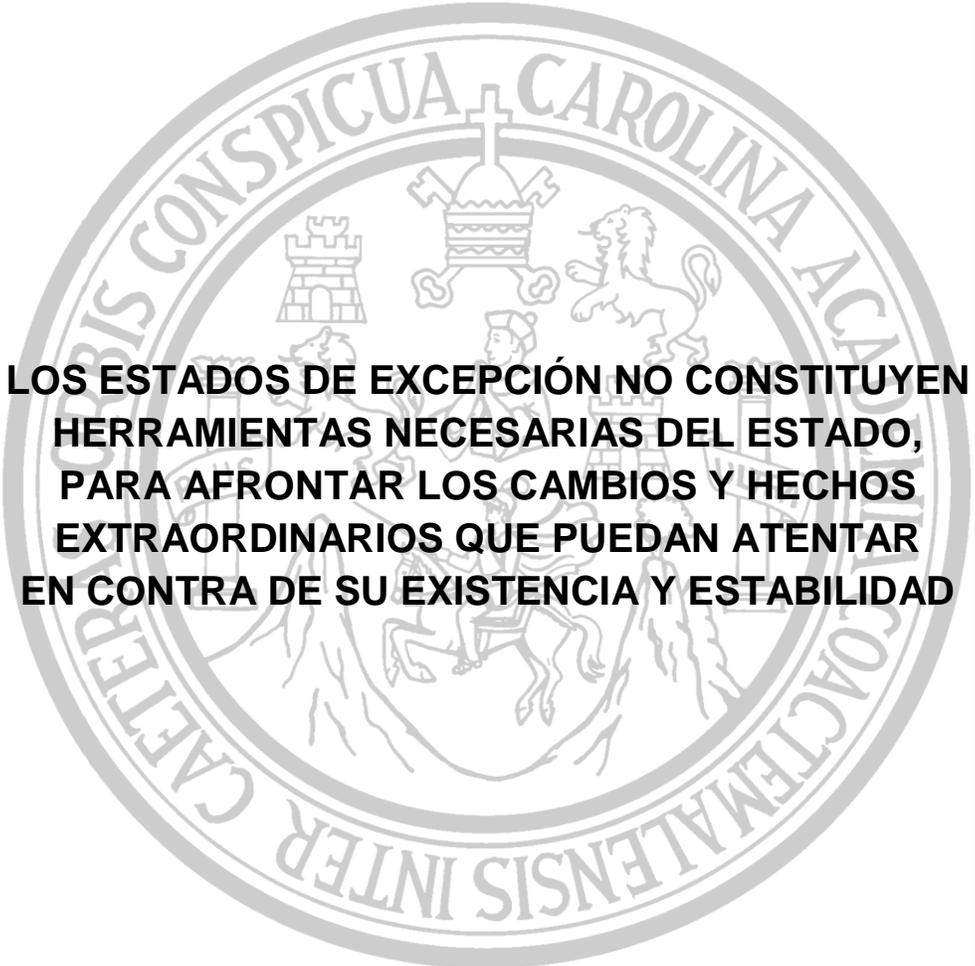


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a crown on top, flanked by two lions. Below the shield is a figure on horseback. The shield is surrounded by a circular border containing the Latin motto "CAETERIS CONSPICUA CAROLINA ACADÉMIA MATENSIS INTER".

**LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN NO CONSTITUYEN
HERRAMIENTAS NECESARIAS DEL ESTADO,
PARA AFRONTAR LOS CAMBIOS Y HECHOS
EXTRAORDINARIOS QUE PUEDAN ATENTAR
EN CONTRA DE SU EXISTENCIA Y ESTABILIDAD**

**LICENCIADO
ELMER ERASMO BELTETÓN MORALES**

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2016

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN NO CONSTITUYEN HERRAMIENTAS
NECESARIAS DEL ESTADO, PARA AFRONTAR LOS CAMBIOS Y HECHOS
EXTRAORDINARIOS QUE PUEDAN ATENTAR EN CONTRA DE SU EXISTENCIA
Y ESTABILIDAD**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por el Licenciado

ELMER ERASMO BELTETÓN MORALES

Previo a conferírsele el Posgrado Académico de

MAESTRO EN DERECHO CONSTITUCIONAL

(Magíster Scientiae)

Guatemala, septiembre de 2016



**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: MSc. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: MSc. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: MSc. Ovidio David Parra Vela
VOCAL: Dr. René Arturo Villegas Lara
VOCAL: Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez
VOCAL: MSc. Ronaldo Porta España

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE: Dr. Adolfo Gonzalez Rodas
VOCAL: Dr. Saúl González Cabrera
SECRETARIO: MSc. Ronaldo Porta España

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 24 de agosto de 2016

Mtro. Ovidio David Parra Vela
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis:

**LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN NO CONSTITUYEN
HERRAMIENTAS NECESARIAS DEL ESTADO, PARA AFRONTAR
LOS CAMBIOS Y HECHOS EXTRAORDINARIOS QUE PUEDAN
ATENTAR EN CONTRA DE SU EXISTENCIA Y ESTABILIDAD**

Esta tesis fue presentada por el Lic. Elmer Erasmo Belletón Morales de la Maestría en Derecho Constitucional de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,


Dra. Gladys Tobar Aguilar
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450


Gladys Tobar Aguilar
Colegiada 1.450



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, nueve de septiembre del dos mil dieciséis.-----

En vista de que el Lic. Elmer Erasmo Beltetón Morales, aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Constitucional**, lo cual consta en el acta número 14-2014 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN NO CONSTITUYEN HERRAMIENTAS NECESARIAS DEL ESTADO, PARA AFRONTAR LOS CAMBIOS Y HECHOS EXTRAORDINARIOS QUE PUEDAN ATENTAR EN CONTRA DE SU EXISTENCIA Y ESTABILIDAD”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

MSc. Ovidio David Parra Vela
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Escuela de Estudios de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel



ACTO QUE DEDICO



A DIOS:

Todo poderoso por brindarme la oportunidad de obtener otro triunfo profesional y personal; así como, salud y sabiduría para lograr esta meta.

A MI FAMILIA:

Fuente de apoyo constante e incondicional durante mis logros profesionales.

A MI ESPOSA E HIJOS:

Porque han sido el impulso y los pilares durante toda mi carrera profesional, gracias por su amor constante e incondicional apoyo.

A LA UNIVERSIDAD:

De San Carlos de Guatemala, por ser la casa de estudios en donde me he formado académicamente.

A LOS PROFESIONALES:

De la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, y de la Escuela de Estudios de Postgrado, que me han brindado su apoyo académico y profesional para alcanzar esta meta.

A MIS AMIGOS:

Por alentar y contribuir incondicionalmente a lograr mis metas y objetivos.

ÍNDICE



INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. El Estado, la sociedad, los derechos fundamentales y la democracia en situaciones de riesgo para la soberanía: Enfoque de los elementos que intervienen durante un Estado de Excepción.....	1
1.1 El Estado.....	1
1.2 Otros Elementos a ser considerados en la configuración teórico-doctrina del Estado.....	9
1.3 Estado y sociedad.....	16
1.3.1 Elementos constitutivos de la relación Estado-Sociedad.....	18
1.4 Los derechos fundamentales, la democracia y los estados de excepción....	22
1.5 Los estados de emergencia extraordinarios en conexión con la soberanía, la democracia y la violencia.....	27
1.5.1 Estado de excepción y violencia al interior de los Estados.....	30
1.5.2 La soberanía en conexión con la guerra y el estado de excepción.....	32
1.5.3 La problematización de la objetividad jurídica en estados de excepción.....	36
1.6 El Derecho Penal del enemigo y los estados de excepción.....	36
1.7 El <i>securitismo</i> neoliberal como Estado de Excepción global.....	40



CAPÍTULO II

2.	El control social. Una teoría flexibilizada en los estados de excepción.....	43
2.1	Evolución definicional del control social desde la historización de Janowitz.....	43
2.2	La teoría ético-filosófica de Howard Ross.....	50
2.3	El Estado y el individuo.....	56
2.4	Las instancias del control informal.....	59
2.4.1	La familia.....	60
2.4.2	La escuela.....	61
2.4.3	Los medio de comunicación masiva.....	63
2.4.4	El control formal: policía y justicia.....	66
2.5	La cárcel y la disciplina social, el último peldaño del control formal.....	74
2.6	La cultura de control y el control social: El fenómeno estadounidense del control extremo y la mimetización del mismo en Latinoamérica.....	77
2.7	La consideración del control social desde la perspectiva criminológica contemporánea.....	86

CAPÍTULO III



3.	Seguridad ciudadana y seguridad humana vistas desde la teoría de la sociedad del riesgo y la configuración del peligro por parte del Estado. Motivaciones del Estado de Excepción en el Departamento de Petén.....	94
3.1	La seguridad humana.....	94
3.2	La Seguridad ciudadana: uno de los factores esenciales para la protección del núcleo esencial de los derechos de las personas.....	96
3.3	La sociedad del riesgo y el control social.....	100
3.4	La percepción de inseguridad ciudadana y la actividad policial en la sociedad del riesgo.....	104
3.4.1	Política de tolerancia cero (“OrderMaintenance” Poicing): los ciudadanos y los otros.....	108
3.5	El estado de excepción, una disposición ilegal pero perfectamente jurídica y constitucional.....	111
3.6	El Estado de Excepción en Guatemala durante la última época electoral en el Departamento de Petén. Enfoque sobre las consecuencias en los derechos fundamentales de la población y la fractura jurídica producida por el decisionismo político del Ejecutivo.....	117
3.6.1	La Ley del Orden Público. La vulneración de los derechos fundamentales y garantías procesales por su obsolescencia.....	117



3.6.2	El pronunciamiento de la Comisión Internacional de Juristas y sus denuncias sobre las motivaciones de fondo en la imposición del estado de excepción en el Departamento de Petén.....	121
3.7	Procedimiento para decretar un estado de excepción y los principios que lo motivan.....	124
3.7.1	El Derecho Internacional Humanitario y los principios establecidos para la legitimidad de los estados de excepción.....	126
3.8	Legislación internacional sobre el estado de excepción.....	130
3.8.1	El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.....	130
3.8.2	La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.....	131
3.9	Estado de excepción dentro de un proceso electoral.....	132
3.10	Desface entre la Ley de Orden Público y la Constitución Política de la República de Guatemala.....	141
	CONCLUSIONES.....	144
	RECOMENDACIONES.....	146
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	148



INTRODUCCIÓN

La permanente presencia de estructuras criminales organizadas en territorio petenero, que se han apropiado de este, para la realización de sus actividades criminales y, ante todo, la masacre cometida en contra de varios campesinos por parte de la estructura criminal de los Zetas, le planteó la disyuntiva al gobierno de turno sobre la necesidad de decretar un Estado de Excepción de inmediato para poder copar a los asesinos.

El gobierno tomó en cuenta, inicialmente, que el país en general y la población en particular, se encontraba en plena actividad proselitista para las próximas elecciones que se llevarían a cabo en seis meses y que la Ley Electoral y de Partidos Políticos es clara cuando establece que nada debe de entorpecer ningún proceso electoral, ni antes ni durante el mismo. Para las autoridades, esta circunstancia representaba una situación desventajosa con respecto a sus intenciones de combatir a estas estructuras criminales.

A pesar de ello, al día siguiente de la masacre cometida en la Aldea Los Cocos, el Estado de Excepción ya estaba vigente y se movilizaron grandes contingentes militares combinados con contingentes de fuerzas especiales de la Policía Nacional Civil, con la finalidad de contener las actividades criminales.

Inicialmente, el Estado de Excepción duraría 30 días; la realidad es que duró cinco meses, lo que, indefectiblemente, tuvo consecuencias negativas en el desplazamiento de la población para sus actividades cotidianas, así como para la actividad proselitista del año 2011. Resultados verdaderamente positivos de la aplicación de esta medida excepcional, realmente no se puede decir que hubo. Por supuesto que hubo detenciones de más de quince personas, quienes en la actualidad se encuentran bajo proceso, pero, sin duda alguna, esta medida no detuvo para nada la criminalidad en Petén.

Derivado de lo anteriormente expuesto, surge la inquietud de realizar el presente trabajo bajo el cuestionamiento de que si un Estado de Excepción realmente es una



medida necesaria para que el Estado afronte hechos que atenten en contra de su existencia y estabilidad, sobre todo en época electoral. Es este el problema que se investigará.

Para ello se planteó como objetivo general:

Determinar si los estados de excepción constituyen herramientas necesarias del Estado para afrontar los cambios y hechos extraordinarios que puedan atentar contra su existencia y estabilidad sobre todo en época electoral.

Luego como objetivos específicos:

-Determinar los elementos intervinientes durante un Estado de Excepción y las diversas formas en que se vulneran derechos fundamentales y garantías procesales en situaciones que se consideran de aparente riesgo para la soberanía del país.

-Plantear si, la forma en el control social formal del Estado irrumpe arbitrariamente en la institucionalidad estatal en estados extraordinarios o de excepción en los cuales pierde su capacidad el Derecho Penal de limitar el *iuspuniendi* del Estado.

-Establecer que las motivaciones del Estado de Excepción impuesto en el Departamento de Petén, no proveyó de seguridad ciudadana ni de seguridad humana a la población local, sino que fue una estrategia de securitización para la institucionalidad del Estado guatemalteco.

Para terminar de diseñar los pilares metodológicos de la presente investigación, se trabajó con la hipótesis siguiente:

En Guatemala los dos últimos gobiernos que han regido el Organismo Ejecutivo, han aplicado en forma inadecuada los estados de excepción, constitucionalmente reconocidos, con el objeto de sustituir políticas públicas de seguridad ciudadana.

Y como explicación de la hipótesis, se desarrolla lo siguiente:



En el caso de restricción de garantías constitucionales, no se puede asegurar a los habitantes del país que la aplicación de las medidas legales solo se hará bajo medidas estrictamente necesarias, porque el simple hecho de que un Estado de Excepción rompe con las garantías del debido proceso, independientemente que esté legitimado por la Constitución, eso ya es violar derechos fundamentales.

En el presente trabajo se comprobó la hipótesis en el sentido que en Guatemala los dos últimos gobiernos que han regido el Organismo Ejecutivo, han aplicado en forma inadecuada los estados de excepción constitucionalmente reconocidos con el objeto de sustituir políticas públicas de seguridad ciudadana.

La metodología para la investigación reúne los siguientes métodos:

El Método Científico: este método se aplicará en sus tres fases:

Indagadora: por medio de los procesos de recolección de información directamente de las fuentes primarias y secundarias.

Demostrativa: por medio de la comprobación de las variables expuestas, confrontadas con la realidad por medio de los procesos de análisis, síntesis, abstracción, comparación, concordancias y diferencias de los elementos teóricos con los empíricos.

Expositiva: utilizando los procesos de conceptualización y generalización que será expuesto por medio del informe final.

Método Analítico: este método consiste en separar el todo en sus partes, para estudiar cada una de ellas por separado con el fin de descubrir la esencia del fenómeno que se investiga.

Método Sintético: una vez aplicado el método analítico, es necesario aplicar el método sintético, debido a que este enlaza las relaciones abstractas y esenciales con las relaciones concretas, es decir, construye el tejido teórico uniendo la información obtenida, cuyos vínculos son: la ley, las mediaciones y el fenómeno concreto. El análisis y la síntesis forman una unidad dialéctica, se complementan, son incluyentes el uno con el otro; no se puede pensar en utilizarse separadamente.



Método Inductivo: método por el cual se asciende lógicamente al entendimiento del conocimiento de los fenómenos, hechos o cosas, a la ley o principio que los contiene; es decir, se procede de lo particular a lo general, de lo individual a lo universal, de lo simple a lo complejo. Por medio de este método resulta posible generalizar partiendo de la observación y la experiencia, de los enlaces observados entre los hechos particulares, hasta llegar a encontrar las relaciones universales, y estas, una vez descubiertas, sirven para explicar los hechos de los cuales se desentrañaron.

Método Deductivo: aquí se procede lógicamente de lo universal a lo particular, de lo general a lo individual, de lo complejo a lo simple, es decir, empieza el análisis en los campos más amplios dentro de los cuales se encuentra comprendido el problema a investigar, describiendo el mismo y haciendo cada vez más pequeño su campo de acción hasta llegar a lo más específico. Se procede deductivamente cuando se percibe que es necesaria una relación entre los hechos que integran el conjunto de ellos, y de ahí se infiere que dicha relación es general. Este método es el proceso discursivo que partiendo de generalizaciones de carácter universal, permite obtener inferencias menos generales, más particulares.

Método Jurídico: es la suma de procedimientos lógicos para la investigación de las causas y de los fines del Derecho, para el conocimiento e integración de sus fuentes, para la estructura de sus textos positivos y técnicos y para la enseñanza y difusión del mismo. Las características de la investigación, el conocimiento, interpretación, enseñanza y discusión del derecho, constituyen los pilares fundamentales sobre los cuales se basa este método, para tener una amplia visión sobre el mismo y poder aplicarlo correctamente.

Explicitada la estructura que sostiene esta investigación, procede como último paso, presentar resumidamente el contenido del informe final, el cual está conexas estrechamente con los objetivos específicos.

El capítulo I, es el desarrollo teórico doctrinario en torno al Estado, la sociedad y los derechos fundamentales vistos desde la perspectiva democrática que debe prevalecer



en situaciones extraordinarias en las que, se puede suponer, existe un riesgo de peligro para la soberanía del Estado. De esa cuenta, se incluyen temas clásicos sobre todo lo referido al Estado y la sociedad junto con temas doctrinarios actuales como las sociedades del riesgo, la securitización, el Derecho Penal del enemigo, todo alrededor de los estados de excepción.

En el capítulo II, se desarrolla la teoría jurídico-criminológica del control social adaptada a las consecuencias generadas cuando el Estado se sobrepasa de su potestad punitiva, sin que el Derecho Penal pueda laminar dicho actuar, porque durante un Estado de Excepción el control social estatal fractura la institucionalidad del debido proceso y el respeto a las garantías del mismo; asimismo, el Derecho Penal se subsume a la ilegalidad legal –legitimada en la Constitución- del Estado de Excepción.

Por último, en el capítulo III, se describe la forma en que el Estado tiene en el olvido la seguridad ciudadana y la seguridad humana, como partes integrantes de la misma que el Estado debe proveer para todos los ciudadanos, para convertirse en un ente securitizado que ficcionaliza riesgos, peligros y enemigos para poner a andar toda su maquinaria punitiva, siempre en función de sí mismo y no de la población. La casuística que se tomó como parámetro para este capítulo, fueron los hechos acaecidos en mayo del 2011, en pleno año electoral, en el Departamento de Petén, para demostrar que todo Estado de Excepción vulnera derechos humanos, constitucionales, garantías procesales, entre otros, por lo que no se le puede asegurar a la ciudadanía que estos se le respetarán, porque ello es demagogia. El Estado de Excepción impuesto durante casi seis meses en Petén tuvo un trasfondo de securitización del Estado, no solo contra las estructuras criminales que mantienen su presencia en territorio petenero, sino también era la oportunidad de tener bajo control a los partidos políticos en la contienda con el partido de gobierno, el cual también competía por la presidencia de la República.



CAPÍTULO I

1. El Estado, la sociedad, los derechos fundamentales y la democracia en situaciones de riesgo para la soberanía: Enfoque de los elementos intervinientes durante un Estado de Excepción

1.1 El Estado

El Estado desde un sentido formal “es la organización jurídica de la sociedad, que se expresa como un conjunto coherente de instituciones dentro de un ordenamiento político y administrativo, y con un sistema jerárquico.”¹

Asimismo, dice González Casanova que “es una forma de organización moderna, dentro de la cual vivimos los seres humanos. Constituye un poder permanente y organizado con capacidad real para monopolizar la creación del orden jurídico, económico, político y social con plena capacidad para imponer su soberanía, imponer los instrumentos de aplicación y vigencia para garantizar el cumplimiento de sus sanciones.”²

Es por ello un resultado social, una creación de la humanidad que se conformó a lo largo de un proceso histórico, de luchas sociales y de intensa transformación de los grupos.

El Estado es para Max Weber, “aquella comunidad humana que en el interior de un determinado territorio reclama para sí el monopolio de la coacción física legítima.”³ Es de entender, pues, que todo ciudadano del mundo moderno es súbdito de un Estado. Está legalmente obligado a obedecer sus órdenes, y los perfiles de su vida son marcados por las normas que el Estado impone. Estas normas son leyes y el Estado está en la potestad de exigir el cumplimiento de las mismas a todos y todas, lo que caracteriza su naturaleza especial.

¹ P. González Casanova. *El Estado en América Latina*. México: Siglo XXI Editores, 2003, Pág. 175

² *Idem*

³ M. Weber. *El político y el científico*. Madrid, España: Alianza Editorial, , 1969, Pág. 230



El Estado es, de esta suerte, un modo de regular la conducta humana. Cuando el análisis de su carácter lo revela como un método para imponer principios de conducta, con los cuales las personas deben ordenar sus vidas. El Estado manda no robar, por ello castiga toda violación de esta orden.

Establece un sistema de imperativos, y usa la coacción para asegurar la obediencia a ellos. La validez de esos imperativos se deriva por sí misma desde su propio punto de vista. Son legales, no porque sean buenos, o justos, o sabios, sino porque son imperativos del Estado. Son la expresión legal del modo en que deben obrar las personas, según está dispuesto por la autoridad, que es la única competente para tomar disposiciones finales de esta especie. Pero los imperativos legales no se forman por sí mismos si se imponen por sí solos. Han sido queridos por algún ser humano, o por una comunidad de personas, y por una persona o por una comunidad de ellas, deben ser impuestos.

Al examinar los Estados del mundo moderno se puede observar que siempre ofrecen el espectáculo de un gran número de hombres obedeciendo, dentro de un territorio definido, a un pequeño número de otros hombres.

Se halla también que las leyes hechas por este pequeño número, ya sean omnipotentes como Gran Bretaña (la reina en el parlamento) o limitadas, como en los Estados Unidos, tanto por el asunto sobre el que puedan decretar obediencia, como por los métodos por los que esto se consigue, poseen sin embargo, la condición de que en caso de ser vulneradas, ese pequeño número de hombres puede emplear toda la coacción necesaria para vindicar su autoridad. Cada Estado, en una palabra, es una sociedad territorial dividida en gobierno, y súbditos, siendo el gobierno un conjunto de personas dentro de la sociedad territorial, que está capacitado para emplear la coacción con el fin de que sean obedecidos esos imperativos.

En todo Estado hay, por decirlo así, una voluntad que domina legalmente sobre todas las demás voluntades. Es la que toma las disposiciones finales de la sociedad. Es, en frase técnica, una voluntad soberana. No recibe órdenes de ninguna



voluntad, ni puede, finalmente, enajenar voluntad. Tal voluntad, como ejemplo de la de la reina de Inglaterra unida al parlamento.

Dentro de los confines de su territorio, todo lo que decida obliga a los residentes en dicho territorio. Pueden estos considerar esas decisiones como inmorales o imprudentes, no obstante, están legalmente obligados a obedecerlas. Un súbdito británico a quien no agrada la ley relativa del impuesto sobre la renta, está, sin embargo, obligado a obedecerla. Si intenta burlarla en una u otra forma, sufrirá por ello serias consecuencias.

Desde una perspectiva más sociológica, Hauriou, define el Estado como “Agrupación humana, fijada en un territorio determinado y en la que existe un orden social, político y jurídico orientado hacia el bien común, establecido y mantenido por una autoridad dotada de poderes de coerción.”⁴

Este concepto puede ser analizado en sus distintos elementos:

- a) Agrupación Humana: término sociológico que se refiere a un grupo complejo de individuos. El Estado es una sociedad de personas naturales que constituyen el elemento humano o poblacional del mismo.
- b) Territorio: el Estado lo requiere como condición, es determinado, mutable, conocido y con cierta delimitación.
- c) Orden social, político y jurídico: el Estado surge como una forma de organizar la convivencia, confiere un orden a sus integrantes que les otorga seguridad a sus relaciones al interior del Estado. Supone una realidad social y política a la cual deben ajustarse las normas a dictar por el Estado.
- d) Conjunto de autoridades dotadas de poder de coerción: se advierte una diferenciación de funciones al interior del Estado: gobernantes (autoridades) y gobernados (confieren legitimidad a los gobernantes). Los gobernantes tienen

⁴A. Hauriou, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, 2ª. Ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ariel. 1980. Pág. 118



facultades para hacerse obedecer en caso de no acatamiento, en último término la fuerza (por medio de sanciones).

Ahora bien, la propia existencia de un Estado está determinada por la presencia de ciertos elementos determinantes y configurantes del semanticismo inmerso en el concepto de Estado.

