confiabilidad del sistema normativo”¹⁷⁶.

Para este modelo la acción es “típica cuando crea un riesgo jurídicamente desaprobado, y si lo hace es jurídicamente imputable desde un punto de vista objetivo, esto es, estrictamente normativo”¹⁷⁷. La relación entre acción y resultado con relevancia jurídica, permitiría la imputación objetiva, es decir, la asignación de responsabilidad social por el quebrantamiento del deber normativo, la creación de un riesgo no permitido. El rol es un “sistema de posiciones precisadas normativamente”¹⁷⁸, que implica un deber y una responsabilidad dentro de la sociedad, por el principio de confianza según el cual todos actuarán de forma correcta. El desvalor de acto crea un

¹⁷¹ Carlos Gómez-Jara Diez, *Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto en El funcionalismo en Derecho Penal* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 31.

¹⁷² Polaino- Orts, *Vigencia de la norma*, 66.

¹⁷³ Günther Jakobs, *Sociedad, Norma y Persona* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996), 12.

¹⁷⁴ Jiménez de Asúa, *La Ley y el Delito*, 222.

¹⁷⁵ Fernández Carrasquilla, *Derecho Penal Fundamental*, 655.

¹⁷⁶ *Ibíd.*, 652.

¹⁷⁷ *Ibíd.*, 655.

¹⁷⁸ Zaffaroni, *Derecho Penal*, 473.

riesgo no permitido por la sociedad, lo que hace necesario la reacción punitiva a través de la pena. Desde la perspectiva de Jakobs lo único decisivo es, como él mismo señala, la fuerza de auto conservación del sistema.

El injusto y la sanción según esta corriente, serían prestaciones del derecho penal que mantienen el sistema, y, cuando existe la desaprobación de la norma, se enciende de forma automática la reivindicación de la norma. Con esta teoría penal emerge una crítica a la separación tradicional ente injusto y culpabilidad, ya que según Javier Sánchez Vera, citado por Polaino “el mundo del autor y el mundo de la norma o de la lesión del deber jurídico no pueden separarse uno de otro”¹⁷⁹.

En la época Nazi según Welzel la pena era “un medio de limpieza biológica del pueblo”¹⁸⁰. Con el derecho penal clásico “la pena tiene una función intimidadora, ejerce una coacción psicológica que aparta al ciudadano de la comisión del delito”¹⁸¹. En la época actual, según el funcionalismo la pena sirva para “el mantenimiento de la sociedad misma”¹⁸², con Ferrajoli, la pena tiene un doble fin preventivo, “no sirve sólo para prevenir los injustos delitos, sino también los castigos injustos”¹⁸³.

Con un criterio psicológico, Miguel Polaino y Emile Durkheim plantearon una concepción basada en la conexión entre derecho y moral como antecedente de las teorías preventivo-generales de la pena. Para el sociólogo francés “todo delito entrañaba una lesión a la conciencia colectiva de la sociedad y, por ello, la pena suponía el restablecimiento de la conciencia moral quebrada”¹⁸⁴.

Cada persona en sociedad cumple una función para el mantenimiento de la norma. La sociedad a través de las normas impone comportamientos y “las expectativas se dirigen a personas, es decir, a portadores de un rol, el requisito mínimo de una defraudación es el quebrantamiento de un rol”¹⁸⁵. El paradigma funcional, defiende la teoría de la prevención general positiva, donde la desviación a través de un comportamiento, es infracción a la norma. Como consecuencia de este quebrantamiento

¹⁷⁹ Polaino- Orts, *Vigencia de la norma*, 101.

¹⁸⁰ Welzel, *Teoría de la Acción Finalista*, 10.

¹⁸¹ María Eloísa Quintero, La imputación objetiva, en *El funcionalismo en Derecho Penal* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 184.

¹⁸² Véase Günther Jakobs, *Derecho Penal Parte General* (Madrid: Ediciones Jurídicas, 1991), Capítulo I, Título I. 8-9.

¹⁸³ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 332.

¹⁸⁴ Polaino- Orts, *Vigencia de la norma*, 71.

¹⁸⁵ Jakobs, *Sociedad, Norma y Persona*, 39.

surge una reacción, “esta replica ante la infracción de la norma, ejecutada a costa de su infractor, es la pena”¹⁸⁶, que permite reafirmar la vigencia de la norma.

El modelo funcional sistémico, resume el contenido de la pena de la siguiente forma: “La misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma.”¹⁸⁷

Para Roxin, “la tarea esencial de la pena y el derecho penal consistiría en la estabilización social que conserve el sistema a través de la práctica de fidelidad jurídica”¹⁸⁸. Carlos Santiago Nino considera, que la pena es “un instrumento necesario de protección social”¹⁸⁹. Cometer un delito conlleva asumir las consecuencias del mismo, pues al formar parte de una sociedad existe un consentimiento implícito prestado cuando se integra a la misma, el autor al infringir un deber, toma una decisión que quebranta el comportamiento impuesto, lo que necesariamente conduce a la imposición de la pena.

Las críticas en torno al sistema funcionalista, es que existiría una criminalización anticipada de la libertad y la dignidad humana, este modelo estaría vaciado de contenido. Únicamente respetaría el sistema de cada momento histórico, sin recurrir a criterios de política criminal, ni mucho menos de derechos humanos como propone Roxin. La prevención especial y la garantía de los derechos del acusado están ausentes en la teoría de Jakobs. Analizando el tipo penal de tráfico ilícito de migrantes con relación a este modelo, según Roxin se requiere un bien jurídico, lo cual no sucede con este delito, ya que el control de flujos migratorios o derechos individuales de los migrantes son tareas que competen al derecho administrativo. Ahora bien, con la teoría de Jakobs es plenamente justificable este tipo penal, por cuanto se infringe la norma.

El sistema funcional mantiene la función de castigo y control, a través de las normas de derecho penal que sostienen el sistema vigente. Al no existir contenidos propios de un estado de derecho o de un estado constitucional de derechos, se torna este

¹⁸⁶ Günther Jakobs, *Derecho Penal Parte General* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1997), 13.

¹⁸⁷ Jakobs, *Derecho Penal Parte General*, 1315.

¹⁸⁸ Roxin, *La Teoría del Delito*, 47

¹⁸⁹ Carlos Santiago Nino, *Los Límites de la Responsabilidad Penal* (Buenos Aires: Astrea, 1980), 209-224.

modelo en arbitrario y sin límites o vínculos constitucionales. Este sistema así expuesto al decir de Zaffaroni “deja la puerta abierta para la ampliación del poder punitivo”¹⁹⁰.

2.1.2. Sistema Garantista

La tradición autoritaria e inquisitiva de las prácticas legislativas, jurisdiccionales y policiales de los modelos de derecho penal totalitarios, aún se mantienen en los sistemas (preventivo, punitivo o reparador) de derecho penal moderno. Adoptan criterios de prevención general, defensa social, seguridad ciudadana, lucha contra el crimen internacional y así un sin número de justificativos coercitivos y represivos que atentan contra la libertad individual y los derechos humanos. Los sistemas autoritarios son modelos de derecho penal máximo, carentes por lo tanto de límites y condiciones al poder que los autoriza.

Antagónico a estos modelos se encuentra el sistema garantista, que se lo define como “una técnica de tutela de los derechos fundamentales”¹⁹¹, cuyo contenido se expresa por vínculos y límites (formales y materiales) al poder estatal. Limitar y vincular al poder público sobre la base de la libertad individual con fundamento en los derechos humanos es lo que a continuación motiva el presente análisis.

Realizando un recorrido histórico, se puede establecer como fundamento político del sistema garantista el Bill of Rights de 1776, la Declaración de Virginia de 1776, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en especial el artículo 16, documentos que son la fuente del constitucionalismo garantista. En el primero se reconoce la monarquía constitucional, cuyos principios se recogen con un estado de derecho y soberanía parlamentaria. Los otros documentos, americanos y franceses tienen como referencia “al estado de naturaleza, al pacto social, los derechos naturales e inalienables del hombre y la soberanía del pueblo o de la nación”¹⁹², sin olvidar la división de poderes.

Más adelante, en el siglo XX tenemos las constituciones de entreguerras como la mexicana de 1917, la alemana de 1919 y la española de 1931, que reconocen auténticos derechos fundamentales, es decir, se profundiza en el estado de derecho y en un estado

¹⁹⁰ Véase Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho Penal Parte General* (Buenos Aires: Ediciones Ediar, 2002), Capítulo II. 3-17.

¹⁹¹ Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris* (Madrid: Trotta, 2011), 187.

¹⁹² Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, “Cuadro de Etapas de la Historia Constitucional Comparada”, en *Tendencias Actuales del Estado Constitucional Contemporáneo* Tomo V (Lima: Ara Editores, 2013), 269.

democrático, que vincula a todos los poderes públicos, gobierno, parlamento y jueces. Luego de la Segunda Guerra Mundial, se expide la Carta de la ONU de 1945, la DUDH de 1948, documento trascendental para la comunidad internacional para la protección de los derechos. Posterior a ello, tenemos los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de derechos Económicos Sociales y culturales; y también la CRE que recoge la impronta garantista.

Del análisis de los documentos mencionados anteriormente, se puede colegir que los derechos fundamentales considerados por la doctrina como “aquellos derechos humanos positivizados”¹⁹³, representan una pretensión moral y una recepción en el derecho positivo, la primera que se produce “sobre rasgos importantes derivados de la idea de dignidad humana, necesarios para el desarrollo integral del ser humano [...] y la segunda como “[...] condición para que pueda realizar eficazmente su finalidad”¹⁹⁴. Estos criterios ponen de relieve el progreso de los derechos, lo que sirvió en cada época para sustentar las diferentes teorías jurídicas, y lo que lógicamente sirve para sustentar la teoría garantista.

Ahora bien, las bases teóricas sentadas en su momento por Norberto Bobbio sirvieron a Luigi Ferrajoli para establecer una teoría general del derecho que en la actualidad se lo conoce como sistema garantista, el mismo que se lo define como: “El conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes a fin de tutelar, mediante sujeción a la ley y específicamente a los derechos fundamentales establecidos en ella, tanto las esferas privadas contra los poderes públicos como la esfera pública contra los poderes privados.”¹⁹⁵

Garantizar los derechos fundamentales, limitar la potestad pública y tutelar las libertades de la persona, es el postulado que nos presenta el “garantismo”¹⁹⁶, obligaciones y prohibiciones que son reconocidos normativamente, un sistema de contrapesos. Este modelo tiene como su precursor a Luigi Ferrajoli, quien basa su teoría en el análisis del ordenamiento jurídico positivo en relación con los derechos

¹⁹³ Jorge Benavides Ordoñez, *Los Derechos Humanos como Norma y Decisión* (Quito: VyM Gráficas, 2012), 35.

¹⁹⁴ Gregorio Peces-Barba Martínez, *Lecciones de Derechos Fundamentales* (Madrid: Editorial Dykinson, 2004), 29.

¹⁹⁵ Ferrajoli, *Principia Iuris*, 188.

¹⁹⁶ Para Luigi Ferrajoli el Garantismo es todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva. Véase, Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón* (Madrid: Trotta, 2009), Capítulo V. 852-854.

fundamentales. El italiano se refiere al derecho en general como “sistema de garantías”¹⁹⁷, modelo apto para cualquier otra rama del derecho en general en la esfera pública, privada e internacional. El garantismo vendría a ser como dice Ferrajoli, la otra cara del constitucionalismo.

Bajo este modelo de derecho, se plantea tres acepciones de Garantismo:

Una primera que designa un modelo normativo de derecho, cuya característica es ser cognoscitivo, en lo político, capaz de minimizar la violencia y maximizar la libertad y en el plano jurídico como sistema de vínculos a la potestad punitiva. Una segunda acepción, que designa una teoría jurídica de validez y efectividad respecto también de la existencia o vigencia de las normas y una tercera acepción que designa una filosofía política que impone al derecho y al estado la carga de justificación externa.¹⁹⁸

Prieto Sanchís, considera que el garantismo es “una de las más estimulantes orientaciones del actual pensamiento jurídico y heredero legítimo de la filosofía ilustrada que alentó la formación del primer estado de derecho”¹⁹⁹. Al igual que Ferrajoli, Sanchís considera que este modelo cabe básicamente en un estado de derecho. Este esquema epistemológico y normativo requiere como presupuesto fundamental, la separación entre moral y derecho, como objeto de cualquier crítica, por cuanto “representa el fundamento político de la división de poderes, de la independencia del poder judicial y de su sujeción solamente a la ley”²⁰⁰. Este modelo, en el plano formal y sustancial, actúa como un sistema de vínculos y límites al ejercicio del poder.

Ferrajoli logra impregnar un criterio de legitimación de la teoría garantista, establece por un lado la perspectiva de legitimación externa, cuyo significado atiende a valores morales o políticos (justo) y por otro lado el criterio de legitimación interna que no es otra cosa que principios normativos internos (validos). Como refiere Mariano Silvestroni “sin garantías, entonces, es imposible justificar moralmente el Estado conforme las pautas ético-políticas asumidas previamente”²⁰¹.

Para el sistema garantista, dentro del estado de derecho el poder es conferido por la ley, donde caben todos los ordenamientos jurídicos, en tanto que en los estados

¹⁹⁷ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil* (Madrid, Trotta, 1999), 15.

¹⁹⁸ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón* (Madrid: Trotta, 2009), 851-852-853.

¹⁹⁹ Luis Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* (Madrid: Trotta, 2003) 104.

²⁰⁰ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 69.

²⁰¹ Mariano H Silvestroni, *Teoría Constitucional del Delito* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007), 125.

constitucionales, el poder es limitado por la ley, en donde se encontrarían únicamente los estados constitucionales. Con la vigencia del modelo garantista dentro de un estado constitucional de derechos, los poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial) se encuentran limitados y vinculados a los principios que dieron nacimiento al estado liberal. El principio de legalidad no simplemente adopta un criterio de validez formal o mera legalidad, adquiere además, una validez sustancial o como lo llama Ferrajoli estricta legalidad.

Para Ferrajoli, el concepto de estado de derecho es sinónimo de garantismo, modelo que se encuentra plasmado en las modernas constituciones, cuyas características son resumidas de la siguiente forma:

En el plano formal, por el principio de legalidad, en virtud del cual todo poder público -legislativo, judicial y administrativo- está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes [...]. B), en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial²⁰².

El constitucionalismo representa una experiencia histórica que hace sentir su presencia por la modernidad con los documentos ya mencionados. Supone este modelo el hecho de considerar a las constituciones no como documentos políticos o simples leyes ordinarias, sino como vínculos al legislador, representa la positivización de los derechos humanos, donde la ley no únicamente tiene vínculos formales, sino también vínculos sustanciales, la norma además de estar vigente, debe ser válida, acorde con los principios y derechos contenidos en la constitución e instrumentos internacionales. Ferrajoli establece algunas características de este modelo: la ley vincula a la ley, la constitución como norma suprema, la legalidad se encuentra condicionada por vínculos sustanciales, el derecho “se vincula normativamente a principios de justicia, la igualdad, la paz, la tutela de los derechos fundamentales-positivamente inscritos en las constituciones”.²⁰³

²⁰² Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 856-7.

²⁰³ Luigi Ferrajoli, *Razones Jurídicas del Pacifismo* (Madrid: Trotta, 2004), 99.

En un sistema garantista, la vigencia de la norma en torno a su producción formal, no es lo esencial, se requiere además un criterio de validez como “una cuestión de coherencia o compatibilidad de las normas producidas con las de carácter sustancial sobre su producción”²⁰⁴, lo que significa racionalidad formal y racionalidad material en su elaboración. Existe una relación indisoluble entre los derechos y garantías, mismos que se encuentran reconocidos en un estatuto normativo fundamental. Los derechos fundamentales se materializan con las garantías de prestación y garantías de prohibición “garantías primarias (positivas) a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y garantías secundarias (negativas) a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos.”²⁰⁵

Según Ferrajoli las garantías se dividen en primarias y secundarias. Las primeras son el sistema jurídico en general (garantías normativas) en tanto que las segundas se subdividen en políticas públicas y jurisdiccionales. Por lo tanto, dentro de las garantías secundarias jurisdiccionales podemos encontrar las garantías penales y procesales. Los límites y vínculos impuestos al poder punitivo se traducen en garantías, que son mecanismos de protección y dentro del ámbito jurídico penal son mecanismos que limitan el poder punitivo y por otro lado vinculan al poder al momento de judicializar la conducta de una persona.

Las garantías son mecanismos para hacer efectivos los derechos, Carolina Silva Portero dice que garantía “es toda forma de protección a un derecho, garantía, es todo mecanismo para hacer efectivo un derecho.”²⁰⁶, y, es en el derecho penal, donde el modelo garantista ha diseminado mayormente sus postulados, llegando a criticar todas las instituciones punitivas de castigo, prohibición y sanción. La autora antes mencionada, clasifica a las garantías de la siguiente forma: Garantías Normativas, Garantías Jurisdiccionales (Acción popular, Acción cautelar y de fondo, Reparación integral), Garantías de Política Pública, (Revisión de las políticas públicas en educación Revisión de las políticas públicas del sistema carcelario, Revisión de las políticas públicas para las personas desplazadas)²⁰⁷

²⁰⁴ Ferrajoli, “*Derechos y Garantías*”, 22.

²⁰⁵ Luigi Ferrajoli, *Los Fundamentos de los Derecho Fundamentales* (Madrid: Trotta, 2001), 26.

²⁰⁶ Carolina Silva Portero, “Las garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción?” en *Neoconstitucionalismo y Sociedad* (Quito: V&M Gráficas, 2008), 66.

²⁰⁷ *Ibíd.*, 71-79.

Desde la perspectiva jurídica de las garantías podemos citar el pensamiento de César Beccaria, quien postulo el principio de la legalidad de los delitos y las penas. Así también, con igual orientación presentó en su momento John Howard la necesidad de limitar las penas, ya que fue quien palpo de cerca la realidad carcelaria de aquellos tiempos, sin olvidar el plan de legislación criminal de Marat. Todas estas corrientes en su momento pretendían humanizar las leyes penales”²⁰⁸.

El derecho penal liberal se lo siente en Europa como bien lo anota Jiménez de Asúa cuando manifiesta que: “Al mismo tiempo se iniciaba en Italia, Alemania e Inglaterra, la creación de una doctrina penal liberal, con Romagnosi, Feuerbach y Bentham, que luego se construirá con caracteres al parecer definitivos por Carmignani Carrara y por los penalistas alemanes desde el gran bávaro citado hasta Binding y Beling (...)”²⁰⁹

El modelo garantista pretende minimizar la violencia que ejerce el poder punitivo, abriendo para ello un sistema de garantías normativas (orgánicas, sustantivas y adjetivas) que se fundamentan en el constitucionalismo moderno. Las personas frente al poder público tienen por un lado a su favor, un estatuto que les permite activar sus garantías orgánicas y por otro lado tienen frente al poder un cumulo de garantías penales y procesales. Realiza un análisis del distanciamiento existente entre el sistema normativo de garantías y el funcionamiento real de las instituciones punitivas.

El sistema penal garantista, cognitivo o de estricta legalidad, emprende la difícil tarea de entrelazar la ruptura existente entre el modelo normativo constitucional y la efectiva realización del mismo. Esta teoría epistemológica, surge como respuesta a esa creciente separación normativa y a la existencia de modelos jurídicos que han apadrinado la ausencia de correspondencia entre validez y vigencia de las normas. Se funda sobre principios de materialidad, lesividad, estricta legalidad, la responsabilidad penal, presunción de inocencia, el juicio oral y contradictorio entre las partes. Este paradigma penal, realiza una crítica al derecho positivo vigente desde la perspectiva interna y externa, así como una crítica a las ideologías políticas y jurídicas del momento.

²⁰⁸ Luis Jiménez de Asúa, *La Ley y el Delito* (Buenos Aires: Hermes, 1954), Capítulo III, 34-42

²⁰⁹ *Ibíd.*, 42.

Las garantías se dividen en: penales, procesales y orgánicas, se constituyen con dos elementos: “uno relativo a la definición legislativa y el otro a la comprobación jurisdiccional de la desviación punible”²¹⁰. Las garantías penales son un conjunto de “ciertos principios que enuncian las condiciones necesarias -aunque no suficientes- para afirmar una responsabilidad penal y aplicar un pena”²¹¹. Son un presupuesto indispensable para la pena, el mecanismo para asegurar que la decisión típica adoptada por el legislador respete los contenidos constitucionales, el órgano jurisdiccional verifique la constitucionalidad del tipo penal, y que el ente acusador justifique los elementos del tipo penal en relación con la teoría del delito. Las garantías son: delito, ley, necesidad, lesividad, materialidad de la acción, culpabilidad.

Las garantías procesales se corresponden a “pautas de comportamiento impuestas a los distintos sujetos concurrentes, que buscan asegurar una equilibrada de distribución del espacio escénico del proceso entre todos ellos”²¹², verificación del debido proceso en el plano adjetivo. Las condiciones procesales son: juicio, acusación, prueba, defensa. En doctrina estas se dividen en garantías Genéricas y Específicas, las primeras serían: inocencia, tutela jurisdiccional efectiva, derecho a la defensa. Dentro del segundo estarían: la igualdad de armas, igualdad ante la ley, seguridad jurídica.

El modelo penal garantista (cognoscitivo), presenta diez axiomas: “A1. Nulla poena sine crimine. A2. Nullum crimen sine lege. A3. Nulla lex (poenalis) sine necessitate. A4. Nulla necessitas sine iniuria. A5 Nulla iniuria sine actione. A6. Nulla actio sine culpa. A7. Nulla culpa sine iudicio. A8. Nullum iudicium sine accusatione. A9. Nulla accusatio sine probatione. A10. Nulla probatio sine defensione”²¹³.

Las garantías orgánicas impiden la intromisión de otros poderes públicos en el poder judicial y dotan al poder judicial de independencia en sus decisiones. Estas garantías sirven “para proteger a la magistratura en su conjunto y al juez o tribunal del caso, dotándolos de independencia en los respectivos ámbitos”²¹⁴.

Pavarini afirma que “es innegable que la tradición garantista, propia de la ciencia penal moderna, se ha fundado también o sobre todo en una perspectiva reduccionista, en

²¹⁰ *Ibíd.*, 34.

²¹¹ Edmundo S. Hendler, *Las Garantías Penales y Procesales, Enfoque Histórico-Comparado* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001), Capítulo III, 65-67.

²¹² Perfecto Andrés Ibáñez, *Justicia Penal, Derechos y Garantías* (Bogotá, Temis, 2007), 31.

²¹³ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 93.

²¹⁴ Ibáñez, *Justicia Penal*, 29.

el sentido de que apunta a contener la violencia de las penas”²¹⁵. Silvestroni dice que “las reglas constitucionales del derecho penal y procesal penal constituyen pautas casi sagradas que no admiten discusión alguna para quien defiende el estado de derecho”²¹⁶.

Bajo este criterio “el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real”²¹⁷. Por ello, las garantías penales y procesales son “una condición *sine qua non*, esto es, una garantía jurídica, para la afirmación de la responsabilidad penal y para la aplicación de la pena”²¹⁸. Desde la perspectiva de las garantías penales en torno a la potestad definitiva legislativa, con el tipo penal de tráfico de personas se estaría vaciando el contenido esencial del derecho a migrar, por cuanto se afecta los elementos internos y externos de este derecho. No se estaría garantizando el derecho a salir, ingresar, y permanecer en un estado receptor. Por otro lado, así también el legislador debe verificar que de acuerdo a las garantías penales, se lesione algún bien jurídico, tarea que también corresponde al órgano jurisdiccional y que conforme lo analizado no se lesiona bien jurídico alguno.

2.2. El delito de tráfico ilícito de migrantes

La doctrina internacional entiende por tráfico ilegal “el traslado de extranjeros de un país a otro por parte de terceros que los transportan, con o sin anuencia de aquellos, de igual forma que se traslada una mercancía de contrabando”²¹⁹. Por su parte, la normativa jurídica internacional actual aplicable en nuestro país, por los compromisos internacionales asumidos, define al delito de tráfico ilícito de migrantes como “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”²²⁰.

Tanto la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, así como el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra Mar y Aire (en adelante el Protocolo) se integran por normas específicas en torno al

²¹⁵ Massimo Pavarini, “Las funciones materiales de la penalidad”, en *Castigar al enemigo: criminalidad, exclusión e inseguridad* (Quito: FLACSO-Ecuador, 2009).

²¹⁶ Silvestroni, *Teoría Constitucional de Delito*, 130-131.

²¹⁷ Immanuel Kant, *La Metafísica de las Costumbres*, 4ª Edición (Madrid: Editorial Tecnos 2005), 166.

²¹⁸ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 92.

²¹⁹ Esteban Pérez Alonso, *Tráfico de Personas e Inmigración Clandestina* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 258.

²²⁰ *Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire*, que complementa la Convención de la Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Art. 3.

injusto de tráfico de migrantes, ya que en dichos documentos jurídicos se establece su tratamiento, las definiciones, la responsabilidad de los Estados y el papel que asumen las víctimas en el traslado internacional.

En Ecuador la regulación constitucional sobre el “tráfico de seres humanos”²²¹ aparece en el año 1998. Esta definición incluía dentro del tráfico, también la trata de personas, estas conductas, al tener el carácter internacional obligo a legislador constitucional a crear una normativa jurídica superior, por el fenómeno social que representaba la migración irregular. Con la proclamación en nuestro país del Estado Constitucional de Derechos, también se regula la migración irregular a través del “tráfico de seres humanos diferenciándolo de la trata”²²².

Con el siguiente cuadro pretendo explicar la conducta de tráfico como regulación constitucional y legal, es decir, la violación a la libertad de las personas. En la Constitución de 1998 el tráfico aparece dentro del capítulo de los derechos civiles, donde paradójicamente también se encuentra el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a salir del país.

En la Constitución del año 2008, el tráfico aparece en el capítulo de los derechos de libertad, donde contradictoriamente también aparece el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a salir del país, a pesar de que en esta misma constitución se reconoce el derecho a migrar, lo que se refuerza con los principios de ciudadanía universal, ciudadanía latinoamericana y la eliminación de la condición de extranjero.

Cuadro 2
Evolución del tratamiento al tráfico de migrantes a nivel constitucional y legal

Norma	Derecho	Medios		Artículo	Sanción
Constitución 1998.	Dentro de los derechos civiles.	Tráfico de seres humanos	Artículo 23 numeral 4.	Artículo 23 numeral 5 y 14.	
Constitución. 2008.	Dentro de los derechos de libertad.	Entrar y salir del país.	Trafico y trata de seres humanos	Artículo 66 numeral 5, 14 y 29	Movilidad humana y ciudadanía universal. Artículo 40 y 416 numeral 6.
Ley de migración y extranjería	Regula los servicios relativos a la entrada y salida de nacionales o extranjeros del país	Función Ejecutiva.	Ecuatorianos que pretendan permanecer o trabajar en otro sin la autorización específica de salida de país.	Artículo 37 numeral 4.	
Código Penal	Delitos contra la	medios ilegales	Ley reformatoria	Artículo 440 A.	3 a 6 años

²²¹ Constitución de la República del Ecuador [1998], Art. 23, num. 4.

²²² CRE, art. 66, num. 29, lit. b.

	seguridad pública.	facilitare la migración de personas nacionales o extranjeras hacia otros países	al C. Penal, 30 de junio del año 2000.		
Código Penal.	Delitos contra la seguridad pública.	víctimas sufrieren lesiones o muerte	Ley reformatoria de diciembre del año 2002.	Artículo 440 B	6 a 9 reclusión menor y 8 a 12 reclusión mayor.
Código Penal	Delitos contra la seguridad pública	Medios: Promueva, facilite, financie colabore, participe ayude. Responsables: padre, madre, abuelos tíos hermanos, tutores, Aprehensión o incautación.	Ley derogatoria del 29 de diciembre del año 2006, con lo cual se derogan los artículos 440 A y 440 B	Artículo... 440.2.1.	4 a 8 años. Acumulación hasta 25 años reclusión mayor especial. 12 a 16 años reclusión mayor extraordinaria. 8 a 12 años reclusión mayor ordinaria
Código Orgánico integral penal en adelante COIP.	Delitos contra los derechos de libertad.	Capte, acoja, induzca. Dueños del transporte, tripulación, y de personas jurídicas.	10 de febrero del año 2014.	Artículo 213.	7 a 10 años. 10 a 13 años. 22 a 26 años.