1.1.1 Territorio

El territorio, el espacio físico en donde se asienta la población, constituye uno de los elementos fundamentales del Estado. Según algunos, más que un elemento, sería una condición de existencia, pues sin territorio desaparece el Estado. Sin embargo, si el territorio fuera la única condición de existencia del Estado, en cualquier territorio mutable o indeterminado podría cumplirse la condición para establecer un Estado en particular. Esto no parece así, advirtiéndose que la relación entre Estado y territorio es por lo común estable y específica. El territorio se convierte en elemento de cada Estado, no cualquier territorio sino uno determinado, lo que no implica afirmar su invariabilidad, pues este admite cambios.

Pese a lo esencial de este elemento, es admisible que, temporalmente, un Estado esté privado del control sobre su territorio debido a una invasión por otro Estado. Esto siempre y cuando se trate de un fenómeno de fuerza, de índole material y, en principio, temporal. No se afecta la figura jurídica Estado aún cuando, según las circunstancias, la invasión del territorio podría determinar el fin de la existencia jurídica de este. En el presente siglo se comprueban casos de Estados que han subsistido pese a carecer temporalmente de control sobre su territorio. Por ejemplo, Polonia, Francia y otros Estados ocupados militarmente por Alemania durante la Segunda Guerra Mundial, conservan sus autoridades, las que permanecen ocultas o en el exilio, no desaparecen y después de la derrota del invasor vuelven a ejercer su dominio territorial.

Por otro lado, se observa que el territorio es un instrumento para el Estado, necesario para la realización de sus funciones y cumplimiento de sus fines. El territorio es



fuerza de recursos, ámbito de desarrollo de actividades, hábitat de la población y se proyecta como parte del ecosistema terrestre. Finalmente, el territorio es el ámbito espacial que delimita el ejercicio de la competencia por parte del Estado y donde se asienta su colectividad.

El territorio del Estado puede analizarse según sus distintos componentes, que son:

El territorio terrestre: tierra física superficial dentro de los deslindes geográficos, y su proyección hacia el subsuelo.

Las aguas interiores: son aquellas comprendidas en el territorio terrestre (lagos, ríos) y el espacio marítimo encerrado por las líneas de base recta (líneas imaginarias que unen los puntos más prominentes de la costa).

Territorio marítimo: Se subdivide en:

- Mar territorial: es el espacio marítimo que se extiende desde las líneas de base, hasta una paralela trazada a doce millas mar adentro.
- Zona contigua: espacio que comprende las doce millas que siguen al mar territorial. En esta zona el Estado puede ejercer facultades de policía, inmigración, sanitarias y aduaneras.
- Zona económica exclusiva: espacio marítimo que se extiende ciento ochenta y ocho millas mar adentro, medidas desde el límite exterior del mar territorial (junto al mar territorial suman 200 millas). Se entiende territorio nacional en todo lo relativo al aprovechamiento económico de los recursos situados en ella. Hacia el exterior de la zona económica exclusiva está la alta mar.

El suelo y subsuelo del mar territorial y de la zona económica exclusiva pertenecen al Estado, en el ámbito de competencias que puede ejercerse en cada caso.

Espacio aéreo: masa de aire que está sobre el territorio terrestre, aguas interiores y mar territorial. Se ejercen sobre éste plenas competencias. No está clara su



delimitación en altura, lo que genera problemas por ejemplo respecto de vuelos a gran altura o espaciales (colocación de aparatos en órbita en el espacio exterior).

Muy distinto es el tratamiento dado a las naves militares. Dado su potencial destructivo se considera el espacio aéreo con un criterio muy estricto. Si a él ingresa una nave militar, sin permiso previamente concedido, se considera violación de la integridad territorial, circunstancia que autoriza según el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, un ataque físico contra el entrometido (legítima defensa).

Respecto del espacio extraterrestre, no hay reivindicación territorial sobre la base de proyecciones de los Estados subyacentes que haya sido aceptada por el derecho internacional. La colocación de artefactos espaciales sobre los territorios de los Estados es una actividad que de hecho han realizado las grandes y medianas potencias, sin que ningún Estado sometido al paso de estos equipos haya podido alcanzar el éxito en un reclamo contra ello.

Junto al territorio físico se encuentran las ficciones de territorialidad. Para un manejo más seguro de las relaciones interestatales el Derecho Internacional ha consagrado ficciones en que se reputa que determinados espacios son territorios de ciertos Estados, cuando físicamente no lo son. Por ejemplo, se ha sostenido que, desde la perspectiva jurídica, las actuaciones realizadas en las sedes diplomáticas se asimilan a las efectuadas en el territorio físico del Estado. Las ficciones se relacionan con las inmunidades y privilegios diplomáticos

1.1.2 Población

Primer elemento del Estado por cuanto este es, ante todo, una agrupación humana. La población es un conjunto de personas naturales que habitan en un territorio de manera estable. Este asentamiento estable o residencia exigida a los integrantes de la población excluye a los extranjeros de paso o transeúntes.

Este conjunto humano estará integrado habitualmente por nacionales y extranjeros. Los nacionales son aquellos que tienen la nacionalidad del Estado de que se trata. La nacionalidad en definitiva es el vínculo jurídico que une a un individuo a un



Estado. Sin embargo, como se ha dicho, en general, dentro de los Estados también pueden encontrarse extranjeros que residen dentro del Estado y, por tanto, deberán respetar las normas internas y, serán sujetos también de ciertas funciones del Estado respecto de la población. Entre ellas, la más relevante, su protección de diversos riesgos a que pueda estar expuesta: agresiones externas, ingreso de enfermedades, entre otros.

1.1.3 Pueblo

El pueblo o ciudadanía es el conjunto de individuos que dentro de la población se encuentra habilitado para ejercer derechos políticos. Estos individuos, constituidos como pueblo -colectivamente- integran un todo, que es el titular de la soberanía.

En un régimen democrático, los derechos políticos se refieren, fundamentalmente, a la participación de la comunidad en la generación y funcionamiento de órganos representativos. Así, la ciudadanía permite al individuo disfrutar del derecho a sufragio, del derecho a ser elegido (o derecho de sufragio pasivo) y de la posibilidad de incorporarse a la función pública (cuando para ser designado funcionario público se exige la calidad de ciudadano).

1.1.4 Organización política

La organización política es la forma específica como la colectividad humana se estructura en una realidad territorial por medio de órganos que están dotados de poder de coerción. Para el Derecho Constitucional el tema relevante es el poder estatal.

Se considera al poder, en general, como un tipo de influencia y a esta como un fenómeno social en que un sujeto activo obtiene que otro sujeto (pasivo) haga (acción) o no haga (abstención) algo que el sujeto activo pretende.

Hay múltiples manifestaciones de influencia en la sociedad, pero no siempre ella constituye un fenómeno jurídico y políticamente relevante. La influencia de un padre sobre sus hijos, si bien es muy relevante para el funcionamiento de la sociedad, no



Internacional: Desde el ángulo externo, el poder estatal se percibe como poder nacional, y se conceptualiza como la suma de los atributos que puede movilizar el Estado frente a otros en situaciones de conflicto.

Poder institucionalizado y formalizado: desde una perspectiva político-jurídica se entiende al poder estatal institucionalizado como soberanía.

1.2 Otros elementos a ser considerados en la configuración teórico-doctrinaria del Estado

En la teoría política, la idea de soberanía es antigua. Esta data desde el siglo XVI y se asocia al surgimiento del Estado moderno. Es usada por primera vez por el pensador francés Jean Bodin⁵, quien la caracteriza como un poder absoluto y perpetuo que reside en una República. Desde entonces se ha generalizado el uso del concepto de soberanía como atributo del poder estatal.

Es menester afirmar la idea de soberanía limitada por lo menos en dos aspectos: por el fin del Estado, que es el bien público temporal, por un lado, y por otro, por los derechos de las personas que, jurídicamente se contemplan en las constituciones que los Estados se han ido dando desde el siglo XVIII.

A pesar de su asociación con la idea de monarquía, por su origen histórico, el término soberanía pasó del antiguo régimen al constitucionalismo de los siglos XIX y XX, porque la Revolución Francesa reivindicó este poder del rey, absoluto e ilimitado, situándolo en el pueblo.

Se distinguen dos planos de la soberanía: soberanía política y soberanía legal. La primera puede describirse como la soberanía en el Estado y la segunda, como la soberanía del Estado.

⁵J. Bodin. *Los seis libros de la República*. 1576. "Soberanía es el «poder absoluto y perpetuo de una República; y soberano es quien tiene el poder de decisión, de dar leyes sin recibirlas de otro, es decir, aquel que no está sujeto a leyes escritas, pero sí a la ley divina o natura; "si decimos que tiene poder absoluto quien no está sujeto a las leyes, no se hallará en el mundo príncipe soberano, puesto que todos los príncipes de la tierra están sujetos a las leyes de Dios y de la naturaleza y a ciertas leyes humanas comunes a todos los pueblos".



Fue durante el siglo XVI que se utilizó la palabra Estado, con el fin de identificar toda comunidad política estatal. Le corresponde, pues, al Renacimiento el honor de haber implantado el nombre moderno de Estado, porque es este período histórico que estima como cuna de su nacimiento, cuando Nicolás Maquiavelo (1469-1527), en su obra *El Príncipe*, usó la expresión *lo stato* por primera vez, para referirse a un nuevo status político.

En relación con esta afirmación, Norberto Bobbio escribe que “esto no quiere decir que la palabra fue introducida por Maquiavelo. Minuciosas y amplias investigaciones sobre el uso de Estado, en el lenguaje de los siglos XV y XVI, muestran que el paso del significado común del término status de “situación” a “Estado”, en el sentido moderno de la palabra, ya se había dado mediante el aislamiento del primer término en la expresión clásica *status reipublicae*.”⁶

Actualmente, se mantiene una terminología precisa para referirse al Estado como fenómeno político que cambia constantemente; las palabras poder, pueblo, nación y potencia, designan lo que propiamente es el Estado. Muchos autores usan estas palabras y alguno dice que son impropias porque, en todo caso, ellas identifican una parte del fenómeno que estudiamos y no su totalidad. Al respecto, cabe mencionar a Juan Bodino, en su obra *Los Seis Libros de la Historia* (1576), quien emplea la palabra República como sinónimo de Estado, aunque la reserva para referirse a formas concretas de organización, como ejemplo, se refiere al Estado aristocrático en contraposición al Estado popular democrático.

Preciso resulta, llegado a este punto, que, en comparación con los vocablos de noción y concepto, entendemos por definición aquella proposición que expone con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales de una cosa material o inmaterial.

Un vago precedente de Estado es la expresión *status reipublicae*. La República es un sustantivo para los romanos y *status* consistía en una fórmula general para referirse a una situación jurídica. Con el tiempo, República llegará a entenderse como la

⁶ N. Bobbio. *Estado, Gobierno y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica. 1994. Pág. 95



comunidad política y no una forma de gobierno. Maquiavelo⁷ recoge el vocablo en el lenguaje de las cancillerías con un valor secundario e impreciso, por medio de polémicas sobre la razón de Estado.

El uso impreciso del término Estado, desde el siglo XIV, se estabiliza en la medida que se afirma y consolida como una organización de poder, unos órganos más sus funciones y un obrar autónomo. Su uso se da en forma lenta, pues en el siglo XVIII el término solo aparece esporádicamente en los textos políticos o en disposiciones legales, especialmente para nombrar la unidad política con referencia al orden externo, definiéndose en forma indiferente como nación o como Estado. Desde el segundo tercio del siglo XIX, puede decirse que Estado es un término y un concepto habituales aunque sin uso teórico definido y claro.

Definir al Estado es una ardua tarea que se impusieron los seres humanos desde hace mucho tiempo. Cada definición ha sido producto de la misma época que vivió aquel que la intentó y hasta el presente no ha sido posible completar la tarea. Como consecuencia, encontramos en el devenir histórico diversas intenciones de encuadrar al Estado en un sector concreto de la realidad y establecer las notas que lo individualizan.

El Estado, dijo Platón, que era un ente ideal; Aristóteles, una sociedad perfecta. Los romancistas -entre ellos Hegel⁸ y Savigny⁹- lo consideraron como un ser espiritual. Emmanuel Kant dijo que era una reunión de hombres que viven bajo leyes jurídicas. Kelsen¹⁰ identifica al Estado como una ordenación de la conducta humana; y Carré de Malberg¹¹, como un conjunto de elementos heterogéneos. Duguit¹² dice que: es una agrupación humana fijada sobre un territorio determinado, donde los

⁷A. Gramsci. *Notas sobre Maquiavelo, sobre política y sobre el Estado moderno*. México: Juan Pablos Editor.1975, Pág. 110

⁸ H. Wilhelm Friedrich. *Fenomenología del Espíritu*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998

⁹ F. Savigny. *De la vocación de nuestro tiempo por la legislación y la jurisprudencia, (Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg, 1814

¹⁰ Kelsen, *La Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Losada, S.A., 1946, Pág.150

¹¹ Cfr. R. Carré de Malberg. *Teoría General del Estado*. 2ª. Ed. en español, trad. de José Lión Depetre, prefacio de Héctor Gross Espielli. México: Fondo de Cultura Económica-UNAM, Facultad de Derecho, 1998

¹² Cfr. D. León. *Soberanía y libertad*. Madrid, España: Francisco Beltrán. 1924



más fuertes imponen su voluntad a los más débiles. En Burdeau¹³, se observa el planteamiento en torno a que, los gobernantes no son sino agentes de ejercicio de poder esencialmente pasajeros.

Como complemento de las posturas definicionales anteriores, se considera de suma importancia el pensamiento que sobre el Estado externa Heller,¹⁴ acerca de que “es un centro real y unitario de acción, que existe en la multiplicidad de centros de acción reales y autónomos, ya individuales, ya colectivos” y, en seguida, agrega que “es absolutamente exacto decir que el Estado es algo más que la ‘suma’ de los individuos que lo forman”.

Se toma en cuenta para el nacimiento y conservación de la unidad estatal, los vínculos vitales e impulsivos, los lazos de la psicología colectiva y la imitación, los geográficos, nacionales y económicos e incluso jurídicos, todas las comunidades naturales e históricas, todos los factores de integración reales y funcionales, y que la unidad de una acción humana consciente, de una formación consciente de unidad, como organización.

Es así como el filósofo alemán concluye que “al analizar, la ordenación el pueblo, el territorio y los órganos del Estado, no hay que olvidar en ningún caso que estos elementos del Estado solo adquieren plena verdad y realidad en su recíproca interrelación.”¹⁵

Como comunidad política contemporánea, el concepto de Estado tiene tres sentidos:

- Comprender únicamente los problemas que afectan a la estructura y significación el grupo políticamente ordenado (sociedad o convivencia con un orden vinculante);
- Restringirlo como un término genérico que designa la unidad social políticamente ordenada, lo cual no es claro ni útil, sino que debe referirse a la

¹³ Cfr. G. Burdeau. *Método de la ciencia política*. Buenos Aires, Argentina: Depalma Editores. 1964.

¹⁴ H. Herman. *Teoría del Estado*. 2ª. Ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, Pág. 80

¹⁵ *Idem*



comunidad política histórica que aparece en el renacimiento y llega hasta la actualidad; y

- El Estado, como régimen de comunidades políticas con requisitos de organización, es un punto de civilización, o sea grupo humano asentado en un territorio; es un régimen jurídico con una unidad de derecho (la Constitución), con un cuerpo de funcionarios; es la unidad de poder autónomo, centralizado y delimitado sobre base territorial que define y garantiza ese orden; y es unidad de valor: el bien público, como objetivo de la empresa de gobierno y criterio de orden.

Subjetivamente, se manifiesta en las personas como sentimiento de vinculación a la unidad social y como voluntad de un bien público para una comunidad concreta; y objetivamente, es la forma contemporánea de organización de la convivencia con valor moral y político.

Sobre las funciones del Estado, es pertinente aclarar que han tenido una evolución definicional con el transcurso del tiempo. Durante la Edad Media, el soberano tenía solo algunas de las funciones que el Estado moderno reclama hoy en día, el poder y sus funciones los compartía con la iglesia, los nobles, propietarios, caballeros y otros privilegiados; e incluso, en ocasiones, el soberano tenía que realizar alianzas externas para poder controlar los grupos de interés dentro de su territorio.

Dice Heller que la función del Estado “viene de una situación natural y cultural, pues, cuando una comunidad se asienta en un lugar determinado tiene que organizarse de tal manera que pueda proteger sus límites con pueblos adyacentes. Esta relación por lo regular no es de una manera pacífica y genera mucha competencia con pueblos vecinos, por esto, el Estado debe facilitar la organización interna para la división del trabajo y establecer las relaciones de intercambio e interdependencia.”¹⁶

¹⁶ H. Heller, Ob. Cit., Pág. 126



A las relaciones entre grupos de interés que se dan en el territorio delimitado se denomina política. En cuanto a esto, Susan Strange¹⁷ apoya la idea de Bertrand Jouvenal,¹⁸ de que la política está presente en situaciones en las que es necesario contar con la participación de un grupo de personas o contar con la voluntad de ciertos individuos, para realizar un proyecto determinado por un grupo o incluso por un individuo.

Consecuentemente, gran parte de la actividad del Estado está relacionada con esta última; sin embargo, no toda actividad del Estado es política, solo aquella relacionada directamente con la dirección y que ocasiona cambios en la división del poder estatal.¹⁹ Aunque en ocasiones de tensión política cualquier actividad administrativa puede utilizarse como tal, esta situación solo se da en contadas ocasiones y no es la regla en países con gobiernos estables.

Dentro del Estado no solo el gobierno es el que realiza actividades políticas sino que también otros grupos de interés que “pretenden por lo menos dirigir cierto sector de la vida comunitaria, el objetivo principal de estas organizaciones es tomar parte dentro de la estructura estatal y plasmar su influencia de manera jurídica.”²⁰

Todo poder estatal, por necesidad existencial, tiene que aspirar a ser poder jurídico, pero esto significa “no solamente actuar como poder en sentido técnico-jurídico sino valer como autoridad legítima que obliga moralmente a la voluntad. Esto con el fin de lograr un ordenamiento social territorial justo.”²¹

El instrumento adecuado para regir la vida en comunidad bajo criterios morales y de justicia es el derecho. El Estado pretende que basándose en derecho cada uno reciba lo que le corresponda según sus facultades y obligaciones y así se cree una justa relación. Por lo tanto el Estado está justificado en lo que respecta a la

¹⁷ Cfr. S. Strange. *La Retirada del Estado*. Madrid, España: Intermóm Oxfam Editorial. 2001

¹⁸ Cfr. B. de Jouvenal, Bertrand. *Sobre el poder: Historia natural de su crecimiento*. Biblioteca de la Libertad. ElCato.org y Liberty Fund, Inc., 2008 Sitio: <http://www.elcato.org/files/sobre-el-poder-libro-electronico.pdf>

¹⁹ H. Heller, Ob. Cit., Pág. 263

²⁰ *Idem*, Pág. 264

²¹ *Idem*, Pág. 278



organización necesaria para asegurar el derecho en una determinada etapa de evolución.

Heller afirma que es en el Estado moderno “donde alcanza el más alto grado de seguridad jurídica el status social del derecho, tanto en relación con la certidumbre de sentido como con la de ejecución, porque la organización jerárquica de aquél dispone de un cuerpo extraordinariamente diferenciado desde el punto de vista técnico, integrado por órganos dedicados al establecimiento, aplicación y ejecución del derecho positivo. Para garantizar tan alto grado de seguridad jurídica es supuesto necesario la soberanía del Estado.”²²

El Estado, en su función de directriz de instrumentalización de la serie de elementos, funciones y componentes que le dan vida como organización humana, tiene que desarrollar funciones económicas en beneficio de la población que dinamiza su ejercicio. Una de las principales funciones del Estado dentro de la economía es “regular los intercambios, pues, causas económicas tienen consecuencias políticas y viceversa, sin embargo, la actividad del Estado en este sentido no se basa en el poder económico sino en el poder político.”²³

La razón principal por la cual el Estado contemporáneo tiene que influir en la economía es porque el sistema capitalista de libre mercado no atiende a cuestiones de justicia y equidad, ni de bienestar social, simplemente sigue la ley del máximo rendimiento.

Otro de los factores por los cuales el Estado se ve interesado en participar en la economía, se debe a que el poder político de los Estados se ve limitado por el de otros Estados, mientras que las fuerzas económicas mismas no tienen límites, la economía nacional es una ficción, pues esta simplemente se encuentra en los límites territoriales. El Estado pretende que sus límites territoriales coincidan con los límites de ciertas economías que permitan el bienestar de su población, puesto que la anterior le ofrece frutos políticos.

²² *Idem*, Pág. 284

²³ *Idem*, Pág. 287



1.3 Estado y sociedad

En este rubro, es preciso diferenciar los conceptos de sociedad y Estado. En ese sentido, de manera más simple, se puede decir que sociedad es el género y que el Estado es una de sus posibles especies. Desde otro ángulo, sociedad es un término muy amplio; comprende cualquier conglomerado humano sin importar su forma, modalidad, extensión o grado de desarrollo y puede definirse como la reunión de personas que llevan una vida en común; resultado, pues, de la propia naturaleza humana, pues toda persona es un ser social por naturaleza: Nos comunicamos, transmitimos saber, manifestamos sentimientos o imponemos conductas por medio de un mandato. En este sentido, Max Weber menciona una forma de obrar social que define como conducta humana referida a otro.

Esta concepción se puede llamar subjetiva, porque es una relación entre sujetos: donde A se dirige a B, para producir en B un efecto y, además, porque sociedad o convivencia también significa formas de pensar, de obrar o de sentir de un sujeto al que se le impone exteriormente una presión en cierta manera anónima: formas de vestir, de saludar, de comportamiento ordinario en el trato social, entre otras.

En otros casos, se debe acatar normas jurídicas cuya inobservancia puede representar una sanción, lo cual da a lugar a que se llame objetiva a esta segunda forma de entender los hechos sociales que son estables; es decir, usos o reglas jurídicas que duran en el tiempo, con independencia de quienes los establecieron. En cierta manera anónimas, porque adquieren consistencia independiente de quienes las crearon.

Son consistentes en sí mismas porque se manifiestan por medio de instrumentos externos, distintos de la inmediata comunicación humana. Esas expresiones objetivas de la sociabilidad humana se dan siempre en una comunidad; y por último, las formas objetivas, aunque se califiquen de estables, no son permanentes porque los usos y las normas jurídicas cambian por la naturaleza histórica del ser humano, hay transformación y cambio, que hace variar a sus instituciones.



Hauriou hace referencia a las instituciones aludidas al expresar que “su estructura es dualista, en parte objetiva y en parte subjetiva” y la compara con un tejido donde la urdimbre representa el orden y está formado por ideas objetivas; mientras que la trama, el poder y la libertad, están formadas por la voluntad y las pasiones subjetivas de los seres humanos.²⁴ Agrega, también, que el contenido de esa sociedad ofrece dos objetivos de conocimiento: los acontecimientos, obra subjetiva de las personas, y las instituciones, el sedimento objetivo.

Las instituciones se refieren a todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad de individuos determinados, porque son obra de una individualidad, y la realización histórica de una idea que se convierte en obra social; es decir, se madura en un medio y se independiza de aquella individualidad subjetiva mediante adhesiones a su servicio como órganos de su estructura y su vida social perdura en la vida de quienes la integran. Su existencia se adhiere a las necesidades que satisface y a la justicia que la anima.

La institución, como objetivo del medio social, devora las mismas voluntades que la sirven y se manifiesta con una eficacia real sobre la acción humana. Los diversos tipos de institución terminan en aquella que alcanza personalidad moral y jurídica, tal como lo expresa Porrúa Pérez, quien advierte que “no obstante la actividad incesante de los hombres que integran la sociedad, las notas de nuestro ente de estudio permanecen invariables porque el Estado es una institución con personalidad moral, a la que el orden jurídico atribuye derechos y obligaciones que la hacen una persona jurídica.”²⁵

En el análisis de conocimientos para determinar que el Estado es una organización política definida por el Derecho, se pueden encontrar tres elementos: la estructura social, la organización política y las constituciones. Al respecto se dice:

a) Como comunidad viva de personas, el Estado es un tejido de relaciones recíprocas donde las personas aparecen situadas en relación con los demás -

²⁴ M. Hauriou. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Granada, España: Comares. 2003, Pág. 215

²⁵ F. Porrúa Pérez. *Teoría del Estado*. México: Editorial Porrúa, S.A. 1958, Pág. 378



gobernante o gobernado, empresario u obrero sindicado, padre o hijo- y a otras formas de conducta que corresponden a su situación. Dentro de la sociedad, las relaciones se pueden definir como estratos o situaciones comunes para muchos miembros de la misma - clase media o clase obrera - o bien, cabe definirlos dentro de grupos con un sistema estable de relaciones, por ejemplo: la familia, un partido político, entre otros. El resultado de una situación se llama status; a las formas de conducta, que derivan típicamente de esta situación, se les denomina: roles, papeles, pautas o expectativas de conducta;

b) La organización política es el resultado de los procesos que establecen un orden jurídico vinculante con la convivencia. Ese orden jurídico vinculante aparece definido, impulsado y garantizado por agencias del poder público establecido deliberadamente en la comunidad. A esta organización política es a la que hoy se le llama Estado, que es una forma social objetiva que presiona externamente la conducta de los individuos mediante la definición y cumplimiento del Derecho; y,

c) La Constitución, derecho básico de organización de un Estado, ha variado históricamente en función de la ideología y de la estructura social de los países. Representa el cuadro normativo de un proceso jurídico dinámico; y define la esfera de acción del poder o los poderes públicos y las esferas de acción o de libertad de los miembros de la comunidad.

Los tres elementos indicados anteriormente están fundidos en una realidad: el Estado. Los procesos y las tensiones sociales se modelan y resuelven en el ámbito de un orden jurídico político. Por tanto, se considera la relación dinámica entre sociedad y Estado en los siguientes términos: desde la estructura social se elevan los impulsos y demandas a la organización política que ésta recibe, reelabora y en su caso resuelve en respuestas, que son actos jurídicos, como decisiones administrativas, normativas y judiciales, que a su vez modelan la estructura social y repercuten en nuevos impulsos de satisfacción, protesta o apoyo.

1.3.1 Elementos constitutivos de la relación Estado-Sociedad



1.3.1.1 El grupo humano

Cuando el grupo humano es objeto de estudio, es preciso hablar de nación y pueblo, con el propósito de identificarlos con fenómenos políticos o decisiones que tienden a constituir, desarrollar, defender o transformar un orden vinculante de convivencia en la sociedad. Esos fenómenos se dan en el marco de comunidades que se llaman naciones, pero encontramos que es imposible escribir una definición breve y didáctica de nación. Su concepto alcanza a decir que es una especie de sociedad humana caracterizada por su alto grado de evolución sociológica e histórica, con diversos elementos comunes que con el tiempo generan un sentimiento reiterado de solidaridad y destino.

En cuanto a nación, es el conjunto de los habitantes de un país regidos por un mismo gobierno. El pueblo, por su parte, se entiende que es el grupo humano sobre el que el Estado se organiza, idea que coincidiría con nación y en muchos de sus usos estos dos términos son intercambiables. En todo caso, por pueblo se entiende siempre algo más que la mera suma de los seres humanos que componen un Estado.

Asimismo, se le llega a identificar como una comunidad natural y espiritual y, en cierta forma, es expresión de una comunidad de cultura por tradiciones, usos, lengua, expresiones artísticas comunes y quizá una voluntad común de independencia y autogobierno. Con estos últimos términos, es que se llega a confundir pueblo con nación y, posiblemente, la distinción entre ambos vocablos está en la existencia que crea un régimen jurídico común para los que componen el pueblo y de este modo pueblo puede concebirse como una unidad de población ordenada.

1.3.1.2 El poder público o autoridad

Gracias a la evolución de las ideas, en la actualidad se considera que es un atributo que le corresponde al pueblo como grupo en convivencia, en donde se manifiesta



como acción política que expresa una energía espiritual y material capaz de configurar un orden positivo de derecho.

La acción política que se expresa como poder es, según Hauriou,²⁶ “una empresa, un esfuerzo, una ventura polémica que en su estructura tiene tres elementos:

- a) Energía impulsora del poder que configura la misma comunidad política, en la medida que determina la obediencia de quienes integran esa comunidad y les impone el cumplimiento de normas de conducta y las reforma o renueva;
- b) El fin de paz y los objetivos concretos que el poder se propone, siendo así que el poder es un principio directivo hacia unas metas; y
- c) Este poder político, como energía social, gobierna ordenando una pluralidad de conductas individuales, o sea que las coordina y las orienta hacia objetivos propuestos.”

El poder, en resumen, no solo es principio de impulsión y dirección, sino también de unificación y coordinación, de orden, de una pluralidad de conductas a través de preceptos jurídicos.

1.3.1.3 El Derecho

En perspectiva de la actividad política, el Derecho se presenta como la institucionalización del orden y está orientado al cumplimiento de dos funciones:

- a) Dando a cada uno lo suyo, presta las condiciones necesarias para el desenvolvimiento de su existencia y se revela así como un instrumento de la vida que pone a nuestro servicio, las cosas y las prestaciones del mundo externo, lo que es nuestro porque el derecho es necesario para el desenvolvimiento de la existencia.
- b) El Derecho, con esa medida de lo suyo a cada uno y de lo que se deben entre sí como suyo los miembros de una comunidad da lugar a la justicia conmutativa y, la comunidad con sus miembros, da lugar a la justicia distributiva y legal, y define las

²⁶ M. Hauriou, *Ob. Cit.*, *Supra* 4, Pág. 75



distintas posiciones y relaciones, distribuye y coordina los elementos de la convivencia humana - personas, cosas, instituciones, entre otras - y establece el orden social.

Por consiguiente, el derecho resulta como un elemento de organización de la estructura de la sociedad que realiza doble función simultáneamente, o sea, servir a la persona y definir el orden social.

1.3.1.4 La soberanía

La soberanía ha sido durante muchos años el concepto central de una teoría política. Esta hace referencia al lugar que ocupa el Estado en sí mismo, dentro del conjunto de las organizaciones humanas. Jurídicamente, significa que ese Estado es el máximo poder dentro de una nación, que se impone a todos y que no hay nada por encima de él. Significa suprema autoridad o mando superior o, como afirma Ferrero, “se define como la competencia estatal al mando.”²⁷

Etimológicamente, la soberanía alude a un poder que, comparativamente, se hace independiente de todos los poderes; como poder supremo y jurídico del Estado, en el orden práctico se traduce en el Poder Constituyente, que significa formular y sostener una Constitución; en el Poder Legislativo, que tiene facultades para desarrollarla, completarla y, eventualmente, suplirla; y, en el gobierno, la administración y la jurisdicción.

La doctrina de la soberanía, en su origen, tiende a identificarla con la descripción jurídico-política del poder del príncipe que con el término de soberano, se apropiara de ella hasta identificarse con la misma. Más tarde, cuando la doctrina del contrato social, perfeccionada por Rousseau, desplaza esta soberanía del príncipe, es para construir un tipo opuesto de régimen que, sin embargo, presupone la atribución a un sujeto de la soberanía, de donde surge la soberanía del pueblo que sustituye a la soberanía del monarca, pero sin modificar esencialmente sus caracteres.

²⁷ R. Ferrerol. *Ciencia Política*. Lima, Perú: Editora y Distribuidora Grijley. 1998, Pág. 193



Esto significa que es algo intrínseco a la institución, indelegable e inalienable, es imposible que se transfiera a una persona en particular o a un grupo, ya que la soberanía reside esencialmente en la nación del Estado; permanente, pues existe en tanto exista el Estado y no se agota por el hecho de su ejercicio; e imprescriptible, ya que por el hecho que sea ejercida por un grupo o por un solo individuo, no significa que haya prescripción.

El ejercicio de la soberanía trae consigo dos consecuencias: la primera consiste en que el Estado posee un poder de auto-organización, ya que fija o establece sus propias reglas al respecto y no se concibe la intervención de otros estados. Esa operación la hace el Estado por medio de la Constitución Política, la cual es el resultado del poder constituyente; la segunda consiste en que el Estado tiene el poder de expedir normas jurídicas, cuyo cumplimiento es obligatorio para quienes lo integran, transitoria o definitivamente.

Lo anterior no significa que los órganos emisores de esas normas sean soberanos. En cualquier caso, si hubiere un problema de esa índole, surge el control constitucional de las leyes.

1.4 Los derechos fundamentales, la democracia y los estados de excepción

Los estados de excepción producen diversos efectos en la vida constitucional de los Estados y en la vigencia efectiva de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

El funcionamiento de las instituciones democráticas, políticas y civiles de la sociedad experimentan cambios sustanciales. Los partidos políticos se ven limitados al restringirse el ejercicio de los derechos de participación política, que según el Derecho Internacional convencional son de carácter inderogable.²⁸ Las posibilidades de participación de los sectores de oposición política son menores al cerrarse los espacios democráticos como consecuencia de la instauración del estado de emergencia excepcional. Los espacios de participación política se ven disminuidos

²⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 27



especialmente por la restricción de los derechos políticos y las libertades democráticas, situación que afecta directamente el normal funcionamiento de las instituciones políticas, y con ello, se afectan los procesos electorales y la participación en todo sentido.

Los estados de excepción, por otra parte, producen alteraciones en la vida jurídica institucional. La legislación de excepción modifica el ordenamiento jurídico, especialmente en materia de leyes penales sustantivas y procesales. Se observan ciertos cambios en la forma de impulsar los procesos de investigación judicial y policial por determinados delitos o hechos punibles relacionados con la situación de crisis.

Fundamentalmente, se observa una alteración en el equilibrio de los poderes del Estado, al producirse la concentración de poderes en el Ejecutivo y el consecuente debilitamiento del poder Judicial ordinario, que en algunos casos se ve desplazado por la jurisdicción militar, perjudicando sustancialmente la independencia judicial, propia de un Estado de Derecho.

“La permanencia o prolongación excesiva de las medidas de excepción da lugar a una inversión de la legalidad vigente, al convertir prácticamente a las normas constitucionales y al Derecho Internacional convencional, así como al Derecho Procesal Penal interno, en la excepción, mientras que las normas especiales de excepción se convierten en la regla.”²⁹

Los estados de excepción, también, alteran sustancialmente la vida social y económica de la sociedad; distintas actividades se ven obstaculizadas al no haber condiciones para su pleno desarrollo, entre ellas, las de índole religiosa, cultural, educativa, deportiva, científica, académica, productiva y laboral. Estas alteraciones en la vida social y política de una comunidad inciden directamente y de manera negativa en la democracia, al producirse una restricción en los niveles de participación en lo social y en lo político. Esto, a la vez, debilita el mismo proceso

²⁹ F. Meléndez. *Los Derechos Fundamentales en los Estados de Excepción según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid, España: Universidad Complutense, 1997, Pág. 69



democrático y lo afecta de tal manera que produce un estancamiento en los distintos sectores de la vida económica, social, política y cultural.

Los Estados, por lo general, hacen uso de recursos oficiales para fortalecer los mecanismos de defensa y de seguridad pública, ante situaciones de emergencia. Recursos destinados para el desarrollo y para los servicios públicos con fines militares, de seguridad pública y defensa, lo cual afecta la economía nacional y provoca prácticamente un estancamiento económico que se siente con mayor rigor en los países en vías de desarrollo.³⁰ También puede observarse en estos estados de emergencia, el impacto en el goce y ejercicio efectivo de ciertos derechos y libertades, especialmente en los derechos individuales, las libertades democráticas y las garantías del debido proceso.

Los estados de excepción, como es natural, conllevan medidas que restringen el ejercicio de ciertos derechos y garantías que son susceptibles de suspensión temporal por razones de extrema necesidad. Las libertades públicas se ven alteradas en su ejercicio, y, en algunos casos de crisis prolongadas, se afecta el contenido esencial quedando reducidas a simples categorías jurídicas formales, sin posibilidad de ser ejercidas en la vida institucional y sin lugar a ser protegidas por las respectivas garantías jurídicas, especialmente por las garantías de la justicia constitucional.

La libertad de expresión y opinión, la libertad de prensa y la libertad de reunión, manifestación pública y de asociación, al igual que otros derechos humanos, también reciben el mayor impacto en los estados de excepción dada su naturaleza y su íntima conexión con las situaciones de crisis extraordinarias. Su condición jurídica se deteriora aún más cuando se adoptan medidas que afectan de manera general o indefinida su ejercicio práctico.

Se ha podido observar en algunos países, especialmente latinoamericanos, la restricción indefinida de las libertades públicas o la suspensión por largos períodos. Se ha restringido el ejercicio incluso respecto de acontecimientos de carácter

³⁰ *Idem*, Pág. 71



económico, laboral, religioso, educativo, cultural, deportivo y social, que en vez de contribuir al restablecimiento de la normalidad, sino por el contrario, tales medidas han incrementado o agravado las crisis que se pretenden superar. Se han tomado medidas de excepción que prohíben la difusión de todo tipo de noticias, incluso de aquellas que no tienen relación alguna con las crisis excepcionales, desnaturalizándose con ello el objetivo de tales medidas.

En este sentido, se ha prohibido la difusión de noticias internacionales y de noticias locales sobre la vida civil. Se ha observado por largos períodos la emisión de cadenas nacionales de radio y televisión, y una censura amplia de los medios de comunicación social, sin dejar lugar a que la ciudadanía pueda tener acceso a otras opciones de información o comunicación con el mundo exterior.

En los estados de excepción también se suspenden regularmente otras garantías del debido proceso, entre ellas: el derecho de protección contra la detención ilegal o arbitraria; el derecho de los detenidos a ser informados de manera inmediata y comprensible de los motivos o razones de su detención, de los derechos que tiene como imputado y de la autoridad a cuya orden está detenido; el derecho de las personas detenidas a ser tratadas con el respeto debido a su dignidad humana; el derecho a que en materia penal se garantice el principio de responsabilidad penal individual; el derecho a igual protección de la ley y de los tribunales de justicia; el derecho a estar presente en el juicio; y, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas.

Las garantías judiciales antes descritas son objeto de suspensión temporal en la mayoría de los estados de excepción. “Esta restricción se observa aun cuando no existe necesidad imperiosa de parte de los Estados de hacer uso de tales medidas, para con ello contribuir al restablecimiento de la situación de crisis. Su derogación o suspensión agrava aún más la protección de los derechos inderogables en los



estados de excepción, ya que estos derechos quedan desprotegidos y sin control jurisdiccional frente a los abusos y arbitrariedades de los Estados.”³¹

El derecho a la educación se ve debilitado en el goce y ejercicio y cuando se impulsan algunas medidas de excepción, tales como la restricción a la libertad de movimiento o locomoción, la libertad de expresión y reunión, y el derecho a la inviolabilidad de los centros de trabajo. Dichas medidas restringen el ejercicio de la libertad de cátedra e impiden el acceso a los centros de estudio, especialmente centros universitarios y de enseñanza superior, debido al impulso de medidas que conllevan la ocupación militar o el cierre de las instalaciones educativas.

“En algunos países se ha observado registros y allanamientos en dichos centros, con decomiso, destrucción de literatura científica, y daños y sustracción de bienes destinados a actividades estudiantiles y docentes.”³²

El impacto negativo de los estados de excepción en la vida democrática institucional y en el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales se agrava aún más por el desconocimiento generalizado que existe sobre las distintas normas jurídicas internas e internacionales que regulan los estados de excepción. Puede observarse con frecuencia el desconocimiento que a este respecto existe entre diversos sectores políticos, sectores de gobierno, legisladores, jueces, autoridades y funcionarios civiles y militares, e incluso, en los gremios de profesionales del Derecho.

Las distintas medidas de excepción que impulsan regularmente los Estados en este tipo de circunstancias demuestra claramente que no solo se toman medidas permitidas por el ordenamiento jurídico constitucional e internacional. Se adoptan también medidas contrarias a las normas convencionales vigentes, restringiéndose

³¹ F. Meléndez, Ob. Cit., Pág. 73

³² Un ejemplo de ello sería que en varios países latinoamericanos se han intervenido militarmente centros de estudio universitarios en ocasión de los estados de excepción o estados de sitio. En El Salvador, la Universidad estatal fue intervenida militarmente en varias ocasiones en las décadas de los 70 y 80, del siglo pasado, y permaneció cerrada de manera indefinida durante varios años, mientras estuvo vigente la suspensión de garantías constitucionales, durante los regímenes militares y el conflicto armado.



los derechos y garantías más allá de lo estrictamente necesario y de lo permitido por el marco de un Estado de Derecho.

“Por lo tanto, es necesario afirmar la necesidad de regular adecuadamente los estados de excepción de tal manera que su impacto en las instituciones democráticas y en el goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales, no altere sustancialmente el funcionamiento y objetivos de dichas instituciones, ni afecte la naturaleza y el contenido esencial de los derechos fundamentales, que deben ser protegidos en una sociedad democrática.”³³

1.5 Los estados de emergencia extraordinarios en conexión con la soberanía, la democracia y la violencia

El Estado en la modernidad se aparece ante los antagonismos que cruzan el orden social y los mecanismos democráticos consagrados por el derecho a procesar los conflictos y regular el poder. Es inevitable que el antagonismo se muestre aquí en su más radical sentido de límite de la objetividad, y haga estallar la contingencia desde el corazón mismo de la necesidad del orden anhelada por el Derecho.

Por virtud de la construcción de la legitimidad del ejercicio de la soberanía de los Estados modernos sobre el sostén mítico de una soberanía popular, el pueblo está y no está en el Estado. Esto puede reflejarse en el fracaso de la representación política en la producción normativa, cuando no hay participación de la sociedad en el proceso, por lo que la ficción de la soberanía popular representada se literaliza.

Por otra parte, también se puede reflejar en otra posibilidad: que la ficción representativa pierda, por lo menos parcialmente, su literalidad y exista la posibilidad de que si no es el pueblo, por lo menos algunas fuerzas sociales consigan desvanecer la separación entre sus identidades y la universalidad del Estado.

La definición sociológica clásica de Estado, dada por Weber, puede que sirva como metáfora para ilustrar esta posibilidad. “Por Estado -dice Weber- debe entenderse

³³ F. Meléndez, Ob. Cit., Pág. 74



un instituto político de actividad continuada, cuando y en la medida en que su actividad administrativa mantenga con éxito la pretensión al monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente.”³⁴

Es de considerar aquí, que Weber ha obviado un momento lógico previo que subvierte la aparente suficiencia óptica del Estado para realizar las operaciones mencionadas en la definición. Para que el Estado pueda tener monopolio legítimo de la violencia o de cualquier cosa, antes debió arrogarse el monopolio de lo legítimo. Lo legítimo en esta definición remite al Derecho que funda las acciones del Estado.

La legitimación del Derecho consta en dos discursos sobre el orden social: el de la justicia que lo funda y funda a sus instituciones, incluyendo al derecho, y el de la vigencia de las normas jurídicas. Por ello, se puede hablar de un Estado cuya universalidad está significada en términos de pretensión de monopolio de la objetividad del orden social.

La pretensión de monopolizar la objetividad es la pretensión de fijar sentidos, reprimir objetividades alternativas, controlar la contingencia del orden social mediante la fijación de campos discursivos significados como legítimos, lo que en discurso schmittiano se diría “ejercer el monopolio de la decisión política.”³⁵

Pero no ha de pensarse que el monopolio del discurso consista simplemente en el objetivo de imponer una cadena significativa homogénea y articulada. El sentido con pretensiones de monopolio de la objetividad viene de un sujeto sobredeterminando, es, por decirlo en propuesta lacaniana, el deseo de otro (proteico). Puesto en el tiempo, el monopolio del discurso se limita a buscar una articulación efectiva de las relaciones significadas en la objetividad del orden social que, por decirlo con la famosa frase de Claude Lefort, es “potencialmente de todos y materialmente de nadie.”³⁶

³⁴ M. Weber, Ob. Cit., Págs. 43-44

³⁵ C. Schmitt. *El concepto de lo político*. Madrid, España: Alianza Editorial, 2006. Pág. 40

³⁶ C. Lefort [1981]. “Derechos del hombre y política, en Claude Lefort, *La invención democrática*. Buenos Aires, Argentina: Nueva Visión, 1990, Pág. 129



De ahí, que el Estado democrático moderno sea, por excelencia, el momento de la hegemonía, y que la conquista de la soberanía como forma funcional de la universalidad vacía del Estado, sea uno de los más preciados fetiches, si no el que más, del antagonismo social.³⁷

Pero como ni el Estado ni las fuerzas sociales desaparecen, la brecha entre la identidad y la universalidad del Estado son entidades literales, las significaciones rivales de la objetividad jurídica y del orden social pululan y destruyen la posibilidad de un cierre definitivo de la sociedad por parte de un sistema de poder. El Estado no es, pues, un grupo entre los antagonismos que sea constitutivamente externo a las diversas fuerzas sociales, sino el momento de la universalización contingente y precaria de una o algunas de estas.

La universalización de la fuerza social que ocupa el Estado ocurre cuando esta resignifica su identidad, de tal modo que se vuelve la legítima productora, intérprete y/o ejecutora de la objetividad jurídica. Mediante esas operaciones, adquiere la facultad de monopolizar el poder y de reprimir las alternativas a esa objetividad oficial. El momento de la coacción física es posterior.

La diferencia constitutiva del Estado es la objetividad, la cual logra articular el sentido de que dota a las relaciones, los medios y los fines que adquieren su sentido dentro de la objetividad, y no la violencia legítima, de la cual puede disponer cualquier fuerza social que logre significar la legitimidad de su uso.

La posibilidad misma de que la violencia actúe contra la fuerza social en el poder, es lo que inspira la distinción entre una violencia dentro y una violencia fuera de lo legítimo, que solo vale ante el supuesto de que una fuerza monopoliza contingentemente la objetividad dominante. Cuando la violencia fuera de lo legítimo amenaza a la que está dentro, dice el derecho que el Estado decreta el Estado de

³⁷ En la *Crítica del Programa de Erfurt*, Engels hace de esto un programa político socialista al señalar: “donde la representación popular concentra en sus manos todo el poder, donde se puede hacer por vía constitucional todo lo que se quiera, siempre que uno cuente con la mayoría del pueblo [...] está absolutamente fuera de duda que nuestro partido y la clase obrera sólo pueden llegar a la dominación bajo la forma de la república democrática. Esta última es incluso la forma específica de la dictadura del proletariado, como lo ha mostrado la Gran Revolución francesa.”



Excepción. La amenaza es leída como necesidad y está como fundante de la suspensión del derecho.

1.5.1 Estado de Excepción y violencia al interior de los Estados

¿Cuáles son las violencias que operan al exterior de un ordenamiento jurídico positivo?, es decir, ¿qué hay más allá de los límites discursivos del Derecho? Giorgio Agamben ofrece algunas pautas, indicando que, “en cuanto suspensión del propio orden jurídico, el Estado de Excepción define el umbral o concepto límite. Más allá de sus linderos, existe una suerte de franja de indecidibilidad entre el mundo de lo jurídico y el de lo político en que puede llegar a convivir la guerra civil, la insurrección y la resistencia.”³⁸

Por ello, el Estado de Excepción es el momento en que la anormalidad es dispuesta al servicio de la fuerza social que pretende monopolizar la objetividad del orden social, la fuerza que se asume como significación de la normalidad. Ese es el orden vigente que busca conservar la fuerza que ocupa el Estado: su monopolio de la objetividad, mediante el cual puede hacer lo que quiera siempre que sea capaz de desbordar el marco de la objetividad jurídica que ha heredado. Y lo hace mediante el Estado de Excepción.

“La lucha obrera contra la explotación capitalista y los Estados que garantizaban a los ricos la exclusión de los pobres de la participación política y de los beneficios generados con su trabajo, es un buen ejemplo. Durante períodos que coincidieron no solo con las guerras imperialistas y nacionalistas de los siglos XIX y XX, sino también con crisis económicas y movimientos obreros y campesinos de izquierdas, se evidenció una generalización del Estado de Excepción en Europa y América Latina.”³⁹

³⁸G. Agamben. *Estado de Excepción*. . Buenos Aires, Argentina: Adriana Hidalgo Editora, 2007. Págs. 24, 25, 28.

³⁹S. Cantú Martínez. *Objetividad jurídica, derechos humanos y estado de excepción*. México: FLACSO. 2010, Pág. 52



“El caso de Italia decimonónica es ilustrativo. A pesar de que el Estatuto Albertino hacía mención del Estado de Excepción, este fue aplicado mediante la emisión de decretos de emergencia en diversas ciudades en que las insurrecciones populares cundían entre 1862 y 1898. Escenas de represión sangrienta tuvieron efecto a raíz de su aplicación en Nápoles y Milán.”⁴⁰

“De igual modo ocurrió en la Alemania de Bismark, cuya Constitución previó la Kriegzustand (estado de guerra) en el artículo 68 y en la ley prusiana sobre el Estado de Sitio de 1851, destinada a aplicarse en casos de amenaza contra “la seguridad pública” en el territorio del Reich, lo que incluía las protestas y amotinamiento”.⁴¹

El Estado de Excepción se ha aplicado también a la violencia derivada de guerras civiles. Lincoln lo empleó en el transcurso de 1861 y 1862. El 14 de febrero del 62, impuso una censura sobre el correo y autorizó el arresto y la detención en prisiones militares de sospechosos de prácticas desleales y traición.