Fuente. CRE 1998. CRE 2008, Ley de migración y extranjería, Código Penal, Código Penal, COIP.
Autor: Danilo Faican Auquilla, 2016.

En el plano legal en torno al tráfico ilegal de personas, tenemos como antecedente más próximo la tipificación penal de tráfico ilegal de personas a la Ley de Migración²²³, estatuto normativo que introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico penal, el tratamiento del tráfico de migrantes.

Históricamente el delito en estudio, fue introducido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano mediante una “ley reformativa al Código Penal”²²⁴. En el mes de diciembre del año 2002, se produce una nueva “reforma legislativa”²²⁵, con una ampliación del delito de estafa, establecía en su Artículo 3 que se agregue a continuación del artículo 563 del Código Penal, el siguiente inciso: “la pena será de reclusión menor ordinaria de tres a seis años si la defraudación se cometiera en casos de migraciones ilegales”²²⁶. Una vez más se realiza una “reforma legislativa”²²⁷ de fecha 29 de diciembre del año 2006, con lo cual se derogan los artículos 440 A y 440 B del código penal, para luego establecer el artículo 440.2.1. Si observamos el cuadro anterior, este delito aparece entre

²²³ Ecuador. *Ley de Migración* publicada en el Registro Oficial (en adelante citado como RO), No. 6 del martes 18 de agosto de 1998.

²²⁴ Ecuador. *Ley Reformativa al Código Penal* publicado en el RO, 110 del 30 de junio de 2000.

²²⁵ Ecuador. *Ley Reformativa al Código Penal* publicado en el Registro Oficial, Suplemento, (en adelante citado como ROS), 716 de diciembre del 2002.

²²⁶ Ecuador. *Ley Reformativa al Código Penal* publicada en el ROS, 716 de diciembre del 2002.

²²⁷ Ecuador. *Código Penal*, art. 440.2.1.,

los delitos contra seguridad pública, y además que se va ampliando la pena, los medios y los responsables.

El Código Orgánico Integral Penal entro en vigencia el 10 de febrero del año 2014. En este cuerpo normativo penal, procesal y penitenciario, se agrupan no únicamente la parte general y especial del derecho penal, sino también las garantías, penales, procesales y penitenciarias y por su puesto se tipifica el delito de “tráfico ilícito de migrantes”²²⁸, concepto que proviene del protocolo sobre tráfico de personas.

Conforme se puede apreciar de la evolución y transformación histórica nacional del delito de tráfico ilícito de migrantes, no existió un verdadero tratamiento jurídico penal. Ha quedado demostrado con las continuas reformas a este tipo penal que las mismas fueron la consecuencia del clamor ciudadano y se debieron a respuestas coyunturales del momento. Es decir, las reformas actuaron como armas políticas de un derecho penal simbólico, publicando por así decirlo, que algo se hace en contra de la criminalidad.

Realizando un análisis entre el delito de tráfico de personas regulado en el código penal y regulado en el COIP, podemos observar que la tendencia es maximizar la violencia de las penas, en cada reforma se amplía el campo de acción del tipo penal de tráfico ilegal de personas, sin olvidar que este delito aparece dentro de los delitos contra los derechos de libertad. Conforme lo analizado, el delito de tráfico ilícito de migrantes, se inscribe dentro de la teoría funcionalista expuesta por Jakobs, por cuanto el aumento de penas se orienta a una prevención general positiva. Muy a pesar de que en nuestro ordenamiento constitucional se recoge el sistema garantista que pretende minimizar el poder punitivo.

El nuevo marco constitucional ecuatoriano también ha incorporado avances en el tratamiento de la movilidad humana. Para frenar de algún modo la migración irregular se han creado políticas públicas, organismos e institución con dicho fin. Se propugna como eje rector de los compromisos internacionales el principio de ciudadanía universal y la paulatina eliminación de la condición de extranjero. La Constitución del Ecuador es garantista, pero en la práctica existe un distanciamiento radical entre las reglas penales y los principios constitucionales, lo que provoca inseguridad jurídica e inconformidad de criterios.

²²⁸ COIP, Art. 213.

2.2.1. La conducta punible

La acción corresponde a una exteriorización de la conducta del ser humano, que requiere un mínimo de subjetividad para un juicio de reproche de culpabilidad. La acción humana “constituye el pilar fundamental del denominado derecho penal de acto”²²⁹. La acción “es una conducta humana voluntaria que produce un resultado”²³⁰, es la acción ejecutada, la acción esperada y el resultado producido.

Desde la perspectiva penal causalista clásica (Beling-Franz Von Liszt), en contenido de la acción del hombre, es la voluntad humana que produce una transformación del mundo exterior, con ello se debe verificar que existe en el hombre una fase interna elemento subjetivo y una fase externa, elemento objetivo. Para poder incriminar a una persona, se requiere indispensablemente el nexo causal entre el acto humano y resultado que deviene de esa acción.

Con la teoría finalista, la acción humana como elemento de la teoría del delito “es ejercicio de voluntad final y actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin”²³¹. El ser humano se representa mentalmente el proceso causal del delito hacia un fin, “la voluntad va primero mentalmente hacia el fin y desde el regresa a los medios para poner en marcha el curso causal con los medios elegidos, conduciendo el proceso hacia la realización del objetivo”²³².

Con el sistema propuesto por Roxin, la acción existe como algo externo que abarca los elementos objetivos, subjetivos y valorativos, además “lesiona un bien jurídico”²³³ que resulta imputable a un sujeto. Debe existir una relación de causalidad entre el acto y el resultado, creación de un riesgo no permitido, concurrencia de elementos objetivos y subjetivos para luego realizar un juicio de imputación objetiva. Desde la perspectiva funcional de Jakobs, la acción consiste en la objetivización de una actitud incorrecta a la norma. Toda persona mantiene un deber del rol, pues la norma genera expectativas de comportamiento social. El quebrantamiento de la norma crea un riesgo que defrauda la confianza normativa, por lo cual surge la pena.

²²⁹ Silvestroni, *Teoría del Delito*, 151.

²³⁰ De Asúa, *La ley y el Delito*, 227.

²³¹ Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán*, Tercera edición, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), 53.

²³² Fernández Carrasquilla, *Derecho Penal*, 531.

²³³ Roxin, *Teoría del Delito*, 506 a 509.

Con el modelo penal garantista, el concepto de acción es una creación normativa legislativa con contenido formal y material, que debe estar rodeado de garantías mínimas que requieran la exteriorización personal de la acción. Ha de verificarse también en la conducta un mínimo de subjetividad por el concepto de culpabilidad, y debe necesariamente estar acorde al principio de legalidad y lesividad de la conducta.

El art. 76, num. 3 de la CRE exige como presupuesto del delito y la pena, la acción realizada por el hombre. Así mismo, los tratados internacionales de derecho humanos también exigen la existencia de la acción humana como presupuesto de la prohibición y castigo. Así lo establece el art. 11 num. 2 de la DUDH, el art. 15, num. 1 del PICIP (art. 15.1) y a nivel americano, el art. 9 de la CADH.

De la definición del Protocolo, se derivan dos elementos del tipo penal “el primero de carácter objetivo referido a la conducta típica, y el otro de carácter subjetivo, referido al fin perseguido con ella”²³⁴. La descripción de la conducta consiste en facilitar, promover, financiar o colaborar para la entrada ilegal de un extranjero a otro país. Por entrada ilegal según el protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes se entenderá “el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el estado receptor”²³⁵. El carácter objetivo de ilícito de migrantes está representado por el elemento geográfico, es decir el carácter transnacional.

El delito de tráfico ilícito de personas se caracteriza por el acuerdo de voluntades entre el migrante y el traficante. Existe exteriorización y voluntariedad tanto del traficado como del traficante. La acción que realiza el traficante con el ofrecimiento de traslado fronterizo, en la práctica es aceptada por el migrante, sin que se vulnere su libertad de decisión, pues es el aspecto subjetivo del migrante que provoca la salida internacional irregular. Al migrante internacional, según el protocolo tantas veces citado no se lo considera víctima sino como objeto de la conducta típica. La acción que realiza el traficante es facilitar el traslado internacional, que necesariamente requiere la voluntad sin coacción de ninguna especie para que esta exteriorización pueda verificarse en el mundo práctico.

²³⁴ Pérez Alonso, *Tráfico de Personas*, 160.

²³⁵ *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes*, art. 3, literal b.

El Protocolo dispone que “cada estado parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito [...]”²³⁶. Esta obligación jurídica internacional la recogía anteriormente al Código Penal y actualmente lo recoge el Código Orgánico Integral Penal. Con la corriente causalista el delito de tráfico de personas implicaría la facilitación del traslado cuyo resultado o nexo causal entre acción y resultado sería que el migrante se encuentra en el país receptor. Para la teoría finalista el traficante en su mente lograría que el migrante se encuentre en el país de destino y utilizaría los medios necesarios para que el traslado fronterizo tenga su éxito, cuando el traficado sea considerado inmigrante.

Con el modelo funcional la acción y resultado debe lesionar un bien jurídico (Roxin), en tanto que con el otro enfoque se requiere la lesión de la norma como acción que cree una lesión o riesgo (Jakobs). Para el modelo garantista se debe primero verificar que la acción y el resultado lesionen un bien jurídico, además que dicha conducta (tráfico de personas) guarde coherencia con los derechos fundamentales, por cuanto, existe la voluntad que cobija el derecho a migrar.

2.2.2. El bien jurídico protegido

Desde la perspectiva constitucional “los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”²³⁷. La doctrina, sobre todo internacional, no es unánime para determinar el bien jurídico protegido por el tipo penal de tráfico ilícito de migrantes. Al respecto se sostiene tres posiciones que giran en torno al bien jurídico a tutelar por la norma-regla penal de tráfico ilícito de migrantes.

La primera teoría defiende como bien jurídico protegido por el delito en estudio, los derechos de los ciudadanos extranjeros. Este criterio es incongruente, pues existen derechos fundamentales reconocidos en las constituciones internas, así como derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales que protegen los derechos de los migrantes. La segunda teoría sostiene que se protege como bien jurídico, la ordenación y el control de flujos migratorios por parte del estado, tarea que al decir de la doctrina le corresponde al ámbito administrativo. Por último una tercera teoría de

²³⁶ Protocolo, art., 6.

²³⁷ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General* (Madrid: Civitas, 1997), 56.

carácter dualista según la cual se protegería, “el control de flujos migratorios y los derechos de los ciudadanos extranjeros”²³⁸.

La posición doctrinal hace referencia a bienes de naturaleza supraindividual, como el orden socioeconómico y los flujos migratorios. Por otra parte, también se defiende el carácter pluriofensivo de los bienes jurídico protegidos, es decir la protección de los derechos de los extranjeros, así como los controles estatales en la migración. Al fin, se nos habla de bienes de naturaleza individual o colectiva, es decir, derechos de los ciudadanos extranjeros.

El contenido del bien protegido según la segunda posición sería “el derecho que tiene todo emigrante legal a alcanzar una plena integración social”²³⁹. Pero, para la autora Rodríguez Mesa “el derecho penal no puede convertirse en cómplice de una legislación que, al procurar la integración social de unos sujetos, favorece la exclusión social de otros”²⁴⁰. Los derechos de los ciudadanos extranjeros como bien jurídico tutelado, no pueden representar una desviación administrativa de entrada y permanencia en determinado país.

Dentro de esta misma tendencia, lo que se protegería es la libertad, la seguridad y la dignidad del migrante, cuestión que desde luego es cuestionable por los tipos penales específicos para cada bien jurídico. La situación de vulnerabilidad especial en la que se encuentran las personas migrantes, obliga a realizar una “especial protección a los ciudadanos extranjeros como grupo sensible, al encontrarse en una situación de vulnerabilidad excepcional”²⁴¹.

Los bienes jurídicos tutelados por el delito de tráfico ilícito de migrantes, no quedarían afectados cuando el migrante irregular se encuentra en el país receptor, sino cuando se produce el traslado fronterizo internacional de un país a otro. El autor Miguel Díaz, bajo esta misma óptica quiere determinar cuáles serían los derechos de los inmigrantes en el país receptor. “Un primer grupo constituido por la vida, salud, etc, que

²³⁸ Burusco Barber, Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros, en *Enciclopedia Penal Básica* (Granada: Comares, 2002), 450.

²³⁹ José Ramón Serrano Piedecabras, Los Delitos Contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros, en; Lorenzo Copello, *Inmigración y Derecho Penal Bases para un Debate* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2002), 44.

²⁴⁰ M. José Rodríguez Mesa, *Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001), 57.

²⁴¹ Ana Isabel Pérez Cepeda, *Globalización, Tráfico Internacional Ilícito de Personas y Derecho Penal* (Granada: Editorial Comares, 2004), 170.

permiten la realización de la dignidad humana. Un segundo grupo relacionados con la nacionalidad (sufragio). El tercer grupo cuya titularidad la ostentan nacionales y extranjeros, los llamados derechos sociales²⁴². La diferencia radica en los derechos específicos para los inmigrantes y para los nacionales, lo cual es lógico.

La ordenación y el control de flujos migratorios como bien jurídico tutelado quedarían comprendidos dentro del “derecho administrativo sancionador”²⁴³. Según esta concepción, con la entrada irregular de migrantes se pondría en peligro la soberanía estatal en el control de flujos migratorios, por lo tanto, la protección de estos bienes jurídicos permitiría el mantenimiento del sistema económico y social del estado receptor. La concepción dualista propugna la protección de derechos individuales de los extranjeros y el control de las migraciones. Se sostiene que se tutela el fenómeno migratorio como interés difuso y como interés concreto los derechos de los extranjeros.

De la lectura realizada a nuestro anterior código penal, este delito formaba parte del capítulo de los delitos contra la seguridad pública, lo que obviamente justificaría la lesión de flujos migratorios, o en el COIP los derechos de libertad de los migrantes, teorías que se encasillan en la corriente funcionalista de Jakobs. Ahora, si nos remitimos al funcionalismo de Roxin necesariamente hace falta un bien jurídico que tutelar, lo cual no existe en el tipo penal de tráfico. Pero, si nos remitimos a la teoría garantista recogida por nuestro estado constitucional de derechos, se requiere la lesión de un bien jurídico de carne y hueso al decir de Ferrajoli.

2.2.3. La pena

Las escuelas penales clásicas y modernas no son coincidentes en determinar la justificación, el sentido y fin de la pena. Tradicionalmente giran variados discursos en torno a la orientación política, social y jurídica de la pena, sosteniéndose que tiene un efecto en vez de un fin, con ello podemos hablar de: teorías absolutas (retribución) o relativas (prevención) retribucionistas o utilitaristas, teorías de prevención general

²⁴² Miguel Díaz y García Conlledo, *Protección y Expulsión de Extranjeros en Derecho Penal* (Madrid: La ley, 2007), 201.

²⁴³ El derecho penal administrativo consiste en un conjunto de normas de derecho público interno dispersas en los más variados estatutos que sancionan punitivamente el quebrantamiento de ciertos deberes especiales de los funcionarios con la administración, o de ciertos intereses gubernamentales en la conducta de los particulares: Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho Penal Fundamental*, Tercera Edición (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2007), 142.

(positiva o negativa) o de prevención especial (positiva o negativa) y teorías de la expiación.

Para las teorías absolutas, la pena, es la retribución por el mal causado, representa la consecuencia necesaria por el delito cometido, se convierte en una especie de venganza judicializada en los tribunales penales. La pena, en fin, “ha sido un elemento *sine qua non* en el derecho penal”²⁴⁴, es retribución según la magnitud de la culpa, sin recurrir a fines preventivos de acuerdo a la peligrosidad del sujeto, “es también la confirmación del derecho”²⁴⁵. Para el derecho penal clásico, la pena, era un medio para asegurar la libertad, servía como medio de retribución por el hecho, se justificaba para sancionar los ataques contra el derecho mismo.

Según el funcionalismo sistémico, la pena como castigo por la infracción cometida, sirve para lograr el “mantenimiento del sistema mismo”²⁴⁶, para confirmar la fidelidad al derecho (Jakobs) y para lograr la “protección de bienes jurídicos”²⁴⁷ (Roxin). En tanto que para el garantismo (Ferrajoli) la pena tiene un doble fin preventivo. Primero sirve “para prevenir los delitos y en segundo lugar para evitar la venganza privada”²⁴⁸.

El criterio de prevención general, expuesto por el funcionalismo, lo encontramos en la legislación penal ecuatoriana, que dice que “los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos [...]”²⁴⁹. La pena, para el delito de tráfico, ha variado según las circunstancias sociales, responden por lo general a hechos que causan conmoción social y que requieren una respuesta inmediata del poder punitivo. La ley reformativa al Código Penal del 30 de junio del año 2000, imponía a los autores por facilitar la migración ilegal de 3 a 6 años. En el año 2002 se produce una nueva reforma donde la pena era de 6 a 9 años y de 8 a 12 años. La reforma de diciembre del año 2006, estableció la pena de reclusión mayor de *cuatro* a ocho años. En el Código Orgánico Integral Penal, la sanción es pena privativa de libertad de *siete a diez años*.

²⁴⁴ Jorge Vicente Paladines Rodríguez, “Razón jurídica o barbarie Sobre la jurisdicción en la ejecución penal”, en Carolina Silva Portero, edit., *Ejecución Penal y Derechos Humanos* (Quito: Imprenta V&M Gráficas, 2008), 165.

²⁴⁵ Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal Parte General* (Brenna: Editorial Instituto Pacífico, 2014), 19.

²⁴⁶ Gunther Jakobs, *El Fundamento del Sistema Jurídico Penal* (Lima: Ara Editores, 2005), 53 a 62

²⁴⁷ Roxin, *La teoría del Delito*, 42 a 47.

²⁴⁸ Véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón* (Madrid: Editorial Trotta, 2009), Capítulo II, Título VI, 91-94.

²⁴⁹ COIP, Art. 52.

Cada vez que se ha realizado una reforma penal, la tendencia se orienta a endurecer las penas, sin que en las mismas, se considere criterios constitucionales o doctrinales acordes con las tendencias penales actuales que pretenden minimizar las penas y maximizar las libertades. Las normas a las que hemos hecho referencia y que se recogen del extinto Código Penal y del vigente Código Orgánico Integral penal, son la muestra tangible de la práctica punitiva. El legislador penal pretende encontrar en el aumento de penas el remedio para frenar el índice criminal y usa este mecanismo con un efecto tranquilizador social. Al respecto dice Ferrajoli:

La historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos: porque más despiadadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas y porque mientras que el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia infligida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno. Frente a la fabulada función de defensa social, no es arriesgado afirmar que el conjunto de las penas conminadas en la historia ha producido al género humano un coste de sangre, de vidas y de padecimientos incomparablemente superior al producido por la suma de todos los delitos²⁵⁰

²⁵⁰ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 385-386.

Capítulo tercero

Derecho a migrar: Protección o restricción

En este capítulo, se describe la potestad definitoria punitiva que le corresponde al estado, esto implica respetar las libertades individuales y los derechos fundamentales. Posteriormente se aborda el derecho objetivo penal que se remite al contenido de las conductas que lesionen bienes jurídicos, lo cual se aparta de criterios morales en relación con los derechos humanos.

Se pasa a continuación a hacer referencia a los principios universales de derecho como una barrera normativa al ejercicio del *ius puniendi*; y se analiza la supremacía del principio por sobre la regla. Por último, se presenta un caso emblemático de juzgamiento por tráfico ilícito de migrantes y se brinda información estadística sobre frecuencia del juzgamiento del delito, para determinar los efectos reales del proceso de penalización de la conducta.

3.1. El derecho a migrar: análisis desde la perspectiva político-criminal y jurídica

La regla jurídica de tráfico ilícito de migrantes, representa la barrera político-jurídica al principio internacional de la migración. Esta tensión entre regla y principio, implica para el poder público *prima facie* una doble contradicción normativa. Por un lado, se garantiza la salida e ingreso a cualquier país y de otro lado, con el injusto penal de tráfico, se pretende limitar la autodeterminación personal cuando una persona decide salir, ingresar y permanecer en otro país.

La política criminal no únicamente se orienta a la lucha contra el crimen, prevención y represión de delitos, hoy en día, busca limitar y vincular al poder punitivo en relación con los derechos fundamentales. Existen valores superiores internos y externos que guían la política criminal y todo el sistema jurídico penal, valores que se hoy se encuentran positivizados como lo sostiene Carrasquilla cuando dice que:

Primero, el punto de vista de los valores superiores del ordenamiento jurídico nacional e internacional, con lo cuales las normas legales son sometidas, los mismo que las teorías jurídicas sobre ellas, a una permanente confrontación crítica con el fin de evitar contradicciones, desarmonías o vacíos en la “sistematización vertical”.

En segundo lugar, la política criminal somete las normas, las teorías y la propia práctica judicial del derecho penal a una labor constante de “crítica externa” compulsándolas a cada paso con los valores ideales de legitimidad, justicia, igualdad, libertad, seguridad, solidaridad de la comunidad jurídica nacional e internacional, que es de donde emanan

los principios político-criminales, los de legalidad, culpabilidad, lesividad, humanidad intervención mínima, etc²⁵¹.

El derecho penal como el subsistema más sensible de la política criminal, también se somete a valores y críticas internas o externas. Franz von Liszt, citado por Roxin, sostenía que “el derecho penal es la infranqueable barrera de la política criminal”²⁵². Esta representa, la respuesta o reacción social-institucional a través de medidas, decisiones, instrumentos y reglas que orientan el ejercicio de la violencia estatal frente a la criminalidad: coerción penal hacia determinados objetivos en función a la persona.

El derecho penal se divide en objetivo y subjetivo. La potestad incriminatoria gira bajo el principio de un derecho penal subjetivo, criminalización primaria. El derecho de prohibir y castigar (*ius puniendi*) es una prerrogativa estatal, base de un sistema penal. El poder legislativo al momento de crear un tipo penal, no únicamente debe responder a criterios de prevención o castigo, sino también debe orientar sus decisiones a limitar al poder público en su conjunto.

A la hora de resolver un conflicto social a través de una decisión político-legislativa, dos son los factores que el legislador debe tomar en cuenta al momento de emitir una respuesta jurídico-penal acerca de una desviación de la conducta: un factor normativo o de justicia y un factor empírico o de utilidad. La política criminal engloba estos dos factores, “pues le incumbe la elaboración de los criterios a tener en cuenta a la hora de adoptar decisiones en el ámbito del derecho penal”²⁵³.

El factor empírico se encuentra integrado por el derecho penal subjetivo como la potestad de definir las conductas penalmente relevantes que le corresponden al órgano legislativo. Muchas de las veces el órgano ejecutivo extralimitándose en sus funciones adquiere esa facultad, esto sucede cuando se crean mecanismos para frenar la criminalidad y combatir la delincuencia. Ferrajoli establece condiciones formales y sustanciales que legitiman las decisiones en el ejercicio del *ius puniendi*. Las

²⁵¹ Fernández Carrasquilla, *Derecho Penal*, Tercera Edición, 71.

²⁵² Claus Roxin, *Política Criminal y Sistema del Derecho penal* (Buenos Aires: Hammurabi, 2002), 31.

²⁵³ Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal Parte General*, 8ª edición (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 196.

condiciones se integran por las “reglas sobre quién puede y sobre cómo se debe decidir, y las reglas sobre qué se debe y no se debe decidir”²⁵⁴.

Pero, los actos y órganos del poder político, (leyes penales, pena, jueces y sistema penitenciario), no deben coartar derechos fundamentales de las personas, por más ponderable que resulte su prohibición y castigo. Estos mecanismos, al decir de Zaffaroni se los conoce como actos de criminalización formal que se dividen en: “criminalización primaria y criminalización secundaria”²⁵⁵. La primera significa “el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas”²⁵⁶. La concepción positivista, sostiene que el poder punitivo emana de las normas legales, como un derecho penal subjetivo que le pertenece al estado para prohibir, juzgar y castigar, modelo que resulta antagónico, por cuanto el poder punitivo no puede ser regulado por normas que el mismo promulga.

La política criminal parte como el conjunto de decisiones políticas que habilitan el ejercicio del poder punitivo en torno al delito, al juicio y la pena. La intervención punitiva es el verdadero problema para el derecho penal, pues en las teorías actuales, está orientado a tutelar bienes jurídicos, describir conductas penales y contener el poder punitivo de criminalización primaria y criminalización secundaria desde la perspectiva constitucional.

Hulsman considera a la “política criminal como una política en relación a los sistemas penales”²⁵⁷, donde obligatoriamente se debe problematizar el delito y la noción de delincuente. Maier por su parte define “a la política criminal como formulación de fines para ser acuñados jurídicamente y realizados por el derecho penal”²⁵⁸. Con estos criterios se mantiene el carácter preventivo y represivo del derecho penal, pero, se rodea de vínculos y límites a su actuación, ex ante y ex post al ilícito.

Las decisiones de política criminal en un estado constitucional de derechos, se rige por el principio de legalidad, se lo plasma mediante leyes generales o abstractas como dice Ferrajoli gobierno *per leges*, poder que también está sometido a la ley, el

²⁵⁴ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 857.

²⁵⁵ Véase, Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho Penal Parte General* (Buenos Aires: Ediar, 2001), Capítulo II, Título I, 37.

²⁵⁶ Zaffaroni, *Derecho Penal*, 7.

²⁵⁷ Louk Hulsman, *El enfoque abolicionista: Políticas Criminales Alternativas, Criminología Crítica y Control Social* (Madrid: Juris, 1993), 82.

²⁵⁸ Julio B. J. Maier, *El Proceso Penal Contemporáneo* (Lima: Palestra, 2008), 168.

gobierno *sub lege*, es decir, el poder esta conferido y limitado por la ley. En el subsistema de derecho penal la prohibición, castigo formal y sustancial, “se han concretado en la taxatividad de las hipótesis de delito”²⁵⁹. Las reglas son una creación del órgano legislativo, por ello, se sujetan a la constitución en su formación y contenido.

En esta parte del estudio corresponde analizar las normas jurídicas penales como derecho objetivo, que prescriben o describen una conducta determinada. Norberto Bobbio considera al derecho “como un sistema de normas, o reglas de conducta”²⁶⁰, sin realizar ninguna separación ni diferenciación como lo realizan otros autores. Gustavo Zagrebelsky refiere que las normas admiten una división bipartita, ya que “el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas [...]”²⁶¹. Las reglas se dividen en: formales y sustanciales. La primera significa que solo el legislador puede tipificar una conducta que desde luego deberá respetar la condición formal. La segunda refiere a que el legislador tiene la obligación de respetar el contenido del derecho (condición sustancial).

En igual sentido pero con términos más punitivos Zaffaroni toma a este conjunto de reglas penales como la criminalización secundaria que para él significa “la acción punitiva ejercida sobre personas concretas”²⁶².

El concepto de esta categoría penal lo extraemos del tratadista José Hurtado Pozo el cual nos sirve para poder fijar el contenido material y formal de las decisiones político criminales, que se debe decidir y no se debe decidir, al momento de crear una regla penal, quien afirma: “Es el conjunto de normas promulgadas por el órgano constitucionalmente competente, que prevén, por un lado, la incriminación de comportamientos calificados de delictuosos y, por otro, las sanciones previstas en tanto que consecuencias jurídicas de esos comportamientos”²⁶³.

La regla jurídico-penal implica dos características: un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El presupuesto sería el delito y la consecuencia la pena. Toda regla jurídica penal está formada “por dos elementos constitutivos y, por consiguiente, indefectibles: el sujeto, a quien se dirige la norma, o sea el destinatario, y el objeto de la

²⁵⁹ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 857.

²⁶⁰ Bobbio, *Teoría del Derecho*, 15.

²⁶¹ Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia* (Madrid: Editorial Trotta, 1997), 109-110.

²⁶² Zaffaroni, *Derecho Penal*, 7.

²⁶³ José Hurtado Pozo, *Manual de Derecho Penal*, 3ª Edición (Lima: Editorial Grijley, 2005), 7.

prescripción, o sea la acción prescrita”²⁶⁴. El destinatario de la regla penal se orienta al ser humano con capacidad jurídica para ser imputable de la acción típica, antijurídica y culpable. El objeto de la regla penal, es decir la otra parte del tipo penal “son las descripciones de las conductas relevantes para el derecho punitivo”²⁶⁵, que pueden ser imputables al sujeto activo del delito.