El 24 de septiembre de ese año, dos días después de decretar la libertad de los esclavos del Sur, amplió el ámbito espacial del Estado de Excepción a todo el país, autorizando el arresto y la jurisdicción extensiva de las cortes marciales a “todo rebelde e insurrecto, de sus cómplices y sostenedores en todo el país y de cualquier persona que desalentare el enrolamiento voluntario, se resistiere a la leva o fuere encontrado culpable de prácticas desleales que pudiesen brindar ayuda a los insurrectos.”⁴²

Otra variante interna se da cuando el Estado de Excepción se aplica en el territorio de un Estado que, sin embargo, está bajo administración de otro. Está el ejemplo de Cuba antes de la Revolución de 1959. A inicios de 1895, Martí lideró una guerra de independencia contra España, que fue delatada por los estadounidenses. En mayo de 1895 sucumbió en batalla. El desenlace de la independencia era incierto, entonces, intervinieron los Estados Unidos de América con el pretexto de la explosión del buque Maine en costas cubanas; declaró la guerra a España, que se

⁴⁰ *Idem*

⁴¹ G. Agamben, Ob. Cit., Pág. 48

⁴² Citado en Agamben, Ob. Cit., Pág. 55



rindió. En 1898 se estableció un estatuto de autonomía con administración estadounidense.⁴³

La Enmienda Platt, emitida en 1901, permitía a los Estados Unidos de América intervenir militarmente en la isla cuando considerara que se justificaba el Estado de Emergencia. Reconocía un gobierno civil decorativo cuya fuerza pública estaba facultada a suspender los escasos derechos que la ley de la administración isleña reconocía a los ciudadanos.

El ejército, de extracción popular, mantenía a raya las inquietudes populares (numerosas huelgas, como ejemplo), y cumplía labores de servidumbre para los ricos, los extranjeros y la alta clase política. El gobierno estaba hecho a la medida para el beneficio de los inversionistas. Por ejemplo, en 1919, mientras se decretaba la suspensión de garantías constitucionales como respuesta a los amotinamientos de obreros, afrocubanos y estudiantes, la Ley de Turismo autorizaba los casinos y juegos de azar. En 1927, la suspensión de garantías era la norma.⁴⁴

La represión se agudizó el año siguiente, en 1928, para prevenir el contagio de los movimientos comunistas y antiimperialistas de Centroamérica, liderados por Augusto César Sandino y Farabundo Martí. Lo último, dicho sea de paso, condujo a largas intervenciones militares de Estados Unidos de América en toda la región, sin control jurídico o político alguno, como ocurrió en Nicaragua, Panamá y El Salvador, así como en otros países. Los anormales fueron primero quienes se levantaron, luego los comunistas.

1.5.2 La soberanía en conexión con la guerra y el Estado de Excepción

La violencia que está más allá del ordenamiento jurídico procede también del exterior del Estado. La guerra tiene un peso igual o mayor que los desórdenes internos en la construcción de la necesidad que funda el Estado de Excepción. De hecho, según opinión de Carl Schmitt, el poder estatal de determinar al enemigo tanto interno como

⁴³J. Martí. *Nuestra América*. Caracas, Venezuela: Fundación Biblioteca Ayacucho, Colección Clásica. 2005, Págs. 440-445

⁴⁴S. Cantú Martínez, Ob. Cit., Pág. 54



externo, parte de la necesidad de justificar el ejercicio del *ius belli*, el derecho subjetivo del Estado a declarar la guerra a otros Estados que significa “la doble posibilidad de requerir por una parte de los miembros del propio pueblo la disponibilidad para matar y ser muertos; y, por la otra, de matar a las personas que se encuentran del lado del enemigo.”⁴⁵ La primera posibilidad se expresa como necesidad de pacificación. Esta incluye al Estado de Excepción.

El *ius belli* conecta al Estado de Excepción con la guerra, y a ambos con la soberanía de un Estado cuya forma es la de un tercero extraño al pueblo; ante el pueblo mas no ante la comunidad internacional, con respecto al cual lo ata el ejercicio soberano que se expresa como reconocimiento recíproco del consenso popular constitutivo de la subjetividad jurídica y política.

De este reconocimiento quiso Schmitt derivar una concepción de la soberanía como contención de las pretensiones hostiles entre Estados, que entrañaba el derecho del Estado a la guerra contra un enemigo conforme a Derecho, es decir, otro Estado soberano y no un mero criminal, un anormal respecto del Derecho Internacional.⁴⁶

La historia del Estado de Excepción está llena de ejemplos sobre su invocación con propósito de guerra, y de cómo la excepción se extiende más allá de los confines de la necesidad invocada, aplicándose ya no solo a las rebeliones internas, sino también a las crisis económicas. La guerra dio forma al Estado de Excepción y después sirvió de pretexto para el uso extendido.

En la tradición anglosajona, el Estado de Excepción era originalmente aplicable a toda la población. Era una institución cuyos destinatarios eran los potenciales rebeldes o insurrectos del interior, así como los potenciales conspiradores y traidores

⁴⁵ C. Schmitt, Ob. Cit., Pág. 76

⁴⁶ Dicho sea de paso, esto completa el volcamiento de la universalidad del Estado como “externa” al pueblo, y permite hacerla abstracta en la construcción de un derecho internacional en que, por ejemplo, Estados Unidos y Zimbabwe tienen iguales derechos y obligaciones en cualquier materia, incluyendo la guerra, en la que ambos Estados, al ser “soberanos”, son susceptibles de participar en un conflicto bélico. El Estado de Palestina es un caso digno de una mayor consideración. Es un caso de *anormalización* intermitentes de un sujeto de derecho internacional que podría ofrecer muchos elementos para este estudio, pero que se deberá dejar de lado para evitar un desfase en la propia investigación.



a la patria, en caso de invasión. En cambio, en la tradición francesa hubo un breve período en que la figura del *état de siege* se limitaba al ejército, por lo que el posterior Estado de Sitio amplio fue una aplicación extensiva de normas cuyos destinatarios eran elementos castrenses.⁴⁷

“La relación entre guerra y Estado de Excepción se hizo indudable en el siglo XX. En el marco de la Primera Guerra Mundial, la mayoría de los países beligerantes lo impusieron. Poincaré lo decretó en la totalidad del territorio francés de 1914 a 1919. Un rasgo destacable de la experiencia francesa durante ese período es que el Estado de Sitio no solo se aplicó a la emergencia militar, sino también a la económica. Así, en 1924 Poincaré pudo pedir al Parlamento *pleins pouvoirs* en materia financiera durante cuatro meses plenos poderes, una expresión con la que también se caracteriza al Estado de Excepción.”⁴⁸

La ecuación entre emergencia bélica, emergencia interna y emergencia económica da cuenta de la expansión del *emergencismo* fundante del Estado de Excepción. La metonimia bélica sirve aquí de soporte y sustituto de la emergencia. Las respuestas gubernamentales a la emergencia resultan desproporcionadas. El mismo caso de Roosevelt ejemplifica este caso. Luego de los ataques japoneses a Pearl Harbor, se proclamó una emergencia nacional ilimitada en los Estados Unidos de América.

“El 19 de febrero de 1942, en el contexto de ese estado de emergencia, se expulsó del territorio estadounidense a setenta mil ciudadanos norteamericanos de origen japonés; además de cuarenta mil japoneses que vivían y trabajaban en la costa occidental de los Estados Unidos.”⁴⁹ Un acto violatorio de los derechos civiles de ciento diez mil personas (incluyendo a ciudadanos estadounidenses) con un motivo meramente étnico, cometido por el mismísimo “campeón de las libertades civiles”.⁵⁰

Este y otros ejemplos desmesurados evidencian que el Estado de Excepción ha presentado una tendencia hacia la dislocación entre la necesidad que lo funda y su

⁴⁷ G. Agamben, Ob. Cit., Pág. 29

⁴⁸ *Idem*, Pág. 42

⁴⁹ *Idem*, pp. 57-58

⁵⁰ S. Cantú Martínez, Ob. Cit., Pág. 57



ejecución permanente, especialmente en los años que siguieron al fin de la Segunda Guerra Mundial y hasta los presentes días.

La emergencia o necesidad que debería dar razón de la suspensión de derechos, ha experimentado una creciente subjetivación, especialmente a partir de las experiencias totalitarias del siglo XX, de tal modo que se puede advertir un movimiento hacia la equivalencia entre emergencia y enemigo político. Se puede afirmar, pues, que la metonimia bélica juega un papel central en la indecibilidad entre lo militar y lo civil que se introduce por virtud del Estado de Excepción, sobredeterminando todo sentido literal de la normalidad democrática, especialmente en contextos de estados de excepción irregulares.

Al convenir con Schmitt en que la dictadura es un Estado de Excepción que puede suprimir una o varias de las siguientes: el Estado de Derecho, los principios democráticos o los derechos y libertades humanos,⁵¹ es de considerar que la historia política de América Latina y el Caribe ha sido en la mayoría de sus Estados y la mayor parte de sus dos siglos de independencia, un Estado de Excepción permanente marcado por el caudillismo, la exclusión, los privilegios, la militarización, la suspensión generalmente sin decreto de las garantías constitucionales y la intervención militar o el apoyo de diversas potencias occidentales.

González Casanova apunta que “el estado de seguridad nacional aparece [...] como una forma particular de Estado de Excepción que se funda en el principio de la guerra interna permanente. Sus sostenedores consideran que el rasgo fundamental de la segunda posguerra es una confrontación entre dos civilizaciones inconciliables: la democracia capitalista predominante en el ‘mundo libre’ y el ‘totalitarismo comunista’ vigente en la unión Soviética y en los países que forman parte de su esfera de influencia.”⁵²

La Guerra Fría, con la guerra caliente en las periferias, se sostuvo a base de estados de excepción, generalmente no proclamados y solo condenados, una vez

⁵¹ C. Schmitt, *Ob. Cit.*, Págs. 24 y 194

⁵² P. González Casanova, *Ob. Cit.*, Pág. 114



debilitado el comunismo. Incluso, en regímenes que contaban con muchos de los requisitos de forma de lo que se reputa como normalidad democrática, la anormalidad ha sido patente.

1.5.3 La problematización de la objetividad jurídica en estados de excepción

La problematización de los derechos humanos ante la actuación del Estado de Excepción redobla el sentido de precariedad y sobredeterminación que cruzan a la objetividad jurídica y demuestran que todo ordenamiento jurídico recibe su significación del movimiento de diferencias del orden social, cuyo efecto es la indecidibilidad entre Derecho y poder político, entre legalidad y decisión, entre democracia y autoritarismo, entre el gobierno civil y gobierno militar o militarizado, entre la disolución del orden social y hegemonización (que adquiere la forma de una guerra civil permanente).

La soberanía estatal representa aquí el momento de interrupción del proceso de significación de la objetividad jurídica moderna, el momento en que el poder subvierte el campo discursivo de la democracia, y el Derecho se vuelve el sentido precariamente fijado de las fuerzas sociales envueltas en el antagonismo constitutivo de lo social.

Este antagonismo es lo que no puede ser significado por el derecho de las democracias modernas. Dadas estas complejas articulaciones de diferencia y equivalencia entre objetividad del orden social y objetividad jurídica, queda evidenciada la imposibilidad del Derecho como consecuencia de la imposibilidad de la sociedad, o lo que es lo mismo, que en ese preciso sentido, ni el Derecho, ni la democracia ni la sociedad existen.

1.6 El Derecho Penal del enemigo y los estados de excepción

En la actualidad han tomado forma un conjunto de instituciones que son la cifra de todos los riesgos de la sociedad, cuyo papel es salvaguardar los más caros valores defendidos por los cancerberos de la objetividad y que también hacen del peligro culpa y, de la culpa, carne y hueso con sus respectivos nombres. El peligro



abstracto encuentra su metáfora en la peligrosidad pura del delincuente, que garantiza al orden social la adecuación a las normas. La inocencia se vuelve trámite en el procedimiento. Se trata de la doctrina del Derecho Penal del enemigo, postulada por el penalista funcionalista Günter Jakobs, seguido por penalistas de todo el mundo.⁵³

La pretensión punitiva del Estado en la fórmula de Jakobs queda clara, cuando afirma que: “El que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el Derecho Penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros, a ser una reacción contra un enemigo.”⁵⁴

“El principal efecto de la ampliación del poder punitivo del Estado es el socavamiento de la normalidad democrática: la preservación del Estado constitucional de derecho y la vigencia de los derechos humanos (particularmente el de presunción de inocencia y los relativos al debido proceso legal. Jakobs se justifica afirmando que “la misión del Derecho Penal es la garantía de la estructura misma de la sociedad”, y también “en las medidas que suponen una injerencia en el ámbito privado, como la interceptación de comunicaciones o los registros de vivienda, se adelanta el ámbito de protección del Derecho Penal y se combate de manera especialmente asegurativa, por causa de la existencia de un peligro.”⁵⁵ Los íncubos han vuelto por sus fueros.”⁵⁶

⁵³ Las raíces de las doctrinas jakobsianas pueden rastrearse en los escritos del funcionalismo sociológico de Niklas Luhmann. Se encuentran también en conexión con los textos sociologizantes de autores como Ulrich Beck y el último Anthony Giddens, que entienden que el mundo es una sociedad de riesgo compartido. Jakobs trata de presentar el Derecho Penal del enemigo como “un concepto analítico y descriptivo, mas no prescriptivo.

⁵⁴ G. Jakobs y M. Cancio Meliá. *Derecho Penal del enemigo*. Madrid, España: Civitas, 2007, Pág. 75

⁵⁵ G. Jakobs. “El terrorismo internacional se puede combatir con el Derecho penal del enemigo”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, No. 7, Lima, Perú, 2006, Pág. 613

⁵⁶ S. Cantú Martínez, Ob. Cit., Pág. 102



Como advierte Zaffaroni⁵⁷, la cantidad de temas de la ciencia del Derecho Penal trastoca la doctrina del enemigo incluye la racionalización del debilitamiento del Derecho Penal de garantías a través de la imputación jurídica, con base en criterios que se independizan de la causalidad (el enemigo como un dato objetivo); la minimización de la acción en beneficio de la omisión, sin que interese lo que realmente el agente haga sino el deber que haya violado⁵⁸; de la construcción del dolo a partir de una “teoría del conocimiento” que incluye lo que anteriormente era propio de la negligencia (el acento en la “garantía cognitiva”; la pérdida de contenido material del bien jurídico⁵⁹; “la multiplicación de tipos de peligro sin peligro (peligro abstracto o presunto, “riesgos ubicuos” y encarnación del peligro en la persona que tiene la intención de violar una norma: la “fuente del peligro” la llamó Jakobs); la lesión de la legalidad mediante tipos vagos; la delegación de la función legislativa-penal con el pretexto de las llamadas leyes penales en blanco; entre otras.”⁶⁰

“El Derecho Penal del enemigo se ha cristalizado también en el ámbito de las instituciones jurídico-penales positivas mediante: a) la anticipación de las barreras de punición (alcanzando a la investigación ministerial); b) la desproporción entre las penas (vistas como medidas de contención) y la lesión realmente inferida; c) el marcado debilitamiento de las garantías procesales del acusado; y, d) la identificación de destinatarios específicos de las normas.”⁶¹

Jakobs pretende fundar esta anticipación que cimienta el castillo del *iuspuniendi* preventivo distinguiendo entre normas primarias, bienes jurídicos y normas de flaqueo. En los delitos en los que hay riesgo de atentados contra normas primarias (por ejemplo, en la amenaza o en el de perturbación de la paz pública mediante la

⁵⁷ E. R. Zaffaroni. *El enemigo en el Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar, 2007, Págs. 13-15

⁵⁸ De una manera intrigante, Jakobs identificó el crimen con la palabra autogobierno” en la famosa conferencia *Kriminal isierung einer Rechtsgutsverletzung* (Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico), con la que se inauguró el Derecho Penal del enemigo en el Congreso de Penalistas Alemanes, en mayo de 1985.

⁵⁹ Aquí, el autor se refiere a la lesión del bien jurídico tutelado como *dada de antemano*, Jakobs, *Ob., Cit.*, Pág. 293

⁶⁰ E. R. Zaffaroni, *Ob. Cit.*, Pág.107

⁶¹ *Idem*



conminación de delitos, un caso sería el crimen organizado) se quebranta una norma de flaqueo que sirve como una especie de *test* cognitivo.

“Así, quien desafía la paz pública (entendida como “paz jurídica”), evidencia que no confía en el derecho, arrogándose la configuración” de la relación entre la víctima “que puede ser toda la sociedad) y la norma principal. La punición se vuelve legítima aun cuando no se haya atentado contra el bien jurídico tutelado por la norma primaria, toda vez que existe de antemano la lesión de una norma de flaqueo. La lesión tiene efecto “porque el autor da a entender que próximamente tendrá lugar una perturbación externa, al menos si sus planes tienen éxito.”⁶²

“El impacto real del Derecho Penal del enemigo a nivel mundial queda manifiesto en la estadística de la prisión preventiva en América Latina, una de las regiones en que mayor receptividad se ha dado a esta doctrina. Nada menos que las tres cuartas partes de la población privada de libertad entra bajo un esquema de prisión o detención preventiva, lo que demuestra el mayor peso concedido en los últimos años al sistema penal cautelar o precondenatorio frente al mucho más elaborado y regulado sistema de proceso conducente a una sentencia.”⁶³

Este sistema cautelar configura un Estado de Excepción complejo debido a que no tiene empacho en postular la de-personalización de los delincuentes, quienes son caracterizados como enemigos de la sociedad y, por tanto, indignos de ser considerados como ciudadanos. Toda vez que, jurídicamente hablando, ya no son personas, sus derechos humanos pueden ser flexibilizados, tal como ocurre en todo Estado de Excepción. En nombre del peligro se va más allá de los límites objetivos del estándar dual; el Derecho Penal del enemigo es un Estado de Excepción subjetivo sofisticado.

La criminalización de la pobreza, de las mujeres y de la protesta social son tres efectos directos cuyas manifestaciones son viejas, pero cuyas posibilidades

⁶² Inspirado, Jakobs ilustra su punto con un ejemplo: “Quien, se declara ante el arzobispo de París a ante un *quivis ex populo*, dispuesto a cometer un delito, no ha preparado con ello ciertamente de un modo punible el delito, pero ha atacado la base cognitiva de la vigencia de la norma por medio de un comportamiento externo y puede ser penado por ello”. Jakobs, Ob. Cit., Pág. 316

⁶³S. Cantú Martínez, Ob. Cit., Pág. 103



enriquece el Derecho Penal del enemigo. Con respecto a la protesta social articulando como equivalente la libre expresión y el peligro (como provocación pública a la comisión de delitos), Jakobs indica en una tímida nota a pie de página en la publicación de su discurso (1985), que no solo puede imputarse la culpabilidad al que conmina a otros a desobedecer el derecho, sino también a quienes lo escuchan, estando todos envueltos en la potencial orquestación de un eventual programa de coordinación para la comisión de delitos. Las masas no ofrecen garantías cognitivas, son irracionales por naturaleza como decía Le Bon, a quien Mussolini idolatraba.

Los íncubos, los súcubos están aquí, entre nosotros, como dicen los nuevos inquisidores de sus enemigos y los peligros que creen advertir en todo el mundo, en toda persona: en nombre del Derecho suspenden los derechos del mundo a capricho, porque conviene más al diablo estar con Dios que contra él.⁶⁴

1.7 El *securitismo* neoliberal como Estado de Excepción global

El enemigo absoluto es la joya de la corona de una objetividad injusta. Está hecho de significaciones que se articulan a los mitos identitarios que tejen el imaginario de las sociedades. Con ello, se hace parecer como significación tuya, mía, de “La Sociedad”, el discurso de otro que proclama la exclusión y la eliminación de toda identidad no-integrable a la objetividad del orden social.

En este sentido, el enemigo absoluto, el perfecto excluido de la normalidad, es la cifra de la identidad de su otro correspondiente, y también de su poder. A mayor enemigo, mayores poderes deberá desplegar su otro para combatirlo. Sin diferencia no hay objetividad o si se prefiere, sin enemigo no hay identidad. Sin identidad no ha poder. Sin poder, no hay antagonismo. Pero el antagonismo hace imposible toda objetividad plena.

El discurso del *securitismo* neoliberal consiste fundamentalmente en la articulación de diversos puntos flotantes: derechos humanos, democracia, desarrollo, derecho, globalización y gobernabilidad, que giran en torno al significante vacío seguridad.

⁶⁴ S. Cantú Martínez, Ob. Cit., Pág. 106



Cabe aclarar que al hacer referencia al terrorismo o a la delincuencia organizada como exteriores constitutivos de lo que aquí se identificará como securitismo neoliberal, no se está afirmando que los terroristas o los miembros de organizaciones delictivas no existan.

Tampoco hay una justificación de los hechos. Lo que se afirma es, más bien, que son significados por los Estados de un modo tal que subvierte los campos discursivos del Derecho Internacional, con lo cual se consolida una práctica articuladora cuyos propósitos exceden el mero combate a estos supuestos enemigos.

Este *plus* de significación de los enemigos es lo que parece marcar el índice del redimensionamiento contemporáneo de un proyecto de hegemonización globalista. Funciona más como un síntoma del emisor del discurso que como una descripción, aunque fuera fidedigna. Por ello, a ese respecto, se hace un enfoque más allá del problema de si el enemigo es realmente como lo pinta el securitismo, se planteará, precisamente, por qué asume esas formas.

La contigüidad esencial entre Estado de Excepción y soberanía ha sido establecida por Carl Schmitt en su Teología Política(1922). Si bien la célebre definición del soberano en tanto “*aquel que decide sobre el Estado de Excepción*” ha sido ampliamente comentada y discutida, falta todavía, hasta hoy, en el derecho público una teoría del Estado de Excepción, y los juristas y expertos en derecho público parecen considerar el problema más como una *questiofacti* que como un genuino problema jurídico.⁶⁵

No solo, afirma Agamben, “la legitimidad de una teoría semejante es negada por aquellos autores que, remitiéndose a la antigua máxima según la cual *necessitaslegem non habet*, afirman que el estado de necesidad, sobre el cual se funda la excepción, no puede tener forma jurídica, sino que la definición misma del término se hace difícil, ya que se sitúa en el límite entre la política y el derecho.”⁶⁶

⁶⁵ G. Agamben. *Estado de Excepción. Homo Sacer, II*, 1. Trad. e Introd Flavia Costa e Ivana Costa. Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora. 2010, Pág. 23

⁶⁶ *Idem*



Efectivamente, el Estado de Excepción constituye un “punto de desequilibrio entre el derecho público hecho político”⁶⁷, que -como la guerra civil, la insurrección o la resistencia- se sitúa en una “*franja ambigua e incierta, en la intersección entre lo jurídico y lo político.*”⁶⁸

“Tanto más urgente resulta así la cuestión de los confines: si las medidas excepcionales son el fruto de los períodos de crisis político y no en el terreno jurídico constitucional”⁶⁹, ellas se encuentran en la paradójica situación de ser medias jurídicas que no pueden ser comprendidas en el plano del Derecho, y el Estado de Excepción se presenta como la forma legal de aquello que no puede tener forma legal.

“Por otra parte, si la excepción es el dispositivo original a través del cual el derecho se refiere a la vida y la incluye dentro de sí por medio de la propia suspensión, entonces una teoría del Estado de Excepción es condición preliminar para definir la relación que liga y al mismo tiempo abandona lo viviente en manos del derecho.”⁷⁰

En esta tierra de nadie entre el Derecho Público y el hecho público, y entre el orden jurídico y la vida, aquello que la presente investigación se propone indagar. Sin embargo, dicha indagación queda huérfana si no se toma en cuenta el espacio criminológico a donde le corresponde un estadio al Estado, como el órgano con la potestad de implementar estas medidas ilegítimas, legitimadas por las circunstancias especiales que las provocan. Corresponde, entonces, desarrollar la temática en cuanto al control social como forma de sometimiento sutil a las decisiones estatales.

⁶⁷ F. Saint-Bonnet. *L'État d'exception*. París: PUF. 2001, Pág. 28

⁶⁸ Fontana, 1999, Pág. 16

⁶⁹ De Martino, 1973, Pág. 320

⁷⁰ G. Agambem, *Ob. Cit.*, Pág. 24



CAPÍTULO II

2. El control social. Una teoría flexibilizada en los estados de excepción

2.1 Evolución definicional del control social desde la historización de Janowitz

“En el nacimiento de la sociología como disciplina científica, la idea de control social, fue un concepto central para analizar la organización social y el desarrollo de la sociedad industrial.”⁷¹ Inicialmente, este término hizo referencia a un aspecto de la sociedad relacionado con el orden y la organización de la misma. Janowitz afirma que “fue un recurso intelectual para relacionar el análisis sociológico con los valores humanísticos y las orientaciones filosóficas empleadas por algunos de los primeros sociólogos interesados en el progreso social y en la reducción de la irracionalidad en el comportamiento social.”⁷²

No resulta novedoso, pues, que en la actualidad siempre se esté recurriendo al estudio de la capacidad de la sociedad para regularse, pues desde principios del siglo XX, por medio del análisis sociológico se han explorado las condiciones y variables para lograr el control que permita mantener un orden social.