Las descripciones jurídico penales de la política criminal, según Louk Hulsman pueden clasificarse en tres categorías:

1.- Situaciones problemáticas tal como se supone o se afirma que existen en la sociedad.

2.- Problemas que se presupone o se afirma que son creados en la sociedad por el sistema penal.

3.- Problemas internos que afectan a las organizaciones pertenecientes al sistema penal y al personal que se desempeña en dichas organizaciones²⁶⁶.

En la primera categoría se analiza las conductas penalmente relevantes desde la perspectiva ontológica, y desde el punto de vista social. Se requiere un acercamiento con la realidad para justificar la posible criminalización primaria. En la segunda categoría se determina las consecuencias de la intervención del sistema penal. Toda intervención coercitiva preventiva o represiva a través de las instituciones punitivas genera conflictos políticos, jurídicos y sociales. La tercera categoría analiza los conflictos internos de las instituciones secundarias que forman el sistema penal (sistema judicial, sistema penitenciario, fiscalía etc).

Norberto Bobbio indica que las proposiciones son un conjunto de palabras contenidas en reglas de conducta que cumplen tres funciones; la descriptiva (científico), la expresiva (poético) y la prescriptiva (normativo). Cabe anotar que las proposiciones prescriptivas, “consiste en dar órdenes, consejos, recomendaciones, advertencias, de suerte que influyan sobre el comportamiento de los demás y lo modifiquen y, en suma, parar hacer”²⁶⁷. Todas las reglas jurídicas encierran conductas concretas y no generales a diferencia de los principios que son generales y abstractos.

²⁶⁴ Bobbio, “*Teoría del Derecho*”, 142.

²⁶⁵ Nódier Agudelo Betancur, *Curso de Derecho Penal*, Tercera Edición (Bogotá: Editorial Temis, 2007), 71.

²⁶⁶ Hulsman, *El Enfoque Abolicionista*, 82.

²⁶⁷ Bobbio, *Teoría General del Derecho*, 60.

La regla penal constituye un sistema de expectativas que regulan la convivencia humana, “la realización de la conducta prohibida supone la frustración de una expectativa y la consiguiente aplicación de una pena, la reacción frente a esa frustración”²⁶⁸. El pionero en diferenciar entre la ley y la norma fue Carlos Binding, citado por Jiménez Asúa y decía que “la norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o, dicho de otra manera más exacta: la norma valoriza, la ley describe”²⁶⁹. Jiménez de Asúa dice que “la disposición penal se compone de preceptos y sanciones y la norma es prohibitiva o imperativa; de ahí nacen la acción y la omisión que el derecho penal castiga”²⁷⁰.

La ley penal sustantiva se integra por el delito que contiene una regla, que según Beling es “la acción típica antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad”. La regla penal prescribe un determinado comportamiento, una acción que para el presente caso sería, promover, facilitar, inducir, financiar, colaborar, participar o ayudar. Estas conductas permiten configurar la acción y luego subsumir estos actos a la tipicidad, pero, a pesar de que se cumple con los elementos de la acción y la tipicidad, estos dos presupuestos son insuficientes, para castigar la conducta de tráfico ilícito de migrantes.

No es suficiente para justificar la intervención del derecho penal según Roxin, la contradicción entre acción y norma o la desobediencia de la misma en un tipo penal específico, se requiere además la lesión concreta o la puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la regla. Si tomamos postura por el sistema funcional en la teoría de Jakobs, resulta plenamente viable la vigencia del tipo penal de tráfico ilícito de personas, por cuanto no se requeriría de un bien jurídico para imponer la sanción penal, pues bastaría con la defraudación de la regla penal.

La teoría del delito no se agota con la acción o la tipicidad, requiere la presencia de la antijuricidad, la cual según *Carl Binding* citado por Fernández Carrasquilla, es “la realización del tipo penal objetivo por la acción causal del hombre”²⁷¹ que se traduce en la materialización de la afectación del bien jurídico protegido. *Franz Von Liszt*, fue el primero en realizar la división entre antijuricidad formal y antijuridicidad material. Para

²⁶⁸ Muñoz Conde, *Derecho Penal*, 34-35.

²⁶⁹ Jiménez de Asúa, *La Ley y el Delito*, 291.

²⁷⁰ *Ibíd.*, 291.

²⁷¹ *Carl Binding*, citado por Fernández Carrasquilla, *Derecho Penal*, 234.

este autor, infringir un “deber de acción u omisión contenido en una norma jurídica [...] o menoscabar el “bien jurídico protegido por la norma correspondiente”²⁷² son las partes que integran el contenido formal y material de la antijuricidad. Con similar criterio Muñoz Conde dice que “la esencia de la antijuricidad, es la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción”²⁷³.

El juicio negativo del comportamiento y la afectación del bien jurídico en las teorías penales actuales tiene como pilares fundamentales el desvalor del resultado y el desvalor de la acción. Pero, la antijuricidad no contiene únicamente un aspecto formal o material como sostenía Von Liszt o sostiene en la actualidad Muñoz Conde, sino requiere también un aspecto valorativo, para el primer autor el aspecto material “se enfoca a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido en la ley penal”²⁷⁴.

Juan del Rosal, por su parte impregna un criterio formal-material cuando dice que “para que el comportamiento humano sea antijurídico tiene que infringir una norma positiva de la legislación penal”²⁷⁵. Este criterio sobre la antijuricidad, representa “la objetiva contradicción del hecho con el derecho, lo cual implica tanto el aspecto formal como el material”²⁷⁶. La antijuricidad material, además de requerir la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sirve como “punto de orientación del legislador en la elaboración de los tipos penales”²⁷⁷. Para el legislador no siempre resulta fácil la tarea de definir los bienes jurídicos objeto de tutela, pues la evolución social, los avances tecnológicos dan lugar al nacimiento de otros bienes que merecen tutela.

La Declaración de 1789, en uno de sus postulados establece que “la ley no debe prohibir más que las acciones perjudiciales para la sociedad”²⁷⁸, por cuanto, todos los “seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]”²⁷⁹, libertad que no puede ser coartada por el derecho penal. Prieto Sanchís traduce el principio de ponderación a materia penal de la siguiente forma “los beneficios que se derivan de la

²⁷² Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal Parte General* (Breña: Editorial Instituto Pacífico S.A.C, 2014), 345.

²⁷³ Muñoz Conde, *Derecho Penal*, 301.

²⁷⁴ Raúl Placencia Villanueva, *Teoría del Delito* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004), 132.

²⁷⁵ Juan del Rosal, *Tratado de Derecho Penal Español* (Madrid: Villena, 1978), 814.

²⁷⁶ Carrasquilla, *Derecho Penal*, 234.

²⁷⁷ Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, 346.

²⁷⁸ *DDHC*, Art. 5.

²⁷⁹ *DUDH*, Art. 1.

protección penal desde la perspectiva de un bien jurídico han de compensar los costes que necesariamente se derivan del castigo”²⁸⁰.

Por su parte, para Luis Prieto Sanchís, la lesión del bien jurídico no es suficiente para justificar la puesta en marcha de la maquinaria punitiva como sostienen Muñoz Conde o Placencia Villanueva, es necesario también acreditar “la idoneidad de la reacción penal (...), la medida penal ha de ser necesaria (...) y finalmente, el principio de proporcionalidad”²⁸¹ como círculo del principio de ponderación, han de servir de base para actuación penal.

Maximizar la tutela de los bienes jurídicos y minimizar la violencia, obliga al estado como dice Ferrajoli a determinar “las prohibiciones mínimas necesarias”²⁸² penales. Ante la creciente expansión punitiva, de emplear al derecho penal como el medio idóneo para resolver los conflictos sociales, también surge la necesidad de contener al *ius puniendi* como contrarespuesta a esa misma necesidad.

El bien jurídico representa una “categoría necesaria para limitar el poder punitivo, sirve como instrumento de crítica en el ámbito de la política criminal”²⁸³, es vital en la esfera del ser humano por cuanto son “aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social”²⁸⁴. Por ello la necesidad de “considerar bienes solo a aquellos cuya lesión se concreta en un ataque lesivo a otras personas de carne y hueso”²⁸⁵

A su vez, el bien jurídico sea como fuere anterior o posterior a la norma es parte integrante y sustancial de la norma jurídica, y así consta de la definición legal. A guisa de ejemplo si tomamos la definición de homicidio que prescribe el Código Orgánico Integral Penal que dice “la persona que mate a otra (...)”²⁸⁶, podemos encontrar que la regla penal protege la vida como bien jurídico, y no la desobediencia a tal regla.

La primera función que debe cumplir el derecho penal a través del injusto penal de tráfico es que sirva como instrumento de tutela de los derechos fundamentales limitando y habilitando el poder punitivo lícito. La segunda se refiere a que el derecho

²⁸⁰ Luis Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* (Madrid, Trotta, 2003), 273.

²⁸¹ Sanchís, “*Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*”, 273-274.

²⁸² Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 466.

²⁸³ José Hurtado Pozo, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, 3ª Edición (Lima: Editorial Grijley, 2005), 17-18.

²⁸⁴ Muñoz Conde, *Derecho Penal*, 59.

²⁸⁵ Ferrajoli, “*Derecho y Razón*”, 478.

²⁸⁶ *COIP*, Art. 144.

penal sirva como instrumento que puede ser manipulado y utilizado para reprimir derechos y principios fundamentales sosteniéndose en el sistema normativo.

Si el garantismo representa la otra cara del constitucionalismo, cabe la pregunta ¿Es posible que dos modelos penales sistémico-funcional y garantista coexistan dentro de un estado constitucional de derechos?

Con la vigencia en el Ecuador del Código Orgánico Integral Penal, podemos establecer que es posible que existan normas que den sustento al modelo funcionalista o al paradigma garantista. Si esto es así, también existe la posibilidad que dentro de un estado constitucional de derechos, pueda fácilmente transitar un modelo funcionalista como parte de la política criminal como arma política. Al respecto Luis Prieto Sanchís expone lo siguiente:

Por tanto, en la realidad del derecho histórico o positivo nada hay justo o injusto por naturaleza o de manera objetiva y universal, sino que todo depende de la variable voluntad del poder y, en último término, de las costumbres, de los prejuicios, de las concepciones morales y políticas, en suma, de eso que hoy suele llamarse la cultura de cada momento y lugar²⁸⁷.

Las prohibiciones y las penas deben representar costes sociales e individuales que requieran necesariamente la intromisión del derecho penal. El costo-beneficio entre la intervención penal y las libertades individuales, debe seriamente responder intereses jurídicos válidos y ser justificables a la luz de la Constitución. En el delito de tráfico ilícito de migrantes no existe unanimidad de criterios a la hora de fijar el bien jurídico tutelado. La colisión de la regla (tráfico) con el principio (derecho a migrar) se aleja del principio que inspira la legislación constitucional, por lo tanto esto podría provocar un reproche constitucional. La creación de la regla penal por parte del legislador no puede alterar el espíritu del principio pues se estaría limitando la libertad de movimiento que asume el migrante cuando pretende salir del país, sea cual fuere el mecanismo.

Las decisiones político-criminales, deben guardar armonía con las condiciones sustanciales y formales que limitan y habilitan la prohibición. El acuerdo de voluntades que existe entre traficante y traficado en este delito, queda implícito cuando dice que “el que por medios ilegales, promueva, facilite, induzca, financie, colabore, participe o ayude a la migración de personas, nacionales o extranjeras, desde el territorio del Estado

²⁸⁷ Sanchís, *Justicia Constitucional*, 261.

Ecuatoriano hacia otros países (...)”²⁸⁸. La voluntad para decidir salir de un país a otro con la ayuda de un tercero, es la misma voluntad que reconoce el principio constitucional que consagra el derecho a migrar.

Las reformas al delito de tráfico de personas podrían hacer pensar ante la luz pública, la existencia de un legislador garantista y protector de bienes jurídicos, lo cual admite una pequeña dosis de duda, por el aumento consecutivo de las penas. No podrán faltar comentarios ajenos a la posición presentada que pretendan desvirtuar mi tesis, criterios desde luego muy acertados por cuanto se fundamentan en las obligaciones internacionales asumidas por el Ecuador, (obligación de tipificación del delito de tráfico de personas).

De antemano rechazo tales afirmaciones y desde luego me remito a la misma obligación que representa para el estado los instrumentos internacionales tales como: la DUDH, la DADH, el PICIP y la CADH. Una interpretación sistemática del *Corpus iuris* internacional por el espíritu de libertad, justicia y paz que representan los instrumentos mencionados me hace fundamentar que obliga más bien a la protección y no la sanción del derecho a la migración. El legislador no puede establecer “a través de normas de prohibición jurídico-penales, restricciones arbitrarias de los derechos fundamentales”²⁸⁹.

El derecho de toda persona nacional a salir de su país y el derecho del extranjero a entrar en un país distinto al suyo, no puede materialmente lesionar un interés colectivo bajo la justificación de puesta en peligro de la soberanía estatal, son otros los intereses que justifican la mentada tipificación estos son: la prevención de problemas sociales, los costes económicos y asistenciales. El control de flujos migratorios o los derechos individuales de los extranjeros son bienes inmateriales o bienes que tienen su específica protección sin necesidad de recurrir al derecho penal.

Lo que se pretende según refiere Pérez Alonso, es que se tutele dichos bienes “mediante la técnica de los delitos de peligro abstracto”²⁹⁰, lo cual resulta cierto por la indeterminación del bien jurídico. El hecho de que exista duda en la doctrina en torno a la protección del bien jurídico, me hace pensar que más bien el delito de tráfico ilícito de migrantes, tiene un objetivo social y económico para sostén del estado receptor.

²⁸⁸ Ecuador. *Ley reformativa al Código Penal* publicada en el RO, 427, 29 de Diciembre del 2006.

²⁸⁹ Robert Alexy, *Teoría de los Derechos fundamentales*, Primera Reimpresión (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales 1997), 120.

²⁹⁰ Esteban Pérez Alonso, *Tráfico de Personas e Inmigración Clandestina* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 337.