“La teoría y el análisis sociológico han padecido el cambio que han producido los sociólogos cuando definieron el “control social”, como una psicología social de la conformidad. Este tipo de pensamiento contribuye a dificultar la relación del quehacer sociológico con otras ciencias sociales, así como también, con la filosofía social y los problemas de la práctica profesional y de la política social. O bien, tuvo que inventarse un nuevo concepto o tuvo que ser reconstruido el significado originario.”⁷³

La constante búsqueda por establecer qué tipo de organización y orden son necesarios para lograr el equilibrio social, en cuanto al control de conductas

⁷¹ M. Janowitz, “*Teoría Social y Control Social*”, en *American Journal of Sociology*. Vol 81, 1. Universidad de Chicago, 1975, en “Delito y Sociedad”, *Revista de Ciencias Sociales*, No. 6/7, 1995, Pág. 1 Trad. Juan Pegoraro. Rev. Máximo Sozzo.

⁷² *Idem*

⁷³ *Idem*, Pág. 2



desproporcionadamente conflictuales que llegan a afectar continuamente a diferentes sectores sociales, ha sido un ejercicio que ha ocupado a teóricos de la sociología durante más de un siglo; sin embargo, por medio de la historia del surgimiento de las diferentes teorías en torno al control social, se puede apreciar que el punto focal de todo este entretendido teórico, ha sido el de encontrar la forma de adecuar los controles necesarios para mantener el orden dentro de sociedades en constante cambio, compuestas de diferentes culturales, religiones, creencias, razas, cuerpos normativos, etc.

Es así como al revisar la historia relacionada con los diferentes enfoques que se le han dado al control social, Janowitz hace un recorrido, bastante crítico por cierto, de las diferentes facetas que fueron adaptándole prominentes sociólogos, a este constructo social, en el transcurso del tiempo. Afirma este autor que George Herbert Mead, en 1925, planteo que “el control social depende, entonces del grado en que cada individuo en sociedad está en condiciones de asumir actitudes de otros que están involucrados con ellos en esfuerzos comunes.”⁷⁴

Es de entender, que ya en ese primer cuarto de siglo se buscaba explicar las formas de adaptación de la persona individual a una colectividad sin que se produjeran eclosiones entre la cultura, costumbres, religión, entre otros. Del primero con los otros, al tener que sobrellevar la cotidianidad del esfuerzo en común.

Dice Janowitz que Mead simplemente articuló en su propia conceptualización, una tendencia que ya había sido puesta sobre la mesa de discusión, por parte del American Journal of Sociology en 1896, en un trabajo presentado por George Vincent, quien se encontraba familiarizado con el lenguaje de la filosofía social al postular en su definición que “El control social es el arte de combinar las fuerzas sociales de manera tal que, al menos, se ofrezca a la sociedad una dirección hacia un ideal.”⁷⁵

⁷⁴ *Idem*

⁷⁵ *Idem*



El control social visto desde esta perspectiva, no involucra en absoluto medidas coercitivas en función de encontrar un enlace perfecto entre los miembros de la sociedad para establecer el equilibrio; tan solo plantea, filosóficamente, la búsqueda del ideal común sin explicitar cuál es ese ideal, y qué rasgos lo caracterizan para que funcione equitativamente para todos.

“La continuidad del término control social, se deriva de la concepción que se sustenta en un compromiso valorativo con respecto a dos elementos: la reducción de la coerción, aunque se reconozca los irreductibles elementos de coerción en un sistema legítimo de autoridad, y, la eliminación de la miseria humana, aunque se reconozca la persistencia de algunos grados de desigualdad. En su percepción, Janowitz también habla de un tercer elemento: un compromiso con procedimientos para redefinir metas sociales a fin de afirmar el papel de la racionalidad, aunque esto puede ser considerado inherente a los otros dos.”⁷⁶

Se entiende, por lo tanto, que la permanencia del término control social dentro del léxico académico sociológico, criminológico y aún jurídico, se debe a que existe una cercana relación entre la necesidad de minimizar la coerción, por la afectación que esta tiene en la población, juntamente con el aspecto preventivo que coadyuva a reducir la miseria humana mediante adquirir compromiso en cuanto a la creación de procedimientos expeditos para redefinir las metas sociales desde una perspectiva de racionalidad. Haciendo énfasis en que esa racionalidad deberá implicar la focalización del beneficio del orden social para todos.

Lo contrario de control social sería, entonces, el énfasis en sistemas coercitivos de control, o sea, “la organización social de una sociedad que descansa o se apoya predominantemente y esencialmente en la fuerza, en la amenaza y el uso de la fuerza. Por supuesto, aún en el Estado-nación más represivo y totalitario, los agentes de la represión están limitados en la esfera [...] del conjunto de normas.”⁷⁷

⁷⁶ *Idem*, Pág. 4

⁷⁷ *Idem*



Sin pretender entrar en este momento al ámbito jurídico penal, sí se puede considerar que el enfoque anterior está referido al límite del *iuspuniendi* del Estado.

El control social debe ser entendido como un equivalente de la organización social, lo que implica que no solo debe buscarse la capacidad de una sociedad o grupo social de regularse a sí mismos sino que, generalmente, esta capacidad lleva implícito un conjunto de objetivos más que una sola meta. Entendido así, el control social va a funcionar, siempre y cuando se satisfagan en un alto nivel la serie de objetivos trazados para mantener el orden social y la conjunción de esfuerzos de los grupos sociales.

Ciertamente, existe una variedad de tipos y mecanismos de control social. Afirma Janowitz que: “Cada uno es el resultado de variables y antecedentes particulares y, por otro lado, cada forma tiene un diferente impacto en el comportamiento social. La tarea de la investigación social empírica, es la búsqueda de las formas y de las consecuencias del control social. En esencia, esto significa la respuesta a la hipotética cuestión de: cuáles formas de Control Social son más efectivas, esto es, cuál permite a un grupo social regularse a sí mismo, en términos de un conjunto de principios morales legítimos y que implica una reducción del control coercitivo.”⁷⁸

La cuestión a discutir en cuanto a lo afirmado por el autor es; si los procesos de control social son capaces de mantener el orden social mientras se producen procesos de transformación y cambios sociales, pues según se ve desde esta perspectiva, la organización social por sí misma, no reprime la personalidad y la creatividad social y la solución colectiva de los problemas.

Es de entender, pues, que cada cambio o momento transitorio en toda sociedad, va a presentar diferentes necesidades de control, derivadas de la propia dinámica interrelacional de los nuevos sectores poblacionales que van surgiendo, es decir, surgen nuevas formas de sectores juveniles con valores y creencias novedosas que necesariamente deben ser atendidas desde las necesidades presentes y no pensando en las necesidades del sector juvenil de una generación anterior. No hay

⁷⁸ *Idem*, Pág. 5



duda pues, que desde este punto de vista, existe un paralelo entre el control social y la estabilidad o la represión.

La noción de control social, “ha sido formulada y elaborada para proveer un enfoque más adecuado a los problemas del cambio social y del orden social. Las teorías sociológicas sobre el orden social han venido a rechazar la afirmación de que los aspectos comunitarios de la estructura social son solo residuos de algún estadio previo de la organización social, mientras las dimensiones societales constituyen la realidad de las sociedades urbanas e industriales.”⁷⁹

Al respecto, cabe recordar que cuando surgen los estudios de la Escuela de Chicago y su propuesta de control social, la sociedad norteamericana se encontraba en el sincretismo de la inmigración convocada por la modernización industrial que se dio a mediados del siglo XVIII, misma que atrajo a suelo norteamericano una serie de grupos con grandes diferencias culturales, religiosas, tradiciones, y normas, y que para lograr una mejor convivencia entre estos grupos tan heterogéneos se hizo necesario pensar en mecanismos de unificación, sobre todo en la cuestión moral, pues por medio de ella se puede producir la persuasión a ser como se necesita para ejercer un control más efectivo sobre toda esta diversidad cultural.

“El control social presenta un esquema de influencias basado en la noción de relaciones sociales interactivas y mutuas (bidireccionales) entre grupos sociales. El hecho de hablar de influencia mutua no significa negar los elementos de desigualdad y desequilibrio de las relaciones sociales.”⁸⁰ Mucho tiene que ver en este ámbito teórico la influencia de Augusto Comte, para quien el centro de sus análisis sociológicos fueron el impacto del industrialismo sobre el orden social y las consecuencias del individualismo resultante en el orden moral. Ciertamente, los escritores clásicos incluyendo a Marx, Durkheim y Weber, se dirigieron hacia los problemas tratados por Comte. Se encuentran en muchos de los trabajos macrosociológicos de estos teóricos, la tendencia a enmarcarse dentro del discurso del control social; sin embargo, según Janowitz: “Es preferible enfocar directamente

⁷⁹ *Idem*, Pág. 5

⁸⁰ *Idem*, Pág. 7



sobre aquella corriente sociológica que en diferentes o variados grados hace explícito de la idea de Control Social. Aunque se trata principalmente de la corriente americana ha influenciado y ha sido influenciada por el pensamiento y la investigación europea. En ambos se presenta una continuada y única elaboración.”⁸¹

De esta manera, es como aparece el estudio del control social en su forma primigenia, en los trabajos de Edward Ross, quien fuera fuertemente influenciado por el pensamiento de Tarde, un sociólogo con poderosa presencia en la sociedad francesa y profundamente ligado a la investigación social empírica. Mientras trabajaba en la Universidad de Stanford en 1894, Ross decidió que la idea de control social era una llave que abría muchas puertas; esto es, que servía como una noción articuladora de las diversas instituciones que involucra tal concepto.

Muchos de sus escritos consistieron en detallar y describir los mecanismos del control social. Al mismo tiempo que era muy consciente de los elementos coercitivos de la sociedad industrial, se abocó a los mecanismos de persuasión, tanto interpersonales como institucionales. Estaba impresionado por la extensión y la fuerza operativa de la persuasión y la manipulación.

Asimismo, sus análisis abarcaron el proceso de la interacción y socialización cara a cara y aquellos derivados de la opinión pública y el control legal. De todas maneras, estaba interesado no solamente en los mecanismos de persuasión sino también en el concepto genérico de sociedad que puede explicar esos recursos que operaban para “encontrar los medios para guiar la conciencia individual y el deseo de los miembros de una sociedad.”⁸²

En esta época fundacional de la sociología en los EE.UU., dos de sus mayores representantes, Charles Horton Cooley y W. I. Thomas, dieron centralidad en sus escritos al control social y su relación con la racionalidad. Cooley fue un pensador más sistemático y coherente que Ross, y los enfoques acerca del control social y sus implicancias fueron fuertemente basados en una orientación normativa. Thomas se

⁸¹ *Idem*, Pág. 8

⁸² Cfr. E. Ross. *Social Control, a survey of the Foundations of Order*. Nueva York: The Macmillan Company. 1918, Pág. 59. .



aproximó al tema del control social, desde una perspectiva diferente a un nivel relacionada con el pragmatismo filosófico.

“Mientras Ross fue estimulado por Tarde para la utilización del término “control social”, los escritos de Georg Simmel, fueron importantes ingredientes en la postura del punto de vista de W.I. Thomas y luego de Robert E. Park, ambos dedicados al desarrollo de las bases empíricas para el análisis del control social en las grandes ciudades.”⁸³

Simmel determina que la complejidad de la moderna sociedad y sus rangos de afiliación automática a los grupos implicados no eran significativos para la pérdida de la individualidad o que era necesariamente desintegrativa; en otras palabras, “en cuanto una persona se afilia a un grupo social, se somete a él. De todas maneras, el gran número de grupos al que pertenecen los individuos hace más probable o difícil que otra persona exhiba la misma combinación de grupo de pertenencia. Más allá, la persona también recobra (enriquece) su identidad porque su modelo de participación es única.”⁸⁴

En esencia, Simmel rechazó la posición acerca de que la participación solo engendraba restricciones sociales y conformismo o, alternativamente, que la individualidad resulta solo del aislamiento. Él sostuvo que “la personalidad era el resultado de un modelo de participación social y el resultado de un específico tipo de control social.”⁸⁵

El control social fue utilizado como tema en el Congreso Nacional de la Asociación Sociológica Americana en 1917. En 1921, Robert E. Park y Ernest W. Burgess sostuvieron que “Todos los problemas sociales resultan ser problemas de control social.”⁸⁶ El control social es un resultado, en sus diversas formas y contenido, de la organización social.

⁸³ M. Janowitz, *Ob. Cit.*, Pág. 14

⁸⁴ G. Simmel. *The Web Group Affiliations*, 1955, pp. 140-141, citado por Janowitz, *Ob. Cit.*, Pág. 14

⁸⁵ *Idem*

⁸⁶ M. Janowitz, *Ob. Cit.*, Pág. 16



Esta es una construcción que ayuda a relacionar e interrelacionar la dependencia de las variables derivadas de la investigación empírica. De tal manera, todos los teóricos, limitaron el control social a los problemas sociales, y lo vieron como un vehículo de las políticas sociales y para tratar los problemas de la desviación, por parte de ciertos individuos, de las normas de armonía que mantenían la cohesión en función del orden societal.

Aunque control social persistió como una coordenada en términos de referencia para la sociología americana durante la década de los 40, del siglo pasado, la versión reducida y estrecha del significado del término siempre tuvo fuerza. Posteriormente, surgieron una serie de propuestas que dieron mucho más amplitud de contenido al concepto, que permite sintetizar en que: “el análisis del control social puede ser enfatizado más puntualmente interesándose en las secuencias causales de los cambios sociales, en particular con una mayor explicación y adecuada mirada de la articulación de la estructura social y de la política institucional. Los análisis sociológicos solo están llegando despaciosamente a ajustarse con la crisis de la legitimación política que constituye la llave de problemáticos temas en las sociedades industriales avanzadas, particularmente en aquellas naciones con instituciones parlamentarias y múltiples partidos políticos.”⁸⁷

Se puede decir, que en el estudio del control social pueden establecerse cambios y transiciones, que fueron marcados por las dos grandes guerras mundiales, que de manera considerable influyeron en el pensamiento sociológico en cuanto a cómo volver a retomar la armonía societal después de la fractura caótica productos de post guerras mundiales y, sobre todo, ese período específico de entreguerras.

2.2 La teoría ético-filosófica de Howard Ross

La simpatía, la sociabilidad, el sentido de justicia y el resentimiento, se presentan bajo circunstancias que pueden ser reconocidas dentro del orden natural, puede decirse, que existen sin haber necesitado de un diseño predeterminado o de algún

⁸⁷ *Idem*, Págs. 29-30



tipo de artificio. En tanto dicho orden se encuentra muy lejos de ser perfecto, la participación de esfuerzos personales y de ayuda mutua.

En la realización de dicho orden no es necesaria la búsqueda en sociedades antiguas, pues en el transcurso del tiempo, toda sociedad, invariablemente, desarrolla ciertas medidas de control sobre el individuo, de tal forma que su mantenimiento está sostenido parcialmente desde lo natural y parcialmente desde lo original.

“Más aún, ambos estadios están tan conectados que resulta imposible de determinar cuánto de influencia desde lo original tiene la conducta y cuánto constituye la influencia del propio contexto del individuo.”⁸⁸

En este sentido, es valioso considerar todos los agregados resultantes de la interrelación de personas que vienen de sociedades distintas, pues estas traen consigo mismas, cierto tipo de ideales, tradiciones, costumbres impuestas por sus culturas originarias, que bajo el estímulo de nuevos escenarios, nuevas condiciones y oportunidades de autodeterminación vienen a colapsar con sus propios convencionalismos.

Como resultado de esta conjunción de personas, culturas y costumbres, se da una sociedad embrionaria que necesariamente debe tener orden; sin embargo, no es lo mismo cuando las personas se encuentran bajo circunstancias de igualdad que cuando existen relaciones de inequidad.

Ross hace referencia que aún en sociedades de clase obrera como la minera en la época prístina de la revolución industrial, de mediados del siglo XIX, siempre existieron personas depredadoras que podían ser reconocidos como idiotas morales o lunáticos morales, que no podían ser ubicados en el mismo sitio que otros, pues la bestia siempre puede entrar en la angustia de su oración o, el parásito generalmente simpatiza con su anfitrión. Aún, dice el autor, “en una asociación libre y fluida como

⁸⁸E. Ross, *Ob. Cit.*, Pág. 42



lo es un campamento minero, también están presentes hombres “malos” y “clases muy baja”.⁸⁹

Frecuentemente, se tiende a confundir el término control social con el de “control de clase; por supuesto, en ambos casos, quienes ejercen el control van a ser una minoría sobre una mayoría. Totalmente diferente resulta ser el poder que existe en el control de clases, que en la minoría que ejerce el control social. Cada sector poblacional en la sociedad tiene su propio punto de vista y, consecuentemente, su propia visión en torno a los problemas de tipo conductual.

“Ahora bien, cualquier punto de vista puede prevalecer por sobre los otros, si estos no tienen el suficiente fundamento para no ser desechados. Si una clase se encuentra al mando o liderazgo de la conducción social es porque las otras no han tenido la suficiente credibilidad en sí mismas, como la tuvo la que se encuentra al mando.”⁹⁰

El sociólogo Tarde⁹¹ afirma que “El poder social se concentra o difumina en proporción a que los hombres sientan o no por sí mismos, la necesidad de guía o protección.” Así es la realidad de la regla referida a la transformación o desplazamiento del poder. Y, en el control social, predomina, por sobre cualquiera de sus instancias, el poder.

Para Ross, la inhibición de ciertos impulsos -y aquí referidos a los impulsos que resultan dañosos socialmente- no solo fluye de la masa social sino también de ciertos sectores de extraordinario prestigio e influencia. El control de este tipo sigue siendo social, pero cuando el sector hegemónico que impone estas inhibiciones es la clase social que vive a expensas del resto de la sociedad, ya no se trata de control social en su sentido estricto, sino que se trata de control de clase. Esto puede definirse como “*el ejercicio del poder por una clase parásita en su propio beneficio*”.⁹²

⁸⁹ *Idem*, Pág.54

⁹⁰ E. Ross, *Ob. Cit.*, Pág. 71

⁹¹ G. Tarde, G. *Les transformations du pouvoir*, citado por Ross, *Ob. Cit.*, Pág. 78

⁹² E. Ross, *Ob. Cit.*, Pág. 376



Existen una serie de matices producto de la forma en que una clase clava sus garras en su congéneres y subsiste por sobre ellos. La esclavitud, que es la inmediata absoluta disposición de la fuerza laboral de otro, es la forma primigenia de esta relación parasitaria. Esta clase parásita, por tanto, es generalmente la clase dominante, la que crea leyes, la que impone las leyes y la que las ejecuta. Es por ello, que tiene todo el poder de utilizar todos los medios de control a su alcance.

La realidad es que difícilmente se puede mantener la uniformidad de la presión social durante un largo período. Hubo tiempos en los que la sociedad mantenía al individuo en pleno uso de libertades, en tanto, hubo otras épocas, en las que el individuo estuvo sujeto a la fuerza bajo la presión social.

Hay épocas cuando lo corporativo está en ascenso y otras, cuando prevalece el individuo, por sobre todo. En otras palabras, el control social va a fluctuar entre la fuerza y la debilidad, entre lo más y lo menos.⁹³

“Estos cambios obedecen por causas obvias como lo son las vicisitudes surgidas por el “cambio en las necesidades sociales”. La función del control es la de preservar es condición indispensable de la vida en común: el orden social. Cuando este orden resulta difícil de mantener, surgen las demandas por controles mayores y mejores. Cuando el control funciona, se demandan más libertades. La necesidad del control social es evocada cuando existe la enorme necesidad de su presencia, por lo tanto, éste se va ajustando a dicha demanda.”⁹⁴

Los cambios que concretan el marco social y que tensiona todos los tejidos sociales están íntimamente conectados con las condiciones económicas. La multiplicación de las estadísticas y el declive de las mismas en cuanto a la economía, van a incidir en la lucha por la sobrevivencia, por lo que resulta más difícil de contener al sector afectado económicamente, en cuanto a sus formas conductuales propicias a la afectación al orden social.

⁹³ *Idem*, Pág. 395

⁹⁴ *Idem*



El sistema del control social, derivado de su carácter fundamental, puede dividirse en dos grupos. Están los instrumentos de control como la opinión pública, la sugerencia, el ideal personal, la religión, la cultura y, sobre todo, la valoración de su fortaleza derivada de sus valores morales básicos. Estos aspectos controlan a las personas de muchas formas que nada tienen que ver con el bienestar social visto como una garantía para la colectividad. A esto se le denomina ética.

Por otro lado, se encuentran las leyes, las creencias, la educación, etc. Estos son los medios más frecuentemente escogidos en orden de lograr las metas trazadas. Es una forma de elegir estar bajo el control de una minoría organizada y que puede ser útil ya sea para el beneficio colectivo o para beneficios de clase, como herramientas de política. Entendiéndose el término política en su sentido original de concerniente a lo político.

Ahora bien, la preeminencia de un grupo o de otro en el esquema regulador depende de la constitución de la sociedad. Las herramientas políticas que operan para perjudicar o coaccionar a través del miedo o la amenaza son:⁹⁵

- En proporción a que los miembros de la población para que deban mantenerse unidos debe existir sumo control.
- En proporción a que debe existir subordinación del deseo y bienestar del individuo hacia el esquema de control.
- En proporción a que la configuración social estipula las diferencias estereotipadas por el estatus.
- En proporción a que las diferencias por condiciones económicas y oportunidades va a consagrar privilegios hacia los espacios sociales elevados y mayormente acumulativos económicamente.
- En proporción a que la relación parasitaria debe mantenerse entre razas, clases o sexos.

⁹⁵ *Idem*, Pág.412



Por otro lado, se encuentran las herramientas éticas, más blandas, iluminadoras y persuasivas, las cuales son:

- En proporción a que la población es homogénea en cuanto a su consideración de raza.
- En proporción a su cultura tomándola como uniforme y a la vez difusa.
- En proporción a que las relaciones sociales entre los miembros de la población sean abundantes y amistosas.
- En proporción a que el total de la carga requerida para el orden social se apoye sobre el hecho de la individualidad.
- En proporción a que la constitución social no se consagra sobre distinciones de estatus o en relaciones parasitarias, que, por el contrario, se conforma de las nociones básicas de justicia común.

Para confirmar las anteriores propuestas, solo hay que recordar que la democracia reconoce la homogeneidad de la población, las relaciones sociales libres, el mínimo de interferencia con el individuo, la dignidad de la persona y la igualdad ante la ley. Al fallar cualquiera de estas condiciones, las formas democráticas devienen en farsantes.

Nuevamente, las herramientas del control deben ser distinguidas en respeto a las funciones para las cuales fueron designadas. Existe una tendencia a asignar a cada forma de control el trabajo que mejor se adapte a sus funciones. Es así como surgen las diferentes agencias del control social, a pesar de que difieran en su objetivo específico en beneficio del orden social.

Para Ross, el control social es un ejercicio envolvente de los grupos sociales, por medio del cual se deben considerar una serie de acciones que no privilegien a unos por sobre otros. Sin embargo, claramente diferencia la intencionalidad y diferencias entre lo político y lo ético, que muchas veces se verá interferido por la mala interpretación que se dé a las necesidades sociales de la población.



El control social, es la búsqueda por unificar diferencias preexistentes en varios grupos humanos, que llegan a coincidir en un espacio social, y que necesariamente deben seguir cierto orden para obtener el privilegio de una vida armónica y un orden social que beneficie a esas diferencias.

Tal y como lo había afirmado Janowitz, los estudios de Ross se enfocaron en la búsqueda del orden por medio del aspecto moral, para reconducir a esta diversidad cultural hacia una homogeneidad. El valor de su propuesta radica que, a pesar de la ausencia de sistematización, abrió el camino para que los sociólogos posteriores a él buscaran un sentido mayormente científico al control social, dentro de diferentes épocas y llegar a establecer, que dicho concepto es tan variable, porque lo que lo mantiene vigente es la necesidad de las personas por mantenerse dentro de un orden y una organización, debido, a que la sociedad se mantiene en constante transición, lo cual va produciendo diferentes manifestaciones individuales de desviación de la armonía grupal y societal.

2.3 El Estado y el individuo

Dentro del estudio de la evolución del Estado actual, la estrategia del control es una de las facetas o medios que tiene el propio Estado para perpetuarse; por medio de una determinada presencia sobre el individuo asegura el mantenimiento de su estructura definida por: la esfera del poder y de la propiedad de los medios de producción decisivos, por una parte, y la esfera de los individuos dependientes, de los productores alienados de su trabajo, por otra parte.⁹⁶

Esta referencia específica está dirigida a las características de un Estado neoliberal pero que en síntesis, se puede decir, se aplica a todo tipo de Estado, con ciertas variantes derivadas de qué tipo de control se tenga estatuido para el mantenimiento del orden societal.