Dice Álvarez Álvarez, que “los intereses y los derechos de los extranjeros no se utilizan más que como señuelo para tranquilizar la propia conciencia del legislador y suministrar una dosis de buena conciencia a la ciudadanía”²⁹¹. Las reglas penales en este sentido tienen la finalidad de asegurar el poder político y calmar la ansiedad social. El derecho penal simbólico surge como respuesta a la presión social generada por la opinión pública, para embotar la mente de los ciudadanos a través de respuestas penales simbólicas. Este tipo de derecho conforme lo analizado es huérfano de contenidos constitucionales.

El fin de la reacción penal es la protección de bienes jurídicos y no la proclamación de los mismos, se pretende lograr la seguridad de los ciudadanos y por ende, las leyes penales que imponen la fuerza y limitan las libertades fundamentales se orientan a esos fines.

3.2. El derecho a migrar: análisis desde la perspectiva constitucional

Gustavo Zagrebelsky, manifiesta que “el derecho actual está compuesto de reglas y principios (...) que las normas constitucionales sobre derechos y sobre justicia son prevalentemente principios”²⁹². En idéntica forma Robert Alexy, sostiene que “tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser”²⁹³. Si el delito de tráfico ilícito de personas es una regla conforme lo mencionado en el capítulo anterior, el derecho a migrar *prima facie* sería un principio como tendremos oportunidad de observar a continuación.

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero utilizan los términos regla y principio como especies del género norma. Estos autores parten de la idea de que los derechos están formados por normas, que los principios admiten una distinción de carácter interno (principios en sentido estricto, principios en el contexto del sistema primario y secundario y principios explícitos e implícitos) y externo que refiere a la relación de los principios con otras formas de comportamiento (reglas). Dichos autores distinguen los principios de las reglas desde la perspectiva estructural y funcional. La estructural

²⁹¹ Gustavo Álvarez Álvarez, “La protección contra la discriminación del extranjero en el Código Penal”. en, *El extranjero en el Derecho Penal Español Sustantivo y Procesal*, Manuales de Formación Continuada (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999), 336.

²⁹² Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia* (Madrid: Editorial Trotta, 1997), 109-110.

²⁹³ Alexy, *Teoría de los Derechos fundamentales*, 82.

“consiste en ver las normas como entidades organizadas de una cierta forma”²⁹⁴. La funcional “se centra en el papel o la función que las mismas cumplen en el razonamiento práctico de sus destinatarios”²⁹⁵.

Los principios constituyen una fuerza constitutiva, a ellos se presta adhesión, pueden ser cumplidos en diferente grado y actúan como mandatos de optimización. La jerarquía de los principios se evidencia por su rango constitucional contrario a las reglas que pueden ser cumplidas o no. Las normas-principios que actúan en el ámbito penal son el norte jurídico que debe transitar la política criminal en la toma de decisiones para la “creación, aplicación y ejecución de las normas penales y, en caso contrario, dar la base para su crítica”²⁹⁶. El ejercicio del *ius puniendi* no únicamente se limita con la puesta en marcha del bien jurídico, también encuentra su barrera de tipificación en los principios que son pilares fundamentales de un estado de derecho.

La “legislación penal de un estado, es objeto de limitación constitucional y de un juicio axiológico de legitimidad que se relaciona con los presupuestos constitucionales”²⁹⁷. Estos principios y presupuestos prejurídicos actúan como filtros de legitimidad que la constitución impone al legislativo. El gobierno de las leyes por sobre el gobierno de los hombres es una característica fundamental del estado de derecho, lo cual es avalado por el positivismo jurídico del siglo XIX. El tránsito del estado de derecho, al estado constitucional de derechos, significa un cambio profundo que se plasma del ámbito formal al ámbito sustancial.

Cabe hacer notar que “el derecho por reglas del estado de derecho decimonónico era algo cualitativamente distinto al derecho por principios del estado constitucional contemporáneo (...)”²⁹⁸. En el estado constitucional, el poder público está limitado y vinculado a la ley en el plano sustancial. La ley también se encuentra subordinada a la constitución pues se establece un derecho superior dotado de coacción. El derecho en el estado constitucional, tiene una función prescriptiva que se expresa a través de normas

²⁹⁴ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Sobre Principios y Reglas*, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-principios-y-reglas-0/> Acceso 20-11-2015.

²⁹⁵ *Ibíd.*

²⁹⁶ Muñoz Conde, *Derecho Penal*, 196.

²⁹⁷ Silvestroni, *Teoría del Delito*, 104.

²⁹⁸ Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, 109-112.

jurídicas, estas normas a su vez se dividen en reglas y principios, “tanto las reglas como los principios son normas” que regulan el comportamiento²⁹⁹.

Los principios que inspiran la política criminal en la elaboración de decisiones formales y materiales son: principio de *intervención mínima o necesidad*, principio de *lesividad* y principio de *intervención legalizada* del poder punitivo del estado. El principio de “mínima intervención”³⁰⁰, exige que se recurra al derecho penal como mecanismo extremo para solucionar conflictos sociales, lo cual obliga al poder legislativo a incorporar en el sistema normativo penal, conductas penalmente relevantes que ataquen o pongan en peligro bienes jurídicos tales como la vida, la libertad, la movilidad y dignidad de los seres humanos.

El principio de lesividad es la esencia de la noción de bien jurídico como categoría jurídica habilitante del poder punitivo. No basta con la sola presencia del bien jurídico, se requiere además que la conducta merecedora de reproche cause un daño exterior al bien jurídico. Son entonces los principios de “ponderación y proporcionalidad”³⁰¹ que pueden de alguna manera ayudar a solventar la teoría del bien jurídico, este “es un derecho individual, es la expresión de la libertad individual respecto de una situación concreta: la libertad de disponer de la vida, de la honra, de las ideas, de la propiedad, en suma de todo aquello a lo que tenemos derecho a disponer”³⁰². El problema del bien jurídico representa el contenido básico del principio de lesividad cuyo espectro es de naturaleza política y moral.

Otro principio rector de la “potestad normativa”³⁰³ es el de intervención legalizada o principio de legalidad, que nace con la necesidad de humanizar las leyes postuladas por Beccaria. Con la revolución francesa aparece el principio de legalidad que ha sido recogido en la gran mayoría de “tratados internacionales de derechos

²⁹⁹ Alexy, *Teoría de los Derechos*, 83.

³⁰⁰ Este principio se encuentra reconocido en nuestra Constitución en el artículo 195.

³⁰¹ Entiendo por Proporcionalidad como el procedimiento jurídico, una regla metodológica construida a partir de criterios lógicos y racionales que otorga a la decisión judicial un plus de coherencia y por tanto de legitimación y con ello independencia de la categoría jurídica dentro de la que decidimos clasificarlo. Por ponderación entiendo el procedimiento por el cual se determina que cuando mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro.

³⁰² Silvestroni, *Teoría del delito*, 178.

³⁰³ El art. 132 num. 2 CRE concede la potestad de legislar en materia penal exclusivamente a la Asamblea Nacional.

humanos”³⁰⁴ y en la “constitución ecuatoriana”³⁰⁵. A guisa de ejemplo traducimos la declaración de los derechos y deberes del hombre que dice [...] “nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida con anterioridad al delito y legalmente aplicada”³⁰⁶, en igual sentido refiere la DUDH.

El principio de legalidad o como lo llama Ferrajoli estricta legalidad, impone límites al poder político, tiene un fundamento político-jurídico y así lo definió Feuerbach con su formulación latina: *nullum crimen sine lege*. El objetivo del principio de legalidad es garantizar la libertad del ciudadano y regular el contenido de las decisiones legislativas. Este principio abarca el carácter de generalidad y abstracción donde la ley existe con anterioridad al hecho, representa “una garantía criminal que exige que el hecho se encuentre descrito en una ley; una garantía penal que exige que la pena que corresponda al hecho también se encuentre señalada en la ley; y una garantía de ejecución que exige que la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule”³⁰⁷.

El principio de legalidad desde el punto de vista constitucional ostenta un contenido material y un contenido formal. El contenido material proviene de la necesidad de predeterminar jurídicamente las conductas criminosas y su respectiva sanción. El contenido formal se refiere a que las leyes penales deben ostentar un rango jurídico con relación a otras leyes. El principio de legalidad no significa únicamente que la ley abstracta y general sea condición previa del delito, sino que “debe regir el principio de estricta legalidad, que exige que el contenido del acto legislativo este formado por supuestos típicos dotados de significado unívoco y preciso”³⁰⁸.

Luigi Ferrajoli diferencia entre la mera legalidad que implica sujeción de los jueces a la ley vigente como tarea específica de subsunción legal y el principio de estricta legalidad que se “dirige al legislador, a quien prescribe una técnica específica de calificación penal idónea para garantizar, con la taxatividad de los presupuestos de la pena, la decidibilidad de la verdad de su enunciación”³⁰⁹.

³⁰⁴ DUDH, Art. 11, num. 2.

³⁰⁵ CRE, Art. 76, num. 3.

³⁰⁶ DDHC, Art. 8.

³⁰⁷ Edmundo S. Hendler, *Las Garantías Penales y Procesales* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004), 320.

³⁰⁸ Perfecto Andrés Ibáñez, *Justicia Penal Derechos y Garantías* (Bogotá: Temis, 2007), 61.

³⁰⁹ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 95.

Podría pensarse que la legalidad es un principio adjetivo, lo cual queda rechazado, ya que la “legalidad opera como una suerte de garantía instrumental del derecho fundamental de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley penal”³¹⁰, pues la ley siempre se dicta en forma general y abstracta. No debemos omitir mencionar que el principio de legalidad contiene algunas garantías que lo refuerzan, éstas son: reserva de ley orgánica en lo penal, que corresponde al legislativo la potestad para describir los delitos y las penas de forma escrita. El principio de taxatividad y seguridad jurídica, que obliga al legislador penal la tarea de prescribir las conductas de forma clara y concreta con el fin de evitar diversas interpretaciones.

El principio de seguridad jurídica, es el abrigo protector del principio de legalidad que obliga a sancionar las acciones u omisiones anteriores a la ley. Este principio encuentra su fundamento en la “exigencia de sujeción del poder ejecutivo y del poder judicial a las leyes formuladas de modo abstracto”³¹¹, se justifica en la división de poderes y en los derechos y garantías fundamentales que este promulga.

La garantía de irretroactividad de la ley significa que la ley ha de ser previa a los hechos pues se orienta de forma deontológica. El principio de prohibición de analogía e interpretación extensiva según el cual, el juez no puede sobrepasar los límites de la ley sino atenerse a la letra estricta de la ley y en caso de duda surge el principio de *indubio pro reo*. Por último, tenemos el principio *non bis in idem*, según el cual nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

La culpabilidad es el límite de las penas justas y del arbitrio de la política criminal, *nulla poena sine culpa*. Significa “que la pena estatal únicamente puede estar fundada en la comprobación de que el autor le puede ser reprochado personalmente su hecho”³¹². Este principio actúa como una capa de protección frente al arbitrio punitivo. La culpabilidad es el juicio de reproche para un autor, sirve como fundamento para la pena, como medición de la sanción y finalmente se emplea como proscripción de la responsabilidad por el resultado. Con las tres características antes citadas cabe únicamente la imputación por el resultado, una vez que se verifique el dolo y la imprudencia. La colisión del principio de culpabilidad con la regla penal impide el desbordamiento del *ius puniendi*.

³¹⁰ Ibáñez, *Justicia Penal*, 64.

³¹¹ Hendler, *Las Garantías Penales y Procesales*, 318.

³¹² Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, 34.

Dice Ferrajoli que, “en estas normas sustantivas sobre el significado de la leyes donde reside la razón social del estado constitucional de derecho”³¹³ ya que estas normas, no únicamente definen la forma, contenido o significado de una ley, actúan también como límites y vínculos al poder prescriptor. Los principios refuerzan los límites que se encuentran en las reglas.

La CRE reconoce que el Ecuador “es un estado constitucional de derechos y justicia [...]”³¹⁴ y que “el más alto deber del estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos [...]”³¹⁵ de las personas. Estos postulados permiten determinar que el “derecho a migrar”³¹⁶, (salir, entrar y residir en otro país), se confiere a todas las personas sin importar su condición migratoria. Este derecho se refuerza con “el principio de ciudadanía universal y la libre movilidad de todos los habitantes del planeta”³¹⁷, ya que todas las personas somos iguales, “incluidos los extranjeros”³¹⁸, porque nuestro estado propende “el fin de la condición de extranjero”³¹⁹, por cuanto se “prohíbe la expulsión de colectivos de extranjeros”³²⁰

En nuestra carta magna las personas migrantes tienen derecho a migrar, lo que se complementa con el principio de ciudadanía universal, cosa que no sucede con los inmigrantes, pues para ellos existe “restricciones legales”³²¹, por la competencia que asume el estado “en el control de flujos migratorios.”³²² Por tanto, conforme lo antes mencionado puedo establecer que la propia constitución establece avances en torno al derecho a migrar, pero a la vez, también establece contradicciones y limitaciones a esta potestad. Queda claro que en la Constitución se estableció el derecho a migrar pensando en los emigrantes y no en los inmigrantes.

Con lo anteriormente analizado, se observa que el derecho a migrar se cobija con principios, a diferencia del delito de tráfico ilícito de migrantes que es una norma regla que impone una conducta. Por ello, si la regla está por debajo del principio, el principio

³¹³ Ferrajoli, *Principia Iuris*, 802.

³¹⁴ CRE, art. 1.

³¹⁵ *Ibíd.* art. 11, num. 9.

³¹⁶ *Ibíd.* art. 40.

³¹⁷ *Ibíd.* art. 416. num, 6.

³¹⁸ *Ibíd.* art. 9.

³¹⁹ *Ibíd.* art. 416, num. 6.

³²⁰ *Ibíd.* art. 66, num. 14 inciso 4.

³²¹ *Ibíd.* art. 66, num.14.

³²² *Ibíd.* art. 261, num.3.

está por sobre la regla penal, sin desconocer “otras formas de solución que pueden contrariar el espíritu constitucional”³²³. La potestad de migrar como un derecho constitutivo del estado constitucional de derechos, emerge como un principio que debe ser realizado en la mayor medida posible dentro de los presupuestos fácticos y jurídicos que permitan su plena vigencia por sobre las reglas.

3.3. El resultado de la intervención penal en el derecho a migrar

A continuación se presenta un caso de aplicación de la norma-regla de tráfico ilícito de migrantes, en relación al delito de tráfico de migrantes, el cual permite analizar los efectos de la norma en el plano fáctico.

En agosto del año 2005, 105 ecuatorianos “deseosos de migrar”³²⁴, provenientes en su mayoría de las provincias ecuatorianas de Azuay y Cañar, ejercitando su voluntad de salir del país e ingresar a otro con la intención de residir, tomaron un barco de bandera ecuatoriana con destino hacia los Estados Unidos de Norteamérica, el cual zozobró frente a las costas de Colombia, el 12 de agosto del año 2005. Fruto de este naufragio fallecieron aproximadamente 96 ecuatorianos salvándose tanto sólo nueve.

Este es quizá el caso más emblemático de emigración ecuatoriana que ha registrado el país hasta la actualidad. Este suceso conmocionó a la sociedad ecuatoriana y alcanzó repercusión internacional, tanto por la muerte de varias personas, por las reacciones políticas punitivas y por los diferentes posicionamientos a nivel coyuntural.

La migración de estas personas estuvo motivada, como lo sostienen algunos autores, por una “situación intolerable, por un evidente malestar-material, psicológico, existencial- que se quiere o se debe dejar atrás”³²⁵, lo que obliga a migrar sin importar los medios.

Frente a este hecho se generó una respuesta punitiva, ex post al delito, por la decisión del Fiscal de Migraciones del Azuay, de 14 de agosto del 2006, de iniciar instrucción fiscal en contra de M.P.B.G, L.P.P.S y otros, por el delito de migraciones ilegales sancionado en el artículo 440 B del Código Penal. El 20 de diciembre 2007, se

³²³ Otra forma de resolver el tema, es deducir el principio que subyace a la regla en colisión y luego provocar una resolución entre principios; 2.- Reconocer que la regla es más concreta que el principio y gana la regla; sin embargo, esto supone desconocer el valor de los principios como normas que inspiran las reglas; y, 3.- Que el principio prima sobre la regla por su grado de abstracción que inspira la formulación de las reglas.

³²⁴ Ecuador. *Sentencia del Primer Tribunal Penal del Azuay*. Juicio 102-2007.

³²⁵ Vitale, *Ius Migrandi*, 13

hizo extensiva la instrucción en contra de otros imputados, cuando habían transcurrido ya 16 meses desde los lamentables hechos.

Esta tragedia mostró a la luz pública el instinto punitivo del legislador penal, al recoger en la reforma del delito de tráfico ilegal de migrantes el funcionalismo penal de Jakobs, en cuanto a que la pena actúa como “prevención general positiva”³²⁶, pues el 29 de diciembre del 2006, el Congreso Nacional formuló una reforma al Código Penal, derogando los artículos 440 A y 440 B, e incorporando un nuevo artículo, donde primero se incrementa las penas de 12 a 16 años en caso de muerte, en segundo lugar se expande la responsabilidad para el padre, madre, abuelos, tíos, hermano, tutores, se crea responsabilidad para los dueños de vehículos, tripulación conductores o cualquier otra persona, en tercer lugar se crea una agravante en caso de que la embarcación este en malas condiciones.

Esta reforma estuvo orientada a dos fines, primero para impedir que las personas ejercitaran su derecho a migrar, objetivo que no se cumplió por cuanto, según la cifras de la Dirección de Migración Internacional en Ecuador en “el año 2006 existen 2921 deportados, mientras que en el año 2007 existen 3213 deportados”³²⁷. A su vez, las cifras de la Dirección de Migración del año 2008, determinan que en Centroamericana se interceptaron embarcaciones la mayoría con migrantes ecuatorianos en su intento lograr el sueño americano: “1859 excluidos entre el 2003, 2004, 2007 y 9189 deportados en los últimos cinco años”³²⁸. En este mismo periodo, “se registran 3946 deportados, menos de la mitad de Centro América, lo cual demuestra el desplazamiento de la frontera hacia el sur”³²⁹. Las personas interceptadas en el año 2006, fecha de las reformas, donde se supone se reduciría el índice migratorio “fueron 1034”³³⁰, manteniéndose los promedios de los años anteriores.

³²⁶ La prevención general positiva observa en la lesión del derecho el daño a la generalidad de la comunidad. No importa el delincuente, sino la sociedad, en la que, en definitiva, repercute el mal ocasionado. El delito es el daño social, una vulneración al ordenamiento jurídico. Esta variable “preventiva” pretende construir una sociedad homogénea de individuos “normales” que respeten la ley. Jorge Vicente Paladines Rodríguez, *Razón jurídica o Barbarie Sobre la Jurisdicción en la Ejecución Penal*, en *Ejecución Penal y Derechos Humanos*, Carolina Silva Portero, Edit., (Quito: V&M Gráficas, 2008),171.

³²⁷ Ecuador, *Las Cifras de la Migración Internacional* (Quito: FLACSO/UNFPA, 2006), 20-22.

³²⁸ Ecuador, *Las Cifras de la Migración*, 20-22.

³²⁹ *Ibíd.*

³³⁰ *Ibíd.*

El segundo fin, fue impedir la comisión de la infracción de tráfico, objetivo que tampoco se cumplió. Desde el año 2007 hasta el año 2014, existen en el Primer Tribunal de Garantías Penales del Azuay, 28 procesos por el delito de tráfico ilícito de migrantes. “De los 28 procesos, 19 juicios tienen sentencia condenatoria, penas que oscilan entre 4 y 8 años según las atenuantes o agravantes, seis acusados tienen sentencia absolutoria, y dos procesos se encuentran suspensos por cuanto los acusados están prófugos, y en un proceso existe un auto inhibitorio”³³¹. Estas cifras ponen en evidencia que la práctica del tráfico de migrantes continúa, y que persiste al carácter punitivo de las sentencias.

Por otro lado, continuando con la descripción del juzgamiento del caso, cabe tener en cuenta que los familiares de la víctimas del naufragio presentaron acusaciones particulares en contra de M.P.B.G, L.P.P.S. El 26 de abril del año 2017 el fiscal de migraciones del Azuay concluye la instrucción fiscal manifestando que existen elementos de convicción en contra de los procesados por el delito tipificado en el artículo 440B del Código Penal en relación con el art, 6 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes. En fecha 4 de junio del año 2007, la Jueza Tercero de lo Penal de Azuay dictó auto de llamamiento a juicio en contra de los procesados ya mencionados, por el delito sancionado en la ley reformativa del Código Penal de diciembre del año 2006, resolución que contravenía el principio de legalidad, esta resolución es apelada, por lo tanto, la Sala de la Corte Provincial de Justicia del Azuay en fecha 24 de septiembre del año 2007, confirma el auto, pero por el delito del art. 440 B del Código Penal, vigente a la fecha de los hechos y no por la reforma del año 2006 como ilegalmente determina la jueza penal.

La audiencia de juzgamiento tuvo una duración de tres días, luego de lo cual en fecha 6 de noviembre del año 2007 se da lectura a la sentencia, para esta fecha habían transcurrido ya 27 meses desde los hechos de agosto del año 2005. La sentencia de fecha 5 de noviembre del año 2007 es condenatoria en contra de M.P B.G y L.P.P.S, por el delito de tráfico ilegal de migrantes regulado en el artículo 440 A y 440 B, del código penal y se les impone condena “a doce años de reclusión mayor ordinaria, la suspensión de sus derechos políticos y al pago de daños y perjuicios”³³².

³³¹ Fuente: Libro de Registro de procesos del Tribunal Primero de Garantías Penales del Azuay. Año 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014.

³³² Ecuador. *Sentencia del Primer Tribunal Penal del Azuay*, Juicio 102-2007.

Para la época del caso en análisis, estaba vigente la Constitución Política del año 1998, es decir, nuestro sistema penal se guía por el principio de legalidad, existía el imperio de la ley únicamente, los jueces aplicaban el derecho en forma de subsunción, lo cual impedía ir más allá de lo que dispone la norma-regla. Si nos remitimos al segundo capítulo de este estudio, encontraremos el sistema funcionalista en la línea de Jakobs, lo cual me sirve para establecer que la sentencia del Primer Tribunal Penal del Azuay dentro del juicio 102-2007, encuadra en este paradigma penal.

De la lectura de la sentencia antes referida, en el considerando tercero, se dice que “la existencia de la infracción de facilitar mediante medios ilegales, la migración de personas nacionales con destino final a los Estados Unidos de Norteamérica”³³³

Como se puede observar, se reconoce el derecho a migrar reconocido en la DUDH, por un lado y por otro lado se encasilla este fallo en la corriente de Jakobs, ya que únicamente se asume la contradicción de la norma por parte del infractor, sin que se determine cuál es el bien jurídico lesionado por esta infracción en la teoría de Roxin. La conmoción nacional y la peligrosidad, fueron el fundamento que respalda la prevención general positiva con la imposición de 12 años de reclusión mayor ordinaria.

Una vez que se había confirmado la sentencia en los términos dictados por el Tribunal Penal en el año 2009, veinte y dos personas presentaron el trámite civil por muerte presunta, proceso que duro un año. Para el 21 de diciembre del año 2011 el Primer Tribunal de Garantías Penales del Azuay, aplicando la reducción de penas concede a la interna L.P.P.S, la rebaja del 50 % de la pena impuesta, y a M.P.B.G el 49%, los sentenciados cumplieron con la mitad de la pena impuesta.

En el año 2012 se iniciaron los procesos de reparación a las víctimas y familiares. Se presentó demanda de indemnización por daños y perjuicios con siete personas que habían presentado acusación particular dentro del proceso penal. En fecha 15 de marzo del año 2013 se dicta sentencia por parte del Tribunal Primero de Garantías Penales del Azuay, declarando con lugar la demanda y mandando a pagar “treinta mil dólares por cada uno de los accionantes”³³⁴, dentro de este mismo proceso, existe una tercería excluyente por cuanto uno de los bienes embargados tiene otra escritura, de esta forma, hasta el momento la reparación se encuentra sin ejecución. Para el año 2015,

³³³ *Ibíd.*

³³⁴ Ecuador. *Sentencia del Primer Tribunal de Garantías Penales del Azuay*, Juicio 0027-2012.

paradójicamente el 12 de agosto, fallece la señora María Ana Yunga Zoria, una de las acusadoras particulares, sin que ella haya podido ser indemnizada.

De esta forma, han transcurrido aproximadamente once años desde que ocurrieron los hechos, once años desde que se inició el proceso, y, once años que tarda la administración de justicia y los familiares de las víctimas aun no logran una reparación efectiva.

La aplicación del paradigma funcionalista cuando estaba en vigencia la constitución del año 1998, podría de alguna manera justificarse, pero para el año 2008, entro en vigencia la nueva constitución con un carácter altamente garantista lo que permite clarificar la contradicción normativa en la misma constitución y la contradicción entre la regla penal y la carta maga. El incumplimiento de obligaciones de prestación en el estado emisor, y la falta de satisfacción de necesidades básicas en el estado receptor, hacen pensar que son otros los motivos que obligan a tipificar el tráfico ilícito de migrantes.

El proceso penal o civil, el control social, el incremento de las penas, la expansión de las conductas típicas, demuestra que no son los mecanismos idóneos para impedir el derecho de toda persona a migrar. Más bien, provoca el incremento en el índice de personas migrantes que se colocan en situaciones de riesgo, de mecanismos paralelos que actúan para facilitar la concreción de una decisión, que pese a los costos y riesgos que implica se considera como legítima, al crecimiento de sistemas de facilitación de este proceso que se mueven entre la legalidad e ilegalidad. El subsistema de derecho penal, no puede vaciar el contenido del derecho a migrar, un derecho humano hoy reconocido universalmente, y frente al cual el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha señalado que si bien puede ser sometido a controles administrativos, no puede llevar a criminalizar la migración.

Desde el momento que Ecuador incorporó en la CRE el paradigma penal, nació para el poder público un sistema de vínculos y límites a la potestad. Este modelo representa la vigencia de la dignidad humana, la libertad e igualdad de todos los seres humanos del planeta. Los migrantes e inmigrantes en cualquier parte del mundo son y serán el centro y tensión que enfrente los derechos humanos con las categorías jurídicas de soberanía y ciudadanía.

CONCLUSIONES

- He determinado el alcance del derecho a migrar, basado principalmente en la DUDH y en la CRE. Este derecho fundamental tiene como titular a todos los seres humanos, sin exclusión alguna, por lo tanto, las personas independientemente de su estatus legal, pueden ejercitar el contenido del derecho. Esta facultad está integrado por el aspecto interno que representa la autonomía, y, por el elemento externo que representa el elemento físico o de movimiento, es decir la voluntad de salir, entrar y residir en otro país. Conforme lo analizado el contenido de este derecho a migrar, crea una obligación estatal positiva y negativa, derecho que desde luego tiene alcances y límites para su titular. Este derecho humano se refuerza con los principios de ciudadanía universal y la libre de movilidad de las personas. Nuestro país se erige como un Estado Constitucional de Derechos, con lo cual se reconoce la supremacía de la constitución con ello también la libertad de ejercitar el derecho a migrar, empero el derecho a migrar no es absoluto, admite restricciones legítimas, tales como: razones de orden moral, orden público, salud, seguridad nacional o libertades de terceros.
- Luego de que se establece el contenido esencial del *ius migrandi*, llego a la conclusión de que el delito de tráfico ilícito de migrantes, resulta inconstitucional. En primer lugar por cuanto quebranta el núcleo duro de este derecho, es decir, dentro de la esfera de lo indecible, vacía la voluntad de la persona, cuando decide salir, entrar y residir en otro país de forma irregular. En segundo lugar por cuanto no existe un bien jurídico de carne y hueso que se lesione, lo cual ha provocado que las decisiones político-criminales vacíen el contenido del derecho a migrar. La regla penal de tráfico no puede sobreponerse por sobre un principio, más aun cuando el espíritu constitucional se orienta a la libertad de decisión de una persona.
- He logrado evidenciar que en doctrina existe criterios antagónicos, esto se refleja en nuestro sistema penal, por cuanto les resulta conflictivo determinar el bien jurídico que tutela el delito de tráfico ilícito de migrantes. La doctrina penal moderna, los principios universales de derecho penal, y nuestra propia constitución hacen indispensable la existencia del bien jurídico para la

activación del aparato punitivo, y al no existir un bien jurídico definido con este tipo penal, se demuestra que es innecesaria la descripción de esta conducta, ya que dentro de la teoría del delito, este tipo penal, sucumbe en la antijuricidad.