Afirma Miralles, utilizando una cita de Mansilla, que “esta presión del estado se hace efectiva por las distintas instancias de control que de modo informal o formal actúan

⁹⁶ Cfr. T. Miralles, “*El Estado y El Individuo: La disciplina social*”, en R. Bergalli, *et al*, *El pensamiento Criminológico II, Estado y control*, Bogotá: Temis, 1983, Pág. 37



en la sociedad sobre un elemento humano unidimensional, porque es considerado por la función que desempeña de simple elemento de explotación del capital, quedando cualquier otro tipo de desarrollo de su individualidad reducido a estrechos límites.⁹⁷

Se entiende, pues, que siempre y cuando el individuo se someta a las condiciones que se le imponen dentro de un conjunto de elementos productivos, estará en contacto de una u otra forma con el control informal, al seguir la línea que se le ha inculcado en el proceso de socialización, lo que a su vez, incidirá en que entre o no en contacto con el control formal, ámbito donde el Estado manifiesta claramente su función represora.

Esta formación de una actitud de conformismo se realiza por la acción de las instancias de control, de modo que cada individuo haga suyas las premisas del orden social que han sido implantadas desde sectores minoritarios de poder. Afirma Miralles que es de esta forma como “el poder del Estado de organizar el trabajo alienado del productor no propietario⁹⁸ y la integración de este individuo atomizado en la normativa de orden y consenso se ramifica en la sociedad por las instancias de control que interiorizan en cada individuo la disciplina social que ello exige, de acuerdo con el papel que tiene asignado en cada instancia.”⁹⁹

“Es por ello que en el ámbito del neoliberalismo, que es hacia donde se enfoca la autora –que puede ser aplicado en cualquier tipo de sistema, antiguo o actual–, la base de la adaptación unidimensional requiere una actitud de disciplina para realizar un trabajo productivo, crear y mantener una familia y ser capaz de realizar el máximo nivel de consumo.”¹⁰⁰

⁹⁷ H. Mansilla. *Introducción a la Teoría Crítica de la Sociedad*, Barcelona: Seix Barral, 1970 citado por Miralles, Ob. Cit., Pág. 37

⁹⁸ Para ampliar este concepto se hace referencia a lo acotado por la autora en cuanto a que “*La exclusión de la actitud crítica y la formación de la actitud de conformismo se realiza por la acción de las instancias de control, de modo que cada individuo haga suyas las premisas del orden social fruto de un bienestar de propietarios, del que están excluidos, olvidados y segregados los ‘no propietarios.’*” Miralles, Ob. Cit., Pág. 39

⁹⁹ T. Miralles, Ob. Cit., Pág. 39

¹⁰⁰ *Idem*



“La disciplina necesita para imponerse de una base autoritaria que la mecánica ha sido en cada instancia de control. En cada una de ellas la posición autoritaria es ejercida por el individuo que más representa los intereses estatales, siendo, por lo tanto, el símbolo del mismo Estado. Este sujeto-autoridad ha sido el mismo disciplinado para ejercer su papel canalizador de las normas disciplinarias.”¹⁰¹

Indudablemente, a partir de la existencia del Estado, se legitima la disciplina que debe ser ejercida por las instancias de control social; esta disciplina ha sido impuesta al que va a ejercer la autoridad disciplinaria por las mismas instancias controladoras que ahora lo disfrazan de autoridad disciplinaria; es decir, tanto los que ejercen la autoridad como los potenciales a ser controlados, sobreviven dentro de un círculo de control que continuamente está legitimando sus formas de ejercicio por medio de las necesidades surgidas por la evolución en la propia sociedad.

“Esta función autoritaria exige como contrapartida unos sujetos obedientes que reciban las normas y las acepten, es decir, las interioricen sin la menor oposición. Comporta una situación de dominado, de receptor no pensante, porque produce una conciencia especial en el individuo que la sufre, desarrollando una percepción determinada de sí mismo, de la figura de autoridad y de los demás dominados.”¹⁰²

Por medio de la familia, la escuela, la religión, los medios de comunicación social, el proceso de socialización que se lleva primariamente en la personalidad del individuo, se ejerce de una forma persuasiva, sin embargo, siempre se mantienen los lazos cercanos con la disciplina emanada desde las instancias controladoras del Estado.

La familia como pilar de la sociedad está constituida desde la concepción del Estado según la Constitución Política; la educación-escuela, es un derecho constitucional, porque en dicho espacio físico-moral-psicológico se reproducen los esquemas disciplinarios que imperan en el control social; los mismo puede decirse de la religión-fe, por medio de la cual se imponen formas de comportamiento-obediencia que van a redundar en ser o no un buen ciudadano. Asimismo, por medio de los

¹⁰¹ *Idem*

¹⁰² *Idem*, Pág. 40



medios de comunicación social, se están perfilando formas de ser adecuadas para una convivencia armónica.

En cuanto al sistema de normas específicamente que funcionan para el control-amenaza de conductas antisociales o desviadas, el Estado ejerce su potestad represora por medio de la legitimación del poder punitivo sobre los no obedientes al sistema imperante. Es de esta manera, que el control social se ejerce desde instancias informales, mediante recursos persuasivos: la familia, la escuela, la religión, los medios de comunicación; y, por medio del recurso coercitivo-represión del orden jurídico, que corresponde a las instancias del control social formal.

2.4 Las instancias del control informal

El control informal podrá ser más o menos eficiente respecto de su actuación sobre el individuo, pues este no es un ente sujeto a leyes deterministas, sino que es justamente capaz de autodeterminación (de esta autodeterminación de ser o no obediente, se va a derivar la presencia de un control coercitivo para doblegar esta autodeterminación cuando la misma afecta el orden societal). Para Miralles, es de esta forma que el individuo presenta distintas respuestas al condicionamiento disciplinario, “de modo que a partir de su experiencia vivida a su paso por las diversas instancias informales llegará a aceptar con mayor o menor fuerza, con mayor o menor convicción, la ideología que se le ha transmitido. De ahí que su constelación de valores y actitudes se inscriban o no, total o parcialmente, en las premisas de la ideología consensual. Las instancias de control informal son eficaces cuando convierten al individuo en un sujeto adaptado que acepta lo que la sociedad le impone a lo largo de su vida; nunca o raramente presentará una actuación que quebrante las reglas establecidas.”¹⁰³

A pesar de ello, se dan disidencias por parte de algunos individuos, porque las instancias de control social informal no llegaron al consenso necesario para que la socialización de estos individuos fuera eficiente en la forma de transmitir la disciplina vigente. De esta disidencia surgen grupos de desobedientes a quienes hay que

¹⁰³ *Idem*, Pág. 41



atarjarles por medio del funcionamiento del conjunto de instancias formales de control que reproducen y mecanizan las mismas exigencias de poder que las instancias informales pero de modo coercitivo, pues se rigen y legitiman por las directrices del conjunto de normas que contienen el poder absoluto del Estado sobre el individuo.

Una vez que el individuo desobediente traspasa las fronteras de lo informal y lo formal, se hace acreedor de los castigos, que ya no son los impuestos a partir de la persuasión prevaleciente en el contexto del control informal, entran ya al ámbito jurisdiccional donde el castigo es sinónimo de pena.

2.4.1 La familia

El afianzamiento de la familia como institución autoritaria en la estructura social del siglo XX, le confiere la capacidad de entrenamiento de la autoridad en los hijos e hijas. La dependencia de estos de la autoridad paterna y materna ya no se basa únicamente sobre el aspecto económico; las autoridades en la familia se transforman en reproductores del sistema informal, que de todos modos es impuesto por los controladores estatales, para crear en la juventud a su cargo la dependencia y la obediencia por medio del recurso persuasivo, a todo el sistema estatal que siempre amenaza al desobediente con castigarlo con el peso de toda la maquinaria del poder punitivo, que le es conferido al Estado apunta Miralles que “Un estudio realizado en los Estados Unidos de América sobre las características de la personalidad autoritaria y su actitud de aceptación de las normas opresoras del Estado fuerte, ha puesto de relieve que el papel principal de la familia en el siglo XX se centra en la función ideológica, en la transmisión de los patrones de autoridad familiar y que en su vida adulta valoran la autoridad, la rigidez y la convencionalidad en todas las relaciones que se imponen a su vida. Y su visión del orden en la sociedad se rige en consonancia con la rigidez y convencionalidad que ha vivido: valoración de todo lo masculino, de la fuerza y del poder de la propiedad.”¹⁰⁴

¹⁰⁴*Idem*, Pág. 47



En cuanto a la valoración de todo lo masculino, a pesar que en el siglo XXI la figura de la mujer ha adquirido relevancia, siempre han quedado remanentes de esta visión social de que la figura del hombre es la portadora de la autoridad.

Por ello, difícilmente se le puede adjudicar la figura de total autoridad a una mujer, aunque es un hecho de la vida actual la existencia de familias monoparentales, en donde la madre es la figura de la autoridad. Indiscutiblemente, que la relación madre-hijos-hijas, está basada en mayores lazos emotivos y comprensivos, que cuando existe la figura del hombre, cuyas diferencias estructurales en el universo emocional con la mujer son de grandes dimensiones, pero ello no impide que la mujer por sí misma pueda ejercer autoridad en cuanto al disciplinamiento persuasivo de la juventud a su cargo.

De cualquier manera, ella ha sido sujeto de control por parte de su propia familia. Solo reproduce lo que está en su formación primaria, por lo tanto, el Estado, por medio de la mujer, también puede ejercer el control sobre los potenciales obedientes.

2.4.2 La escuela

“La escuela, como instancia del control, reproduce en el educando la misma función autoritaria para la normalización, aceptando dentro de su funcionamiento a quienes se adaptan y excluyendo, por vía de la psiquiatrización, mediante problematización, al inconforme.”¹⁰⁵ En la actualidad en los espacios educativos, se ve la tendencia a buscar solucionar la inadaptación a la disciplina educativa, por medio de la figura del niño o joven problemático, lo que hace constante la recurrencia a la vía de la psiquiatrización en la disciplina.

Esta tendencia no se puede justificar, pues, el maestro al ampararse en la superioridad valorativa de sus conocimientos impone una serie de actitudes, de lenguaje y de conocimientos, pero no en una relación de horizontalidad con sus dependientes educandos, sino inculcando dichos aspectos desde su posición desde arriba, cuya única respuesta debe ser la aceptación. “El educando ha de adquirir los

¹⁰⁵*Idem*



conocimientos, absorber las actitudes, modelar un lenguaje y unos símbolos permitirse la menor postura de crítica o de rechazo que se tacha de rebelión “peligrosidad” para los demás.”¹⁰⁶

Consecuentemente, no se enseña a razonar ni a tener dudas, aunque curricularmente se inflen contenidos en función de ello. Se les evita a los educandos el análisis de las situaciones que consideren inoportunas a sus necesidades, es decir, a tener experiencias propias y a sacar las propias conclusiones.

La escuela, con recursos menos persuasivos que la familia, es una secuencia del proceso de socialización del individuo que inició con esta segunda; sin embargo, la influencia del pensamiento sistematizado por las instancias estatales para la conformación de la globalidad obediente está presente en la puesta en vigencia del currículo escolar, que los reproductores-maestros están obligados a enseñar o a imponer, con la finalidad de mantener el orden social, que viene en línea directa enlazada con la función controladora primaria de la familia.

Además, hay que tomar en cuenta, como afirma Miralles, “que el educando, al estar en la misma posición de dominado que sus condiscípulos, consolida la propia percepción de pertenecer a un conjunto de individuos normalizados donde es perjudicial destacar críticamente, y el control de esta disidencia surgirá de sus propios compañeros normalizados; de ahí que cada individuo se autocontrole en su disciplina.”¹⁰⁷

Se entiende, pues, que el temor a ser diferente es lo que hace al educando obediente, no su convicción por conocimientos puros y directos, sino por la existencia de un control que tiene toda la potestad de marginarlo como indisciplinado y, por ello, peligroso.

¹⁰⁶*Idem*

¹⁰⁷*Idem*, Pág. 48



2.4.3 Los medios de comunicación masiva

Las investigaciones sobre *mass media* han tendido a concebir a estas como un medio de control social en el sentido más amplio. A partir de criterios que se guían desde los planteamientos de los *mass media*, por medio de los cuales buscan la manipulación, el libre mercado, el consenso y por último el efecto nulo, la función de estos medio comunicacionales es la de reafirmar las normas sociales al exponer desviaciones respecto de tales normas ante la opinión pública.¹⁰⁸ Además, “Puesto que los son sustentados por grandes complejos del mundo de los negocios enclavados en el actual sistema social y económico, los medios contribuyen al mantenimiento de este sistema.”¹⁰⁹

Innegablemente, los mass media determinan qué hechos significantes han tenido lugar, sino además también, por y para la población, señalan cómo han de ser entendidos. Plantea Bustos Ramírez, desde una cita de Smaus, que: “La teoría del consenso considera los *mass media* como una forma de control social, esto es, sobre la base de entender de una determinada forma los sucesos del mundo real, pero además ello tiene como fundamento el consenso. Es decir, lo que entiende la mayoría (los normales) su ideología, es el mensaje que hacen llegar los mass media, separando entonces de la mayoría (los normales) a la minoría (los desviados).”¹¹⁰

El consenso juega entonces una función determinante dentro de la sociedad y los *mass media* tienen por misión la circulación constante, con el objeto de su mantenimiento. En gran medida la teoría del consenso tiene, como la del mercado, un carácter idealista, pues no se plantea los problemas materiales del consenso, no establece la estructura social en que se da ese consenso ni cómo se da.

¹⁰⁸ P.F. Lazarsfeld. y R. K. Merton *Comunicación de masas, gustos populares y acción social organizada*, 1979, Pág. 146, citado por J. Bustos Ramírez, “Los Medios de Comunicación de Masas” en Bergalliet al, Ob. Cit., Pág. 52

¹⁰⁹ *Idem*, Pág. 53

¹¹⁰ G. Smaus. “Funktion der Berichterstattung über die Kriminalität in den Massmedien”, en *Kriminologisches Journal*,



Por otra parte, la teoría del efecto nulo, en cambio, señala que todos, periodistas, audiencia, están dentro de un determinado orden social, que es el que impone una determinada ideología y determinada forma de transmitirla. Esta postura parte, y aquí Bustos Ramírez recoge el planteamiento de Dröge¹¹¹ de que “en la sociedad capitalista se trata de la separación de los productores de los medios de producción y de los productos de su trabajo [...] y que estos procedimientos de apropiación de los medios de producción y de trabajo no remunerado por parte de una clase, tienen que ser legitimados, para lo cual entonces, los medios de comunicación se convierten en instrumentos de dominio de la clase que está en posesión de los medios de producción, en tanto enajena la conciencia de los productores del conocimiento y las relaciones de producción.”

Se entiende, en dicho planteamiento, que la proyección de la sistematización de desapropiar a los productores de los productos de su trabajo, por parte de los dueños de los medios de producción, es legitimada por los *mass media* dejando claro que esta no posee autonomía alguna, pues la relación que se da es de una total dependencia de los medios comunicacionales de la clase dominante.

Es de entender, entonces, que la propia concentración del capital conduce a que las empresas de comunicación de masas estén vinculadas a todo el mundo de los negocios y, por ello, “dicho de otro modo, los monopolios norteamericanos promueven la investigación y las metodologías que precisan para su mantenimiento y expansión. Y de hecho, ha surgido una subdivisión enteramente nueva de estudios sobre la comunicación, enfocada de forma especial sobre estos aspectos.”¹¹²

Aunado a ello, existe la prevalencia del dominio de criterio de los propietarios por sobre los propios comunicadores, quienes tienen que mantener la misma línea de pensamiento que quiere dirigir el medio de comunicación a los receptores. Nuevamente, se ve cómo se reproduce el disciplinamiento sistemáticamente de la

¹¹¹ F. Dröge. *Wissen ohne Bewusstsein. Materialien zur Medienanalyse*, Fischer Athenäum, Frankfurt, 1979, Pág. 19, citado por Bustos Ramírez, Ob. Cit., Pág. 53

¹¹² H. I Schiller. A la espera de órdenes. Tendencias generales en la investigación de la comunicación de masas en Estados Unidos, 1979, Pág. 72, en M. de Moragas, *El trabajo teórico y las alternativas a los “Mass-media”*, 1979, Págs. 63-82, citado por Bustos Ramírez, Ob. Cit., Pág. 54.



ideología desde el poder capitalista en *mass media* que, visto desde la perspectiva del control, está mecanizando de una forma persuasiva la ideología del grupo dominante.

Resultado de lo anteriormente planteado es el hecho de la criminalización mediática de ciertas conductas desviadas, al presentarlas como altamente peligrosas para la sociedad; se da una total cobertura en todos los medios, con la intención de manipular el pensamiento del receptor, en cuanto a que dichas conductas le hacen daño irreparable a la sociedad en general y que por ello merecen el castigo de la ley.

No solo legitiman la ideología dominante de sus dueños sino que legitiman el poder punitivo del Estado, por sobre clases desposeídas pues las conductas antisociales a las que hacen referencia, generalmente son delitos comunes, de los cuales la policía tiene amplio conocimiento por las denuncias que llegan a esta instancia; en cambio, escasamente, por no decir casi nunca, a la policía llega en forma directa todo lo relacionado con la propiedad, cuando se trata de grandes estafas o fraudes complejos, ni tampoco los delitos contra el orden socio-económico ni otros semejantes.

Es de esta manera cómo la criminalidad es manejada por los *mass media*, con la finalidad única de establecer parámetros definitorios del bien y del mal, por medio de los informes que la propia policía les da a conocer, permitiendo que ciertos delitos de violencia, se mantengan en los informes policiales con un incremento mucho mayor que cualquier otro tipo de actos delictivos, a pesar que ello no corresponda a la realidad.

De la relación entre *mass media* y policía, se configura una criminalidad inflada, cuyos actores generalmente van a ser miembros de las clases bajas, lo cual permite la prevalencia del criterio que personas como los propietarios de los medios son los buenos; esto sencillamente es una de las tantas aberraciones surgidas de los medios de comunicación masiva, a los que poco les importa el enfoque de la realidad, necesitan mantenerse alineados con el grupo poderoso, haciendo caso omiso de los delitos que este grupo puede cometer. El control social emanado de los medios de



comunicación masiva, no permite percibir la represión pues sus formas de comunicación por medio de toda la tecnología obnubila la realidad de los receptores. Por ello, no implica que estén en lo correcto.

2.4.4 El control formal: policía y justicia

2.4.4.1 La instancia policial

Se puede partir de manera neutra y descriptiva en la caracterización de la policía como un órgano de control social formal cuyo objetivo es la protección de la sociedad y sus ciudadanos, esto es, defensa de peligros.¹¹³ Resulta esta definición sumamente neutra, y, a pesar de ello, puede decirse que esa misma neutralidad le da la ventaja de poder ser aplicada dicha definición, en cualquier espacio y tiempo. Sin embargo, su propia metafisicidad genera obstáculos de tipo aplicativo por no poder resolverse dentro de una realidad específica.

Según Rico, “si se dice que la policía es una de las instituciones esenciales del Estado o que es la encargada de la aplicación de las leyes y del orden público”¹¹⁴, se puede entender claramente que esas son sus funciones; la cuestión aquí es por qué es así, cómo sucede y qué efectos producen.

“Para contestar esas preguntas hay que partir de un presupuesto completamente diferente al anterior, la policía no como un concepto metafísico, sino como un hecho político. De entrada, esto significa que la policía no es una institución del Estado simplemente, sino siempre de un determinado Estado”¹¹⁵ “y, por tanto, sus características son diferentes en el Estado absoluto, en un Estado de Derecho y en un Estado totalitario y más aún, que dentro del propio Estado de Derecho también hay diferencias según se trate del Estado liberal, intervencionista o social de

¹¹³ A. Mergen. *Die Kriminologie*, 2ª. ed., Vahlen, Munich, Alemania, 1978, Pág. 323, citado por J. Bustos Ramírez. “El control formal: policía y justicia. La Instancia Policial” en Bergalliet al, Ob. Cit., Pág. 63.

¹¹⁴ J.M. Rico. *Crimen y justicia en América Latina*, Siglo XXI, México, 1977, Pág. 309

¹¹⁵ E. Derringer. *Polizei und demokratische Politik*, en E. Derringer y K. Lüderssen. *Polizei und Strafprozess in demokratischen Rechtsstaat*, Suhrkamp, Frankfurt, 1978, Págs. 143-167, citado por Bustos Ramírez, *Idem Supra* nota 43



derecho. Y que, por otra parte, también surgen diferencias por el hecho de tratarse de un Estado metrópoli o dependiente, desarrollado o en vías de desarrollo.”¹¹⁶

Como no es el caso en este apartado, en el enfocar las diferentes especificidades de los diferentes tipos de Estado, se dirige la atención a la situación de la policía dentro de un Estado social de derecho. En el planteamiento de este tipo de Estado trae como consecuencia la necesidad de vinculación social entre la policía y comunidad y, por ello, el requerimiento de asunción por parte de la policía de labores de asistencia social a todos los niveles.

Ello ha llevado a cabo en mayor o menor medida, según las circunstancias, pero sujeto a las contingencias de la necesidad de un mayor control de la actividad social; y evidentemente, tal función de asistencia ha disminuido en el último tiempo, en especial porque después de una serie de acontecimientos a nivel latinoamericano, como ejemplo: manifestaciones de grupos que han exigido justicia por distintas razones, se ha acentuado la actividad represiva en razón de la doctrina de la seguridad nacional.

“Todo Estado de Derecho en cuanto organización política necesita ejercer un control social sobre los ciudadanos y en tal sentido la policía resurge con características semejantes a épocas anteriores, pero con la diferencia fundamental de que está sometida a la mayor o menor transparencia que puede ostentar un Estado de Derecho, que siempre está ante la alternativa de transitar hacia una vía autoritaria o hacia una vía democrática.”¹¹⁷

En síntesis, “el Estado de Derecho en cuanto organización política necesita ejercer un control social sobre los ciudadanos y en tal sentido la policía resurge con características semejantes a épocas anteriores, pero con la diferencia fundamental de que está sometida a la mayor o menor transparencia que puede ostentar un

¹¹⁶J. Bustos Ramírez, Ob. Cit., Pág. 63

¹¹⁷ F. Dupont. (Collectif franco-allemand), *La secrete contre les libertés*, París, 1979, Pág. 43, citado por Bustos Ramírez, *Supra* nota 43, Pág. 65



Estado de derecho, que siempre está ante la alternativa de transitar hacia una autoritaria o hacia una vía democrática.”¹¹⁸

Afirma Bustos Ramírez que: “Se ha establecido un determinado orden y es ese orden el que tiene que mantener la policía; frente a él resulta igual de quién se trate, no hay distinción posible entre criminales y no criminales. Todo el que se opone a ese orden cae dentro del marco policial. Por eso la policía aparece ligada indisolublemente al concepto de orden público y resulta difícil, como se comprueba en España, plantear una concepción renovadora en esta materia; así es como el planteamiento de seguridad ciudadana como sustitutivo de la idea de orden público ha quedado al final como un simple cliché sin mayor contenido.”¹¹⁹

“La función fundamental para la policía, surgida dentro del Estado Moderno y como componente de su organización política, es el mantenimiento del orden. Así como a las fuerzas armadas compete la salvaguarda del orden externo correspondiente al Estado, a la policía compete el orden interno. A las fuerzas armadas corresponde tratar con el enemigo, a la policía con los connacionales, con los propios ciudadanos del Estado. Ésa sería la diferencia funcional entre una y otra institución desde el punto de vista del control y, por ello, también la diferencia de los medios a emplear. En un caso dirigidos a la exterminación del enemigo, en el otro, solo al sometimiento de los desordenados.”¹²⁰

A pesar de esta clara diferenciación de funciones entre policía y fuerzas armadas-ejército, en la actualidad por la prevalencia de la doctrina de la seguridad nacional, esta distinción se ha hecho borrosa, pues conforme a ella el enemigo del Estado puede ser tanto externo como interno. El concepto de “orden del sistema resulta único e indivisible, luego todo el que esté en contra de él o en desacuerdo con él es un enemigo”.¹²¹

¹¹⁸ *Idem*

¹¹⁹ J. Bustos Ramírez, *Supra* nota 43, Pág. 65

¹²⁰ *Idem*

¹²¹ *Idem*



Desde la definición de Schmitt¹²² de que lo político no era otra cosa que la dicotomía enemigo/amigo, ya los juristas nazis al absolutizar al Estado llegaron a la misma conclusión, por eso para ellos el delincuente era un traidor.

Luego también los medios en uno y otro caso han de tender al exterminio.¹²³ “Derivado de ello, se trata de la defensa del Orden, que adquiere entonces un carácter metaespacial y metatemporal, en definitiva pasa a ser un concepto metafísico. Enemigo es todo el que no esté con ese orden, sin importar ya la nacionalidad, solo son nacionales los que están con ese orden.”¹²⁴

Cabe considerar en este aspecto, que dentro de la función general de la policía de mantenimiento del orden, se está refiriendo específicamente a los hechos considerados dentro del Código Penal, en tanto que también atacan al orden del sistema. Por lo que se estaría refiriendo específicamente a los aspectos propiamente de función criminal de la policía, de represión y prevención del crimen. Indudablemente, represión y prevención vistas desde una panorámica conceptual, se puede considerar una contradicción, pues si la función primaria de la policía es el mantenimiento del orden, con ello se está implicando que previo ha existido un desorden que afecta al Estado; ahora bien, dónde calza la prevención en todo este espectro funcional del policía como ente represor y a la vez preventivo.

Por ello, de acuerdo a lo afirmado por Bustos Ramírez, resulta bastante problemático desarrollar roles antagónicos por parte de la policía, pues se crea una confusión y por lo tanto una eficacia.

“Todo esto provoca también problemas dentro de los roles de la policía. Dentro del Estado la policía ocupa el rol de guardián del Estado en lo que se refiere al orden de su sistema y como tal lo ejerce y es visto por los ciudadanos. Cuanto mayor es la distancia entre la organización política y la sociedad civil, con mayor fuerza su rol aparece antagónico frente al ciudadano [...] Si ya hay problema dentro de este ámbito, más problemático aún resulta plantear además el rol asistencial, ya que éste

¹²² Cfr. C. Schmitt. *El concepto de lo político*, Alianza Editorial, Madrid, 1991, Pág. 56

¹²³ J. Bustos Ramírez, *Supra* nota 43, Pág. 66

¹²⁴ *Idem*



no se puede ejercer y servir juntos a los otros, pues requiere una actitud totalmente diversa por parte de la policía y los ciudadanos; solo puede resultar esporádicamente, pero no en forma permanente.”¹²⁵

Ciertamente, la configuración de la personalidad policial es de tipo táctico-operativo, pues, para ello, fueron preparados en espacios destinados específicamente para aprendizaje de estrategias de defensa del orden social, es decir, combatir al peligroso; escuetamente se les forma en aspectos relativos al valor de la comunidad como parte de su currículo de estudio, por lo que prevención, que es la parte no táctica, y represión, que es la fuerza coercitiva para la que fue preparada dicha personalidad, llegan a ser totalmente antagónicos, dentro de una misma funcionalidad.

Es innegable que pueden existir programas con la finalidad de que la institución policial tenga un perfil de policía comunitaria con la finalidad de prevenir el crimen, pero ello implica crear una unidad específica dentro de las fuerzas policiales, la cual tiene que estar profesionalizada en aspectos de derechos humanos, de convivencia armónica, pero entonces, la institución policial deja de servir para el mantenimiento del orden social que requiere el Estado, y que no es otra cosa que mantener a la población en estado de obediencia a las normas bajo el recurso de la coerción.

De ahí entonces, que en los últimos tiempos se insista en la desmilitarización y desburocratización de la institución policial y se plantee la creación de una policía profesional.¹²⁶ “Para ello resulta indispensable un cambio completo en la formación, esto es, que se imparta con criterio profesional, de la misma manera que a un ciudadano cualquiera se le habilita para una profesión dentro de un sistema democrático. Con esto se trata entonces también, de producir, por organización y actitud, un acercamiento mayor entre la policía y la sociedad civil, y al mismo tiempo compatibilizar su eficacia con un sistema democrático.”¹²⁷

¹²⁵ *Idem*, Pág. 67

¹²⁶ Cfr. H. J. Broderick. *Police in a time of change*, 1a. ed., General Learning Press, New Jersey, EE.UU., 1977, Págs. 193 y ss.; S. Walker. *A critical history of police reform*, Massachusetts: Lexington Books, 1977, Págs. 167 y ss.

¹²⁷ J. Bustos Ramírez, *Supra* nota 43, Pág. 68



A pesar de cualquier propuesta emergida desde el pensamiento democrático en búsqueda de una relación perfectible entre policía y ciudadanía, esta primera no debe ser parte del control social formal, que por su naturaleza siempre tiende a la represión que le obliga el Estado.

La policía tiene un amplio campo de decisión, cumple realmente a nivel particular y primario funciones de juez. La policía decide quiénes son sospechosos; para ello se ha construido un marco general personal (gente decente y sospechosos –asociales, lumpen, gamberros, etcétera–) y de lugares o barrios, además de un catálogo de apariencias y conductas sospechosas y de criterios más específicos respecto de delitos más especializados.

“Por otra parte, es la propia ley la que sirve de base para el establecimiento del círculo de sospechosos; así, por ejemplo, al señalarse y describirse el hurto como delito, de partida se plantea como sospechosos a los no poseedores, a los desposeídos.”¹²⁸

Esto realmente, no resulta nada novedoso, pues el etiquetamiento que la propia sociedad hace de los desposeídos, como personas con toda la capacidad de delinquir, no es producto específicamente de la ley, es parte de la cultura de una sociedad donde hay una alta presencia de pobreza, donde se ha inculcado que los marginados sociales lo son por su naturaleza de maldad y no al contrario, de que la pobreza es producto de otro tipo de maldad, como es la falta de voluntad política para equilibrar el funcionamiento estructural de sus programas de política social general.

En síntesis, cada policía y la policía en general señalan -y tienen el espacio de juego necesario para ello- quién y qué va contra el orden. De modo que, además de participar del marco general de selección fijado ya por el sistema y en especial por la ley de quiénes y qué va contra el orden, la policía agrega una pauta concreta de selección, de control y de criminalización. Por tanto, lo más normal es que la

¹²⁸*Idem*, Pág. 70



criminalidad aumente o varíe en razón de esta pauta¹²⁹, que depende del sistema de ley y sobre todo de la propia organización y formación de la policía; y en ese sentido el propio control policial resulta un factor de criminalización, origen de la criminalidad.

2.4.4.2 El ámbito de lo judicial

La doctrina criminológica ha distinguido, como un concepto más particular del género control social, lo que se denomina como control del delito o, más técnicamente control social jurídico-penal. A este último se lo define como “todas las instancias sociales, estrategias y sanciones que aspiran a obtener la conformidad de los comportamientos humanos respecto de las normas protegidas penalmente.”¹³⁰

Consecuentemente, el ejercicio del este control social jurídico-penal lleva implícito el fracaso de la política social general del Estado, que radica en lo social y económico (prevención primaria) en la evitación de delitos, y comprende tanto la actividad referida a los delincuentes ocasionales (prevención secundaria) como la relativa a los delincuentes reincidentes (prevención terciaria).

Los fines y objetivos de esta especie de control, dice Bergalli, “Se orientan, entonces, por la perpetración de delitos, motivo por el cual, para que aquel opere han de entraren actividad los códigos penales y toda la legislación que prescribe consecuencias jurídicas de carácter punitivo para quien la viole, de forma que estas infracciones deben ser reconocidas por una autoridad judicial como actos punibles, revestidos de las características propias que les atribuye el Derecho Penal.”¹³¹

Es de entender, pues, que toda vulneración a la valoración contenida en el Código Penal, por parte de la conducta de cualquier sujeto, es una desvaloración de dichas normas las cuales llevan consecuentemente, una pena. En este entramado de aplicación de una pena, es esencial la participación de las instancias del control

¹²⁹J. Ditton. *Control. Beyond the new criminology*, Londres: The MacMillan Press, 1979, Pág. 8 y ss., citado por J. Bustos Ramírez, Ob. Cit., Pág. 71

¹³⁰G. Kaiser. *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg-Karlsruhe, 1980, Pág. 160, citado por R. Bergalli. “La Instancia Judicial, Política del control social. Estado y justicia” en Bergalliet al, *El Pensamiento Criminológico II. Estado y control*, Bogotá, Colombia: Temis, 1983, Pág. 73

¹³¹R. Bergalli, “La Instancia Judicial, Política del control social. Estado y justicia” en Bergalliet al, *El Pensamiento Criminológico II. Estado y control.*, Bogotá, Colombia: Temis, 1983, Pág. 75.



social formal, cuya dinámica inicia desde la participación policial hasta la sentencia condenatoria, emitida por la instancia judicial.

“Entre los modos y medios de control social general, a los cuales pertenecen la religión, la moral, el derecho, la educación, etc., el control jurídico-penal se limita estrictamente a la aplicación del Derecho Penal. Esta afirmación supone que el derecho, y en particular el Derecho Penal, establece un sistema de conducción normativa que está racionalmente construido y fuertemente formalizado, el cual revela una especificidad funcional y una asignación muy concreta de tareas. Además, dispone de un equipo (los jueces) de vigilancia y aplicación de las normas fácilmente identificable que posee una unidad de conjunto de marcada eficacia.”¹³²

Los responsables del control jurídico-penal que actúan públicamente son la policía, la administración de justicia, el personal que atiende a quienes cumplen condenas de ejecución condicional y los funcionarios de la ejecución penal. Todos ellos siguen las directrices más o menos represivas o preventivas, según lo ameritan, desde su perspectiva, los casos a su cargo.

Pero para el cumplimiento de estos fines, este grupo de controladores disponen de una potestad sancionatoria que únicamente permite aplicar sanciones negativas. Entre estas se consideran las penas y las medidas de seguridad y mejora, así como todos los medios previstos por el derecho procesal penal.

Afirma Bergalli que: “dada la creciente duración de la prisión preventiva que se verifica en general y sus consecuencias estigmatizantes, también ella debe considerarse como una de esas sanciones negativas entre las cuales, asimismo, no es inoportuno incluir el empleo desmedido que de la detención o arresto hacen aquellos sistemas de gobierno -al amparo de alguna disposición constitucional para estados de sitio o excepción que manipulan a su conveniencia- en América Latina, como

¹³²*Idem*



medio de control sobre los disidentes políticos para equiparlos a la criminalidad común.”¹³³

Es evidente, entonces, que la actividad del control social jurídico-penal se coloca naturalmente en el centro de los intereses de la criminología.

Con lo dicho, queda expresada cuál es la relevancia que poseen todos los operadores de este control jurídico-penal. Queda, por tanto, desarrollar la temática en torno a la agencia específica de cumplimiento de condena, que si bien en cierto sentido, se aparta de la denominada prevención general contenida en el marco jurídico-penal, para desarrollarse como prevención especial, que es aquella que se dinamiza cuando el sujeto ya está privado de libertad por condena firme, difícilmente esta segunda logra desligarse de la primera, pues todo sistema penitenciario se va a regir por las políticas contenidas en el ámbito de la prevención general.

Ciertamente uno de los grandes fracasos de los programas de resocialización configurativos de la prevención especial, es que esta no logra su autonomía total de la ideología vigente desde el Derecho Penal y la codificación respectiva, que en conjunto viene a ser la prevención general.

2.5 La cárcel y la disciplina social, el último peldaño del control formal

La prisión, como institución destinada a la ejecución de la pena privativa de libertad, es la última instancia de los órganos de control administradores de justicia dentro de los aparatos del Estado. Por lo tanto, aunque sus funciones puedan revestir un objetivo de castigo o de resocialización, siempre comportarán un carácter político; y además, su actuación está inscrita en la trayectoria común del conjunto que forman las instancias de control.

“Es decir, la función de la cárcel reviste las mismas premisas ideológicas que están presentes e informan a las demás instancias, formales e informales, por lo que en la cárcel entran en juego las mismas pautas de actuación de estas instancias, cuya ideología se inscribe en las normas del consenso como opción política de corte

¹³³ R. Bergalli. “Un panorama actual de la cuestión penitenciaria en la Argentina”, en *Nuevo Foro Penal. Grupos de estudio de Derecho Penal*, núm. 5, enero-marzo, Medellín, 1980, Págs. 11-37



liberal-autoritario, modelo en el que se ha estructurado el Estado democrático para paliar las crisis de legitimidad que afronta.”¹³⁴

La disciplina de acatamiento de las normas sociales enseñada por las instancias informales y reforzada por los medios de comunicación, que se desarrollaron en epígrafes anteriores, se halla en el centro de la práctica carcelaria a la que se subordinan los demás objetivos de la privación de libertad.

La cárcel es la instancia social donde el control desarrolla su máxima autoridad sobre el individuo, pues el régimen disciplinario al cual es sometido, se basa en la obediencia absoluta de normas que traspasan la frontera de la individualidad en la dignidad de la persona, imponiéndole el criterio que para tener una mejor consideración dentro de este espacio de deterioro humano, debe de desarrollar una actividad laboral, que resulta de todos modos obligada, siendo que el trabajo es un derecho no una obligación, así como la contención sexual.

Es por ello, que cuando la persona privada de libertad se somete a la exigencia de la buena conducta, que manifiesta interés por ser resocializado, aunque en el centro de cumplimiento de condena no existan programas efectivos para ello; cuando muestra su total capacidad de obediencia y sumisión absoluta al Estado directamente delegada en el funcionario-reproductor del sistema que lo configuró a él mismo como controlador, mediante haber sido controlado, al individuo se le considera un elemento menos peligroso por ser un elemento obediente en el ámbito laboral y social, dentro de un espacio, que le priva de los mismos ámbitos.

Afirma Miralles que: “La disciplina es, pues, la base principal de la condición de resocializado y esta situación límite de dominación-sumisión se hace todavía más patente en la relación de terapia, porque en ella la figura autoritaria, además de revestirse del poder político del Estado y de poder usar en caso límite castigos físicos, adquiere la fuerza de superioridad que se otorga al conocimiento científico, a

¹³⁴ T. Miralles. “La cárcel y la disciplina social. El control formal: la cárcel” en Bergalliet al, Ob. Cit., Pág. 95



la par que el recluso como elemento subordinado es todavía más inferiorizado, negársele, con el atributo de enfermo, toda capacidad de autocontrol.¹³⁵

Hay que recordar, que en las cárceles no existe ningún régimen disciplinario, pues el congestionamiento por la sobrepoblación en las mismas hace sumamente difícil mantener el control; aunado a ello, es necesario tener claro, que aun siendo este un espacio de marginalidad, en su interior existe una marginalidad *sui generis* por la presencia de grupos influyentes por poseer poder económico, que les permite obtener privilegios por sobre los demás, lo que hace que la actuación de la autoridad esté vinculada a un sistema reproductor de la corrupción: no hay derechos ni deberes, prevalece la promiscuidad; no existe ningún control sanitario, consecuentemente, son fuentes seguras de constantes epidemias.

Concreta Miralles en que: “Todo ello significa que la cárcel no es un mundo aparte, sino un ámbito social más que como tal reproduce en su seno las características sociales que nutren a los demás ámbitos: la jerarquía social con la imposición de autoridad por castas y la corrupción a ella conectada, sin control directo, abierta a la arbitrariedad del más fuerte. Estos son los aspectos más sobresalientes.”¹³⁶

En conclusión, la falacia de la resocialización está claramente determinada por el hecho de que no puede presentársele a una persona privada de libertad bajo las condiciones anteriormente descritas, que se le está preparando para su reincorporación a la sociedad, sino tiene ni los servicios básicos para el realce de su propia humanidad.

No se le puede convencer a una persona totalmente marginada, irrespetada en su dignidad de persona, que se le está convirtiendo en una nueva persona tal y como lo necesita la sociedad, si la propia sociedad no le provee las herramientas necesarias para repersonalizarlo; la cultura de la prisionización despersonaliza totalmente al individuo privado de libertad, configurándole una personalidad de desecho social. Ningún tratamiento terapéutico puede borrar en este individuo lo que la cárcel le ha hecho, en lo que lo ha convertido.

¹³⁵*Idem*, Pág. 96

¹³⁶*Idem*, Pág. 97



El giro que ha dado la terapia carcelaria, que de un primer objetivo resocializador de ayuda se ha convertido en el medio más apropiado para lidiar con los llamados reclusos rebeldes, ha llevado primero al fracaso de la resocialización dentro de la cárcel. La resocialización ha sido y es un fracaso porque no solo ha necesitado degradar al recluso medicalizando sus problemas, sino que además no ha sabido crear una verdadera oferta de promoción social. Y al perder legitimidad entre los internos, ha necesitado emplear un modelo mucho más punitivo para permanecer en la brecha carcelaria.¹³⁷

2.6 La cultura del control y el control social: el fenómeno estadounidense del control extremo y la mimetización del mismo en Latinoamérica

La sociedad estadounidense ofreció una respuesta posible al reto de mantener la cohesión social bajo la democracia. Fue una respuesta que se estructuró a partir de una mezcla de atraso y de ideas novedosas, expresada en la retórica de la América pionera, y luego adaptada a los problemas y cuestiones del país más moderno del mundo.

“El rechazo original de los padres fundadores a centralizar el poder del Leviatán se convirtió, a principios del presente siglo, en un rechazo explícito a la estructuración del Estado en el sentido europeo.¹³⁸ Solo más tarde, aproximadamente en el período de la primera guerra mundial, los sociólogos de Chicago, y en especial los pragmatistas, adoptaron un enfoque democrático radical en respuesta a los problemas que planteaba la transformación de la sociedad estadounidense.”¹³⁹

En los años políticamente turbulentos de la década de 1930, la política estadounidense encontró las herramientas de su cohesión social en el control social y en el público, y no en algún reavivamiento de la ideología del Estado.

¹³⁷ *Idem*, Pág. 116

¹³⁸ D. Melossi. *El Estado del Control Social*. México: Siglo XXI Editores, 1992, Pág. 137

¹³⁹ *Idem*, Pág. 150



De hecho, el *New Deal*¹⁴⁰ de Roosevelt fue un verdadero triunfo del control social. El resultado práctico de esta toma de conciencia fue un cambio, en virtud del cual, a ser menos la atención que se prestaba al problema de la integración del individuo dentro de las instituciones de la civilización, para dedicarle más al estudio de toda la red de individuos y grupos interactuantes, especialmente en el contexto de la gran urbe.¹⁴¹

La estructura afín a este modelo interaccionista era la democracia, puesto que este exigía el intercambio comunicativo y el diálogo, si quería lograr organizarse. Ciertamente que con el apareamiento de la democracia de las masas no impulsó, de inmediato, el desaparecimiento de las instituciones disciplinarias cerradas. Por otra parte, es de considerar que el control social basado en las instituciones cerradas, y

¹⁴⁰ El *New deal* se trata de un conjunto de medidas económicas que fueron puestas en marcha por el presidente de los Estados Unidos que se encontraba en el cargo en ese momento. Fue Franklin D. Roosevelt entre los años 1933 y 1937 quien aplicó esta medida de solución, con la intención de acabar con la grave crisis económica que surgió a finales de los años 30. Esta nueva solución, traspuesta en una política económica, tenía como principales bases: **un fuerte intervencionismo estatal y una firme creencia en las teorías del subconsumo.** Franklin Delano Roosevelt ganó las elecciones con un porcentaje del 56% de los votos, es decir, con mayoría absoluta, y subió a la presidencia de los Estados Unidos el 4 de marzo de 1933. Roosevelt durante su campaña como candidato había prometido a los electores y a la población una reducción del 25 % en el gasto federal, un presupuesto más equilibrado y un dólar respaldado por el oro para evitar cualquier tipo de manipulaciones de la moneda fiduciaria y en el sistema monetario internacional, así como acabar con la intervención del gobierno en áreas del sector privado. Esto es lo que había prometido Roosevelt: desarrollar políticas de oferta. Por el contrario, durante los primeros días que estuvo en el mandato, debido a la alta volatilidad de la bolsa por entonces y a los riesgos en los mercados financieros, el presidente Roosevelt añadió y estableció nuevas medidas económicas, más otra serie de medidas que hoy en día siguen siendo discutidas por los economistas dados sus efectos a largo plazo. En este sentido, el *New Deal* fue una exacerbación de las medidas iniciadas por Hoover.

El principal argumento de Roosevelt es que, si el Estado no regula los mercados de algún modo, se generan excesos de oferta, que derivan en episodios deflacionarios (bajada general del nivel de precios, ergo empobrecimiento del consumidor) y en un elevado nivel de paro, como sucedió durante la Gran Depresión. Frente a estos postulados Keynes anteponía la regulación estatal, el pacto social entre los agentes económicos (sindicatos, estado y empresas) y un sentido más colectivo de la vida económica, que de hecho son las bases del estado del bienestar.

Había dos objetivos principales para esta nueva planificación, que resultan bastantes razonables, dada la situación en la que se encontraba la economía, que eran los siguientes:

1. Una reactivación de la economía por vía del consumo y la inversión. Dado que no había suficiente dinero para los consumidores y reactivar el mercado, lo que se intentó fue incrementar el esfuerzo fiscal del Estado. Se aumentó el gasto público con el fin de que aumentara la producción.

2. Se produjo el establecimiento de una serie de controles bancarios más estrictos con el fin principal de evitar que se pudiera provocar otra situación similar de crisis en el futuro. Este fue el plan *New Deal* y el espíritu que le imbuía. Sin embargo, hubo que esperar muchos años para atisbar una recuperación económica americana (hasta finales de la Segunda Guerra Mundial).

¹⁴¹ D. Melossl, *Ob. Cit.*, Pág. 161



en particular en las penitenciarías, difícilmente puede desarraigarse cuando la instalación tiene una historia que sustenta cualquier tipo de política hegemónica.

Como afirma Melossi: “Lo que sucedía era más bien que el proyecto de las élites gobernantes en el sentido de recomendar una forma de vida metódica, y hacerla llevar por la fuerza –proyecto que al principio encarnó la institución pionera de la prisión–, se extendía ahora a toda la sociedad, y especialmente a la gran ciudad. La forma de esta extensión no se podía representar mediante las imágenes centralizadoras de lo panóptico [...] En cambio, sí quedaba representada por la red descentralizadora de las instituciones políticas y sociales que son típicas de la democracia.[...] La democracia, a su vez, se basó en los procesos del control social debido a que únicamente esos procesos hacían posible un consenso cognoscitivo, es decir, una “co-orientación” hacia un significado idéntico y, por ende, hacia la acción concertada. Una democracia funcional es una forma política que posee una afinidad electiva con el concepto de control social.”¹⁴²

Se entiende, pues, que en el surgimiento de la democracia de masas, la sociedad estadounidense experimenta una apertura hacia la participación consensual de la ciudadanía, lo que permitió una total descentralización de las instituciones políticas y sociales, a la vez que se producía la orientación cognitiva de la masa hacia la unificación ideológica. Esta co-orientación resultó como la estrategia reina para lograr la cohesión social pues, “la reformulación de la cuestión básica del orden social únicamente fue posible una vez que se negaron las afirmaciones en el sentido de que había un “dios” externo, el estado, que “daba” la ley, y cuando salieron a relucir las exigencias de autogobierno en una sociedad que hablaba muchas y muy distintas formas vernáculas [...] una Babel de lenguajes vernáculos no iba a destruir la democracia estadounidense, sino que, por el contrario, esta última contribuiría a ejercitar el control social al proporcionar un lenguaje más amplio y elevado para lograr la interacción entre los diversos círculos sociales de la comunidad.”¹⁴³

¹⁴² *Idem*, Pág. 162

¹⁴³ *Idem*, Pág. 166



Queda bien el comentar, que la democracia tiene como rasgo sustancial la aceptación de la pluralidad, y con ello logra la coexistencia de las diversidades a medio de invocar la representatividad de los diversos círculos sociales de la comunidad. Es esta una forma de encontrar el consenso, a partir de permitir la instalación de diferentes grupos y sus culturas, tradiciones y formas de comunicación, que luego encuentran el camino adecuado para la comunicación única entre todos a pesar de su diversidad.

Es precisamente en este momento, cuando el control social se dinamiza porque existe representatividad que co-orienta a sus pares en función de conseguir el orden social.

El proceso del control social, esto es, aquel proceso mediante el cual objetos determinados se colocan ante la atención del individuo, forma parte de todas las transacciones sociales, ya sean estas públicas o privadas. E igualmente estas transacciones privadas, como ejemplo: los contratos que la teoría legal fundamenta en la ficción del individuo, en realidad son producto de un proceso de control social.

En el estudio del control social no se puede tratar al “Estado” como una variable independiente. Sin embargo, el analista social está interesado en describir aquel efecto particular del control social que consiste en una orientación hacia el Estado por parte de los miembros de la sociedad, así como en saber cuál es la atribución, legalmente descrita, de las facultades definidas que el Estado posee, y los efectos que estas ejercen. Ahora, ya no se puede pensar al Estado como autor del control. Lo que sucede, en cambio, es el Estado actual es el Estado del control social.

“La idea de un público, así como aquella que le es afín del control social dentro de un público, han dado cada vez mayor expresión a la situación política de la democracia de masas del siglo XX. El público es el campo de acción macroscópico del control social. Una forma de control basada en el consentimiento, se halla vinculada con el surgimiento de la democracia. Es una forma de control poderosa, porque produce comportamiento. En cambio una forma de control que se base en la coacción es



débil -a pesar de su arrogancia- porque no es más que una forma de censura y posee ningún carácter productivo.”¹⁴⁴

En síntesis, la mejor forma de comprender aquellos fenómenos que se entienden como fenómenos de control estatal es por medio de un concepto que haga hincapié en el control social. En la serie de estudios analíticos en torno al control social, en las democracias occidentales contemporáneas, se ha demostrado la existencia de una interacción de tres tipos de actores: los “*demonios populares*”¹⁴⁵, es decir, los individuos y grupos políticos y culturales que muestran alguna desviación; los hacedores de mitos, esto es, la gente de los medios masivos, que le proporcionan al público las representaciones de los demonios populares; y, los “responsables de ver que se cumplan las reglas”¹⁴⁶, o sea, los agentes formales del control.