- El aumento en el número de años en la pena de tráfico, como se observa del tratamiento que se ha dado en nuestra legislación penal, responde a una respuesta coyuntural de un derecho penal funcional. Los efectos de esta respuesta punitiva son variados, incremento del índice migratorio, los procesos son tediosos y largos, en fin, más bien se demuestra que el estado ecuatoriano no cumple con su obligación de satisfacer necesidades básicas, lo cual obliga al migrante a salir del país, lo que constituye una necesidad imperiosa, sin importar los medios y mucho menos las consecuencias de la migración.
- La CRE reconoce que el Ecuador “es un estado constitucional de derechos y justicia y que “el más alto deber del estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos” de las personas. Estos postulados permiten determinar que el derecho a migrar, (salir, entrar y residir en otro país), se confiere a todas las personas sin importar su condición migratoria. Este derecho se refuerza con el principio de ciudadanía universal y la libre movilidad de todos los habitantes del planeta, ya que todas las personas somos iguales, incluidos los extranjeros, porque nuestro estado propende el fin de la condición de extranjero, por cuanto se prohíbe la expulsión de colectivos de extranjeros.
- En nuestra carta magna las personas migrantes tienen derecho a migrar, lo que se complementa con el principio de ciudadanía universal, cosa que no sucede con los inmigrantes, pues para ellos existe “restricciones legales” , por la competencia que asume el estado “en el control de flujos migratorios.” Por tanto, conforme lo antes mencionado puedo establecer que la propia constitución establece avances en torno al derecho a migrar, pero a la vez, también establece contradicciones y limitaciones a esta potestad. Queda claro que en la Constitución se estableció el derecho a migrar pensando en los emigrantes y no en los inmigrantes.

RECOMENDACIONES

- Se debe revisar y armonizar la CRE y el Código Orgánico Integral Penal, por cuanto existe contradicción entre el derecho a migrar que se ve reforzado con el principio, y, la regla penal de tráfico ilícito de migrantes, ya que nuestro país reconoce a todas las personas sin importar su *status* la ciudadanía universal y la eliminación progresiva de la condición de extranjero.
- Se debe realizar un estudio de todos los casos a nivel nacional sobre la efectividad y eficacia de la judicialización del delito de tráfico ilícito de migrantes, para determinar la realidad de las víctimas y justificar si el proceso penal cumple con sus expectativas y por otro lado determinar si el derecho penal funcional cumplió con sus fines
- Es necesario encaminar los procesos de reforma penal y políticas públicas hacia una consideración garantista de la migración, que la regule bajo un ordenamiento de carácter administrativo y no penal.
- Resulta importante hacer un análisis profundo sobre el alcance e implicaciones que tienen las concepciones de soberanía y seguridad estatal sobre la vigencia y aplicación real de los principios constitucionales de movilidad humana, en el marco de un estado constitucional de derechos.
- Los jueces de garantías deben activar las garantías normativas, las garantías penales, las garantías procesales y penitenciarias, con el objeto de lograr armonía entre las reglas penales y los principios constitucionales.

BIBLIOGRAFIA

Abramovich, Víctor y Christian Courtis. Apuntes sobre la Exigibilidad Judicial de los Derechos Sociales. En Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, edit., *La Protección Judicial de los Derechos Sociales*. 3-29. Primera Impresión. Quito: Imprenta V&M Graficas, 2009.

Agudelo Betancur, Nódier. *Curso de Derecho Penal*. Tercera Edición. Bogotá: Temis, 2007.

Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos fundamentales*. Primera Reimpresión. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Álvarez Álvarez, Gustavo. La protección contra la discriminación del extranjero en el Código Penal. *El extranjero en el Derecho Penal español sustantivo y procesal, Manuales de Formación Continuada*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.

Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero. *Sobre Principios y Reglas*. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-principios-y-reglas-0/>.

Ávila, Humberto. Neo-Constitucionalismo Entre la Ciencia del Derecho y el Derecho de la Ciencia, en *Tendencias Actuales del Estado Constitucional Contemporáneo*. Lima: Ara Editores, 2013.

Ávila Santamaría, Ramiro. Neoconstitucionalismo y Sociedad. *Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los Derechos Humanos*. 15-50. Quito: V&M Gráficas, 2008.

Arburola Valverde, Allan. Derecho Penal Simbólico y Derecho penal. Expansionista, en mhtml: file:///F:/ D. Penal Simbólico/ Derecho penal simbólico y derecho penal expansionista. Acceso 21/01/2015.

-----. Los Derechos y sus Garantías. Quito: Imprenta V&M Graficas. 2012.

Benavides Ordoñez, Jorge. *Los derechos humanos como norma y decisión*. Quito: VyM Gráficas, 2012.

Berger, Peter y Thomas Luckmann. “institucionalización”, en *La construcción social de la realidad*. Madrid: Amorrortu editores, 2005.

Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Madrid: Editorial Debate, 1991.

-----. *Libertad e Igualdad*. Barcelona: Paidòs, 1993.

- Carrara, Francesco. *Derecho Penal Clásicos del Derecho Penal*. México: Oxford, 2005.
- Chritie, Nils. El control de las clases peligrosas en *La industria del control del delito: ¿la nueva forma del holocausto?*. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 1999.
- Del Rosal, Juana. *Tratado de Derecho Penal Español*. Madrid: Villena, 1978.
- Díaz, Miguel y García Conlledo. *Protección y Expulsión de Extranjeros en Derecho Penal*. Madrid: La ley, 2007.
- Fernández Carrasquilla, Juan. *Derecho Penal Fundamental*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1995.
- Ferrajoli, Luigi. *Razones jurídicas del pacifismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.
- . *Derechos y Garantías La Ley del más Débil*. Segunda Edición. Madrid: Trotta, 2001.
- . *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
- . *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta, 2009.
- . *Principia Iuris. Teoría del Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta, Madrid, 2001.
- Foucault, Michel. *Vigilar y Castigar, Nacimiento de la Prisión*. Breña: Siglo XXI Editores, 2006.
- Freud, Sigmund. “La meta-psicología y el análisis psicoanalítico de la cultura”, en *El Malestar de la cultura*. México: siglo XXI, 1983.
- Girard, René. *La Violencia*. Milano: ADELPHI, 2005.
- Gómez, Carlos - Diez Jara. Vigencia de la norma: *el potencial de sentido de un concepto en El funcionalismo en Derecho Penal*. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 2003.
- Grijalva Jiménez, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Imprenta V&M Graficas, 2012.
- Held, David. “Ciudadanía y Autonomía”, en *Ciudadanía, El debate Contemporáneo*. Barcelona: Paidós, 1996.
- Hendler, Edmundo S. *Las Garantías Penales y Procesales*. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2004.
- Heinrich-Jescheck Hans. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Breña: Ed. Instituto Pacífico, 2014.

- Hurtado Pozo, José. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. 3ª Edición. Lima: Grijley, 2005.
- Hulsman, Louk. El enfoque abolicionista: *Políticas Criminales Alternativas, Criminología Crítica y Control Social*. Juris, 1993.
- Ibáñez, Perfecto Andrés. *Justicia Penal Derechos y Garantías*. Bogotá: Temis, 2007.
- Jakobs, Günther. *Sociedad Norma y Persona*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.
- . *Sociedad, Norma y Persona*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- . *Derecho Penal Parte General*. Madrid: Marcial Pons Edic. Jurídicas, 1997.
- Jellinek, George. *Teoría General del Estado*. México D.F: Oxford University Press.
- Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Breña: Ed. Instituto Pacífico, 2014.
- Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito, *Principios de Derecho Penal*. 2ª Edición. Buenos Aires: Hermes, 1954.
- Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Ed. Universitaria de Buenos Aires, 2009.
- Kymlicka Will y Wayne Norman. “El Retorno del Ciudadano, Una revisión de la Producción Reciente, en Teoría de la Ciudadanía”, en *Ciudadanía El debate Contemporáneo*. Barcelona: Paidós, 1996.
- Lucas, Javier. *El desafío de las fronteras*. Madrid: Edic. Temas de Hoy, 1994.
- Luhmann, Niklas. “La función del derecho”, en *El Derecho de la Sociedad*. México: Herder, 2005.
- Maier, Julio B. J. *El Proceso Penal Contemporáneo*. Lima: Palestra, 2008.
- Mantovani, Ferrando. *Los Principios del Derecho Penal*. Lima: Legales Ediciones, 2015.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 3ª ed., Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, 1990.
- . El Derecho Penal en el Estado social y Democrático de Derecho. Ariel, 1994.
- Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal Parte General*, 8ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- . *Derecho Penal y Control Social*. Jerez: Graficas del Espectador, 1985.

- Nievas, Flabian. *El Control Social de los Cuerpos*. Buenos Aires: Eudeba, 1999.
- Nino, Carlos Santiago. *Los Limites de la Responsabilidad Penal*. Buenos Aires: Astrea, 1980.
- Paladines Rodriguez, Jorge Vicente. “Ejecución Penal y Derechos Humanos”, en Carolina Silva Portero edit. *Razón jurídica o barbarie Sobre la jurisdicción en la ejecución penal*. 163-200. Quito: Imprenta V&M Gráficas, 2008.
- Pavarini, Massimo. “Las funciones materiales de la penalidad”, en *Castigar al enemigo: criminalidad, exclusión e inseguridad*. Quito: FLACSO-Ecuador, 2009.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Madrid: Editorial Dykinson, 2004).
- Pérez Cepeda, Ana Isabel. *Globalización, Tráfico Internacional Ilícito de Personas y Derecho Penal*. Granada: Comares, 2004.
- Pérez Alonso, Esteban. *Tráfico de Personas e Inmigración Clandestina*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- Placencia Villanueva, Raúl. *Teoría del Delito*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- Polaino-Orts Miguel. Vigencia de la norma: “El potencial de sentido de un concepto” en *El funcionalismo en Derecho Penal*. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 2003.
- Prieto Sanchis, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- , “Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica”, en *Tendencias Actuales del Estado Constitucional Contemporáneo*. Lima: Ara Editores, 2013.
- Pousadela, Inés M. *El Contractualismo Hobbesiano*. Buenos Aires: Graficas y Servicios, 2003.
- Quintero, María Eloísa. La imputación objetiva, en *El funcionalismo en Derecho Penal*. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 2003.
- Rodriguez Montañés, Teresa. *Ley de Extranjería y Derecho Penal*. Valencia: La Ley, 2001.
- Rodriguez Mesa, M. José. *Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.

- Rousseau, Jean Jacques. *Contrato Social o Principios del derecho político*. Buenos Aires: Impreso por Moreno, 2003.
- Roxin, Claus. *La Evolución de la Política Criminal, El Derecho Penal y el Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- . *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*. Lima: Grijley, 2007.
- . *Política Criminal y Sistema del Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.
- . *Derecho Penal Parte General*. Madrid: Civitas, 1997.
- Serna, Pedro - Toller Fernando. *Una propuesta Metodológica Alternativa*.
- Serrano Piedecabras, José Ramón. Los Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en; Lorenzo Copello, *Inmigración y Derecho Penal Bases para un Debate*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- Silva Portero Carolina, “Neoconstitucionalismo y Sociedad”, en Ramiro Ávila Santamaría edit. *Las garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción?* 51-84. Quito: V&M Gráficas, 2008.
- Silvestroni, Mariano H. *Teoría Constitucional del Delito*, 2da. Edición, Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2007.
- Sousa Santos, Boaventura. *La Globalización del Derecho*. Bogotá: Imprenta Santa Fe, 1999.
- Sousa Santos, Boaventura y César Rodríguez. El derecho y la globalización desde abajo, en *Hacia una Legalidad Cosmopolita*. Barcelona: Anthropos, 2005.
- Suart Mill, John, *Sobre la Libertad*, Aguilar Libera los Libros, Traducción del inglés por Josefa Sainz Pulido. Madrid: Alianza Editorial, 1994.
- Varnagy, Tomás. *El pensamiento político de John Locke y el surgimiento del liberalismo*. Buenos Aires: Graficas y Servicios, 2003.
- Vitale, Ermanno. *Ius Migrandi*. Melusina, 2006.
- Vitoria, Francisco. Traducción de Luis Frayle Delgado, *Sobre el poder civil. Sobre los indios Sobre el derecho de la guerra*. Madrid: Tecnos, 1998.
- Welzel, Hans. *Teoría de la Acción Finalista*. Buenos Aires: Astrea Editorial Depalma, 1951.
- . *Derecho Penal Alemán*, Tercera edición, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez. Editorial Jurídica de Chile.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2002.
Zagrebel'sky, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*. Madrid: Trotta, 1996.

-----, *El Derecho dúctil: ley, derechos justicia* 7ª ed. Madrid: Trotta, 1995.

Zolo, Danilo. La ciudadanía en una era poscomunista, en *Ciudadanía El debate contemporáneo*. 117-132. Buenos Aires: Edic. Paidós.1996.

Normativa Supranacional e Internacional:

Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789.

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de la Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos de 1969.

Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias de 1990.

Normativa Nacional:

Constitución de la República del Ecuador 1998.

Constitución de la República del Ecuador 2008.

Ecuador. *Código Penal del Ecuador*.

Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. COIP. Registro Oficial, Suplemento, No. 180, 10 de febrero de 2014.

Ecuador. *Ley de Migración*. Registro Oficial No 6, Quito, martes 18 de agosto de 1998.

Ecuador. *Ley Reformatoria al Código Penal*. Registro Oficial 110, Quito 30 de junio de 2000.

Ecuador. *Ley Reformatoria al Código Penal*. Registro Oficial, Suplemento, No. 716, diciembre del 2002.

Ecuador. *Ley Reformatoria al Código Penal*. Registro Oficial No. 427, Quito 29 de Diciembre del 2006.

Ecuador. Primer Tribunal Penal del Azuay. Juicio 102-2007.

Fuentes de Internet.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 2: migrante Opinión Consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Decisión de 17 de septiembre de 2003, <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/migrantes4.pdf>.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/253/pr/pr4.pdf>.

Garzón Valdés Ernesto. Algo más acerca del coto vedado, <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141764.pdf>.

<http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom27.html>.

La Corte Interamericana. *Un cuarto de siglo*. (1979-2004) <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuarto-siglo.pdf>

Atienza Manuel y Juan Ruiz Manero. *Sobre principios y reglas*. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-principios-y-reglas-0/>