En esta dinámica de interacción, el resultado neto ha sido un proceso de control social -en el sentido de una marginación del comportamiento social y político de las minorías, que situaba a éstas más allá de las fronteras del discurso legítimo de la sociedad-, proceso que tuvo lugar mediante la manipulación de la imagen pública en la dirección de una imagen de demonio popular que, a la postre, pasó a ser efectivamente la autoimagen de los participantes en las actividades satanizadas. Se organizaron como masa demoníaca, por así decirlo, gracias a su interacción social con los hacedores de mitos y los agentes del orden legal.

Sin embargo, más allá de los éxitos que los policías y políticos (agentes del orden legal) puedan proclamar que se evite del delito (acciones de los demonios populares) continúa siendo un principio organizador fundamental de la vida cotidiana y el miedo a las manifestaciones demoníaco-populares (delitos) se mantiene en niveles sin precedentes. Es decir, que a pesar de que en la interacción de estos tres actores, el que ostenta el poder es el agente del orden legal, siempre va a dominar el demonio popular.

¹⁴⁴ *Idem*, Pág. 240

¹⁴⁵ S. Cohen. *Folk devils and moral panic. The creation of the mods and rockers*. St. Martin's Press, Nueva York, 1972, citadoporMelossi, Ob. Cit, Pág. 250

¹⁴⁶ H. Becker. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*, The Free Press, Nueva York, 1963, citadoporMelossi, Ob. Cit., Pág. 250



Afirma Garland que: “A pesar de que el delito se encuentra distribuido socialmente de forma desigual y que los riesgos de victimización más altos están desproporcionadamente concentrados en las áreas urbanas más pobres, el delito es ahora experimentado mayormente como un hecho propiamente de la vida moderna. Para mucha gente, especialmente para aquellos que viven en las ciudades y los suburbios, el delito no es más que una aberración o un evento inesperado y anormal. [...] la amenaza del delito se ha transformado en una parte rutinaria de la conciencia moderna, una posibilidad cierta que debe constantemente “tenerse en cuenta.”¹⁴⁷

Aparentemente, pareciera ser que el autor crea una contradicción cuando habla que el delito, en la vida moderna, está siendo tomado por los ciudadanos como una presencia cotidiana, un evento que puede o no puede suceder en mucho tiempo, o que puede presentarse con una frecuencia incontrolable; y que, a pesar de ello las personas deben asimilar este hecho como una más de las dificultades diarias a que deben enfrentarse.

Sin embargo, debe entenderse que Garland está planteando en este párrafo el término de la amenaza, y, por supuesto, es de entender que cuando existe una amenaza, del tipo que sea, las personas experimentan miedo; por lo que debe de entender, que la ciudadanía toma como cotidianidad el miedo a ser víctima de cualquier tipo de delito, porque esa es la constante en la vida moderna. “El delito forma parte de nuestro ambiente cotidiano, tan constante e incesante como el tiempo mismo.”¹⁴⁸

Tal y como lo afirma Melossi, y ahora Garland, la interacción de tres actores se hace efectiva: los demonios populares (delito), los medios masivos de comunicación que diariamente le están recordando a la población sobre la amenaza de los demonios populares y los agentes del orden legal, que a pesar de ostentar el poder controlador y punitivo, resultan ineficientes porque de lo contrario, la población no habría asimilado el delito como algo rutinario. Ciertamente, ambos estudiosos dirigieron su

¹⁴⁷ D. Garland. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, , Barcelona, España: Gedisa. 2005, Pág. 184. Trad. Máximo Sozzo.

¹⁴⁸ *Idem*



mirada hacia el estudio de la sociedad estadounidense, no difiere en casi nada de la situación latinoamericana.

“Como las víctimas y sus daños, el miedo al delito ha sido siempre un elemento concomitante al delito. Hasta hace poco tiempo, se asumía sin mucho debate que las medidas dirigidas a controlar el delito eran también los mejores medios para reducir el miedo y la inseguridad asociados al mismo.”¹⁴⁹

Definitivamente, esto se ha quedado en una falacia, primero porque las medidas adoptadas para el control del delito siempre resultan altamente represivas, provocando con ello más presencia delictiva; y, segundo, el miedo y la inseguridad de la población en lugar de disminuir, aumenta día con día.

Una solución constantemente recurrente frente al problema de las limitaciones de la justicia penal estatal ha sido el esfuerzo por reubicar la tarea del control del delito en la comunidad.

Al respecto dice Garland que: “Al menos desde la década de 1960, las autoridades de la justicia penal, haciéndose eco de los académicos y reformadores, han sostenido que sus tareas podrían ser desarrolladas más efectivamente fuera de las instituciones estatales, concretamente en aquellas que denominaban instancias “comunitarias”.¹⁵⁰

En su estudio, el autor realiza un recorrido histórico en torno al surgimiento de la comunidad, como la solución para todos los problemas de la justicia penal. Si bien se recuerda, la comunidad es un ámbito de pertenencia al control social informal, en tanto que la justicia penal lo es del ámbito formal.

Se ha señalado en párrafos anteriores, que cuando el control informal falla en la socialización del individuo, entra a funcionar todo el aparataje del control formal. Como se puede apreciar, tal y como lo describe Garland, el recurso idóneo para el control formal en cuanto a la contención de la criminalidad, resultó ser recurrir a la

¹⁴⁹*Idem*, Pág. 208

¹⁵⁰*Idem*, Pág. 210



fórmula persuasiva del control informal comunidad siempre y cuando se permita la irrupción en el mismo de las instancias formales.

Este recurso de hibridación dio como resultado la aparición de la policía comunitaria. Esta comenzó a desarrollarse hacia fines de la década de 1960, en sociedades como la estadounidense y la británica, “en gran medida como una respuesta frente a los estilos de actividad policial reactivos y distantes que se adoptaron previamente en esa misma década. Frecuentemente impulsada por los desórdenes urbanos o el quiebre de la relación entre el público y la policía en vecindarios de las minorías, la policía comunitaria intenta mejorar la imagen policial trabajando más cerca de y siendo más sensible a las organizaciones y líderes de la comunidad local.”¹⁵¹

Al recordar el planteamiento de Bustos Ramírez, citado en párrafos anteriores, resulta difícil mecanizar posturas antagónicas en función control del delito. Es decir, si la policía es preparada para dar respuesta represiva a hechos que atentan contra la seguridad interna de la sociedad, cómo a la vez puede funcionar como una alternativa de prevención, ámbito donde se requiere de la persuasión interactiva entre los grupos que conviven en los diferentes sectores poblacionales.

Habrá, entonces, que aislar a cierto grupo policial, y reeducarlos para una función comunicacional persuasiva, que pueda funcionar dentro de la comunidad y tenga credibilidad y no produzca el temor derivado del perfil que se tiene del cuerpo policial, por sus estrategias represivas y violentas. Necesariamente, habrá que diluir un sector policial represivo en la creación de otro sector persuasivo. Entonces, ¿se le puede denominar policía?

Se ha pensado como estrategia de un nuevo control en organizar rondas policiales, agentes de policía encargados de la vinculación con las escuelas, mecanismos de consulta al público e incluso un cierto grado de responsabilidad y de obligación de rendir cuentas a escala local: todos estos métodos son visualizados como importantes vías para asegurar un adecuado nivel de cooperación por parte del público y para eludir la imagen de la policía como un hostil ejército de ocupación. Sin

¹⁵¹ *Idem*, Pág. 211



embargo, esto no es otra cosa más que control formal disfrazado de interés comunitaria, porque lo que se busca es la obediencia de los grupos a las órdenes del Estado, y a lo cual se le ha dado por denominar prevención.

Hay que reconocer que, en cierta manera, el control formal al menos en esta área, se ha despojado de su estilo soberano de gobierno por medio de la conducción de arriba hacia abajo y ha desarrollado una forma de regulación que se acerca a aquella descrita por Foucault como gubernamentalidad, una modalidad que involucra el enrolamiento de otros, la formación de incentivos y la creación de nuevas formas de acción conjunta.

Expresa Garland que: “los procesos más importantes de producción de orden y conformidad son los procesos sociales fundamentales ubicados en el marco de las instituciones de la sociedad civil y no la amenaza incierta de las sanciones legales. El proyecto de construcción de un monopolio del Estado soberano ha comenzado a dar paso a un claro reconocimiento de la naturaleza dispersa y pluralista del control social efectivo. En esta nueva perspectiva, la tarea del Estado es, en lugar de consignar la tarea de control del delito a una única agencia especializada, sostener y aumentar estos múltiples actores y procesos informales.”¹⁵²

Una estrategia de respuesta importante es, pues, quitarle al Estado la responsabilidad de ser el principal proveedor de seguridad e intentar remodelar el control del delito haciéndolo más disperso y fundándolo en la asociación entre diversos actores. Con esta medida el Estado operaría por medio de la sociedad civil y no sobre ella, subrayando la prevención proactiva en lugar de la persecución y el castigo de los individuos.

Ciertamente, las soluciones adaptativas de este tipo resultan políticamente difíciles e institucionalmente radicales. Implican la formación de organizaciones híbridas que atraviesen los viejos límites de lo público y lo privado, la activación de la acción preventiva por parte de las comunidades, las empresas y los ciudadanos y la

¹⁵² *Idem*, Pág. 214



redefinición de las misiones organizativas de agencias e instituciones del ámbito de la justicia penal como la policía, la libertad condicional y las cárceles.

Estas asociaciones preventivas implicarían una infraestructura de instancias completamente nueva, mediante la cual las agencias estatales y no estatales coordinan sus prácticas para prevenir el delito e intensificar la seguridad de la comunidad mediante la reducción de oportunidades y el fortalecimiento de la conciencia acerca del delito.¹⁵³

2.7 La consideración del control social desde la perspectiva criminológica contemporánea

La criminalidad como fenómeno social desarrolla una interconexión múltiple con variadas manifestaciones del entramado social, lo que reclama que la respuesta reactiva controladora de este fenómeno sea imprescindible basarla en una visión transdisciplinaria signada por la complejidad.¹⁵⁴ Por lo tanto, su estudio ya no está reducido al enfoque sociológico puramente, sino que interviene en el mismo, además de lo jurídico-penal, el entramado de la criminología contemporánea, que permite tener una visión más amplia de la fenomenología criminal y sus componentes: delito, delincuente, víctima y reacción social.

Asimismo, la concepción criminológica de control social como una hibridación entre las instancias informales y las formales, va a establecer la configuración organizativa y regulatoria de cada una de estas instancias, que como consecuencia de las evoluciones acaecidas en las diferentes sociedades, las necesidades de control manifestadas por los sectores poblacionales también han ido cambiando, por el simple hecho de que de la misma forma que evoluciona la sociedad así también, evolucionan las manifestaciones delictivas.

Afirma González Rodríguez, que: “El enfoque criminológico de enfrentamiento a la criminalidad basado en la Teoría del Control Social posee como una de sus virtudes

¹⁵³*Idem*, Pág. 238

¹⁵⁴M. González Rodríguez. *El control social desde la Criminología*, Universidad de la Villa, Santa Clara, Cuba. Sitio: <http://www.newsmatic.epol-com.ar/index.php.Accion=VerArticu...> Consultado 15/12/2012. Pág. 1



sobresalientes la amplia gama de opciones estratégicas a usar en la reacción social ante el delito, opciones de reacción social que trascienden la limitada oposición represiva propia del Derecho Penal, por lo que puede afirmarse que la Teoría del Control Social de la criminalidad representa una nueva perspectiva donde la ponderación de estructuras y estrategias debe inclinarse hacia una distribución no uniforme de los mecanismos de control, procurando el predominio del Control Social Informal, habida cuenta de su mayor benignidad y su evidente resultado de prevención temprana del delito.”¹⁵⁵

Como se observa en la postura de la autora, la tendencia es la de trasladar la responsabilidad controladora a las instancias persuasivas de lo informal, no en la forma propuesta en el estudio de Melossi y en el de Garland, en donde se describe detalladamente el fenómeno de imposición –sutil– del control formal por medio de una policía comunitaria, para la prevención del delito. En esta nueva propuesta, se le da total credibilidad al proceso de socialización que puede ser llevado a cabo, efectivamente, mediante de las instancias informales.

Por supuesto, hay que considerar que es inevitable que algunos individuos se salgan del contexto informal y que al traspasar la frontera de la normativa penal, obligadamente deban enfrentar las estrategias del control formal como consecuencia de su conducta vulneradora de la norma.

Continúa González Rodríguez su afirmación, manifestando que se sustenta en que existe “la necesidad de conceder un amplio campo de acción al Control Social Informal de la criminalidad basándonos en el convencimiento de que la Política Criminal, en su simbiosis con la Política social debe adelantar el enfrentamiento al delito mediante políticas sociales transformadoras que reduzcan al máximo las situaciones carenciales criminógenas que funcionan como bases sociales del delito; reservando al Sistema Penal el menor protagonismo controlador, teniendo en cuenta

¹⁵⁵*Idem*, Pág. 2



la dañosidad inherente a la acción penal con su secuela de estigmatización, prisionalización, ineffectividad preventiva, etc.”¹⁵⁶

Es decir, que al dejarle la responsabilidad preventiva de la criminalidad a las instancias del control social informal, el Estado debe generar políticas de aseguramiento de provisión de los beneficios sociales a que son acreedores los miembros de estas instancias controladoras tales como salud, educación, cultura, alimento, vivienda, fuentes de empleo, recreación, etc., para que la recurrencia persuasiva tenga una plataforma de sostenimiento en cuanto a la oferta preventiva que le está planteando a los diferentes sectores sociales.

Porque es necesario entender en la propuesta de la autora, que las instancias del control informal por sí mismas, no pueden responsabilizarse de acciones inherentes al Estado como en el caso de una política social previsor y proveedora de satisfactores para las necesidades básicas de este sector. Imposible resultaría prevenir la delincuencia si la situación de carencia extrema prevalece, porque ello hace surgir sectores sumamente vulnerables a la criminalidad, es decir, sectores en situación de riesgo.

Asimismo, evitar la participación constante de la amenaza existente en el Derecho Penal, permite que el desarrollo integral de las personas desde las instancias informales, apoyadas por programas de política social integral por parte del Estado, tengan mayores probabilidades de un ejercicio eficaz y resultados positivos considerables.

A estas alturas, conviene precisar puntualmente los objetivos hacia los que dirige sus acciones el control social desde la perspectiva que se está visualizando en el presente rubro. Este proceso social enfoca su accionar en tres bloques referidos a lo general, lo particular y lo singular.

“En lo general cabe considerar como objetivo del control el mantenimiento del orden social. En el plano particular su labor se proyecta al disciplinamiento de los grupos de carácter formal o no que integran dentro de sí los diferentes sectores poblacionales y

¹⁵⁶*Idem*, Pág. 3



desde la óptica singular se dirige a la regulación del comportamiento individuos.”¹⁵⁷

Es decir, el control social como tal, tiende en primera instancia a la búsqueda del orden societal, a nivel general. En el ámbito de lo particular, tiende al disciplinamiento colectivo, ya sea desde lo informal o de lo formal; por último, desde lo singular, se dirige específicamente a la regulación del comportamiento de los individuos.

Derivado de ello, se puede conjeturar que en estas tres categorías del control social el orden societal se inicia desde la prohibición emanada del Estado que regula el orden societal a nivel general a partir de las normas; en el ámbito de lo particular, cada una de las instancias configurativas tanto del control social informal como del formal, tienden a la generación de estrategias de disciplinamiento a nivel colectivo; y, por último, al referirse al aspecto singular, “no resulta extraño, que la acción controladora contemple entre sus finalidades fundamentales la regulación de la conducta personal; materializada en el desempeño de los roles humanos viales y en el acatamiento de las normas de convivencia generales y comunitarias. Precisamente, la garantía del cumplimiento de los objetivos general y particular, descansa en un comportamiento personal adecuado que posibilite la viabilidad funcional de los grupos humanos y el logro del orden social general. Se produce así un efecto de control exponencial, que parte del disciplinamiento logrado en el individuo, el que contribuye a la disciplina grupal efectiva y ambos en conjunto potencian la organización adecuada de la sociedad, como resultado final de ese continuum controlador.”¹⁵⁸

En síntesis y de acuerdo con González Rodríguez, se plantea una definición contenedora y eficaz del control social, en donde pueden establecerse una serie de componentes que mecanizan el entramado de este concepto. En una visión amplia de control social, afirma la autora: “lo concibo como un proceso de integración social

¹⁵⁷ R. De La Cruz Ochoa. “Control Social y Derecho Penal” en *Revista Cubana de Derecho*, No. 17. Enero-junio 2001. La Habana, Cuba: Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2001, Págs.. 4-5

¹⁵⁸ M. González Rodríguez, Ob. Cit., Pág. 16



de amplio espectro, consistente en la interrelación funcional sistémica de la totalidad de los componentes estructurales, funcionales y organizativos que participan en estrategias controladoras destinadas a regular la conducta individual, mantener la estabilidad grupal y garantizar el orden social, mediante los recursos de la persuasión y la coerción.”¹⁵⁹

Vale la pena entonces desarrollar un desglose de esta definición sacando de su contexto a cada uno de los componentes mencionados por la autora y establecer las características que los conforman. Cuando ella afirma que existe una interrelación funcional sistémica, se está refiriendo que la participación de cada uno de los componentes planteados, debe de estar estrechamente vinculada, como engranajes que se sostengan sistemáticamente dentro de un funcionamiento específico. Para tener mayor claridad en cuanto a esta interrelación, se considera oportuno enfatizar en los componentes mencionados.

Los componentes estructurales son la plataforma de sostenimiento de los otros dos. Es así como se desglosan en sistemas normativos, agencias controladoras y modalidades sancionatorias. Tanto las instancias informales como las formales están compuestas de estos componentes para su propia existencia. Al referirse a los sistemas normativos se está incluyendo en ellos, las regulaciones que existen desde la moral, la religión, la familia, la escuela hasta llegar a las regulaciones contenidas en el derecho.

Las agencias controladoras, como se ha venido mencionando, están constituidas por dos categorías: las informales y las formales. Por último, se hace mención de las modalidades sancionatorias. En el ámbito del control informal, las sanciones que se llevan a cabo, las cuales tienen como recurso la persuasión, están denominadas como positivas, pues no tiene consecuencias severas en la personalidad de quien las recibe. Cuando se especifica en torno a sanciones negativas, se está refiriendo a sanciones derivadas de la participación de la maquinaria del control penal formal, en donde entra a funcionar la normativa vigente y las sanciones severas o penas, como lo es la privación de libertad.

¹⁵⁹ *Idem*, Pág. 20



Seguidamente, se toman en consideración los componentes organizativos del control social que simplemente se configuran en lo informal y lo formal; en el primero existe una preponderancia del recurso de la persuasión, en tanto que en el segundo, lo es la coerción-punición.

Por último, se sintetizan los elementos del componente funcional o estrategias funcionales, que inician con la estrategia de socialización que es: “El proceso de aprendizaje social en el que el individuo adquiere los conocimientos indispensables para convivir adecuadamente en su microambiente se conoce comúnmente como proceso de socialización. El proceso socializador opera como estrategia de acción de las funciones controladoras destinadas al mantenimiento equilibrado de la estructura social. Una deficiente socialización puede acarrear la violación de las fronteras comportamentales predefinidas, lo cual pone en funcionamiento mecanismos correctivos latentes en los diferentes agentes socializadores del entorno comunitario. La aparición de una trasgresión conductual dispara una “especie de alarma” que activa la consecuente rectificación de las conductas disociadas; de no conseguirse este efecto rectificador, se recurre a otras estrategias del Control Social con entidad coactiva.”¹⁶⁰

La estrategia de prevención, es la que como planeación reguladora del control social se encuentra funcionalmente avocada a impedir concretamente que se materialice el fenómeno criminal. A diferencia del proceso socializador dirigido a la totalidad poblacional, la prevención juega funciones más puntuales en el contexto social controlador, por cuanto se enfoca a evitar las posibles acciones dañosas de grupos e individuos concretos o a neutralizar variables tales como la oportunidad de delinquir.

La estrategia de represión, aparecen cuando las estrategias socializadora y de prevención no consiguen garantizar la protección del orden social y los individuos quedan fuera del control normativo informal, se hace necesario recurrir a la variante estratégica de la represión, reservada solo para ser aplicada a las personas cuyas conductas atenten contra las relaciones sociales y bienes protegidos por el derecho en cualquiera de sus manifestaciones (civil, administrativo, penal, etc.).

¹⁶⁰ M. González Rodríguez, Ob. Cit., Pág. 47



Por último, la estrategia de resocialización, que ante la distorsión conductiva, imposibilidad de ser controlada por las agencias del control social informal, signifique una lesión a bienes jurídicos penalmente protegidos, se desata la estrategia represiva operada por agentes mediante mecanismos extracomunitarios, los que con carácter reactivo-coercitivo destinan su funcionamiento (entre otros fines) a producir una corrección socializadora especial, conocida tradicionalmente como resocialización.

La necesidad de la resocialización como acción enmendadora, aparece por la existencia de socializaciones defectuosas que necesitan ser censuradas con una intervención social más enérgica, asumida y ejercida por el Estado y sus organismos especializados. Resocialización significa, por tanto, modificación de pautas incorrectas de comportamiento que funcionaron o pueden funcionar como determinantes psico-sociales de conductas de trascendencia delictiva.

Se aspira mediante esta socialización sustitutiva, a influir benéficamente en las personas que han violado determinadas normas con vistas a lograr una actuación social ceñida a la ley. Esta etapa se lleva a cabo, específicamente, ya en la situación de privación de libertad. Aunque constitucionalmente se da el mandato de realizar la resocialización a los regímenes penitenciarios, difícilmente se puede asegurar que realmente se de esta etapa con una finalidad efectiva.

Llegado este punto, se puede concluir que el control social, es un sistema que ha tenido una larga historia de existencia, con diferentes nombres por supuesto, con diferentes rasgos caracterizadores y con un enorme bagaje de teoría en torno a su eficacia o no.

Desde la sociología, la filosofía, el derecho hasta la criminología y la revisión del control social como teoría del orden social, ha implantado el reconocimiento y ejercicio de instancias informales y formales para el mantenimiento de un equilibrio social, sobre todo con la contención de la criminalidad. Sin embargo, la realidad ha sido otra, en todas las épocas, por la intervención del poder punitivo del Estado.

En las tendencias actuales, tal como la criminológica, se está buscando reemplazar la mecanización del Derecho Penal como herramienta del Estado y, por tanto, alto



representativo del control social formal, por las instancias informales para el logro de una prevención delictiva más efectiva.¹⁶¹

También surgen las propuestas de la hibridación de ciertas instancias del control formal con el control informal, como es la creación de la policía comunitaria, con la finalidad específica de procurar, por medio de la interacción con la comunidad, una eficaz seguridad ciudadana que sea tangible mediante los resultados y que no se quede en programas y propuestas que permanecen en el olvido.¹⁶²

La seguridad ciudadana, hay que comprenderla como una serie de componentes, que si bien es cierto, se enfoca en la sociedad en riesgo y la sociedad en peligro, también tiene que ver con la política social general que debe fundirse en programas y acciones con alto contenido de satisfactores de las situaciones carenciales de ciertos sectores poblacionales. No necesariamente con la constante imposición de medidas extremas excepcionales, bajo la justificación de que es en beneficio de la seguridad ciudadana.

Hay que recordar al respecto, que en la gran mayoría de circunstancias en que el Estado adopta medidas excepcionales bajo el estandarte de seguridad ciudadana, lo está haciendo resquebrajando el orden constitucional y las propias instituciones del derecho y el debido proceso. No cabe acá la justificación de la seguridad ciudadana, pues es en estas situaciones cuando más insegura siente la ciudadanía.

¹⁶¹ S. García Ramírez. "Criminología, Dogmática y Política Penal", en *Política Criminal, Derechos Humanos y Sistemas Jurídicos en el Siglo XXI*. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 2001, Págs. 316-317

¹⁶² *Idem*, Pág. 317



CAPÍTULO III

3. Seguridad ciudadana y seguridad humana vistas desde la teoría de la sociedad del riesgo y la configuración del peligro por parte del Estado. Motivaciones del Estado de Excepción

3.1 La seguridad humana

“La seguridad ciudadana tiene que ver con la protección normal del funcionamiento de las instituciones democráticas, la defensa del ciudadano ante la criminalidad en cada una de sus facetas y tipologías, la defensa de los ciudadanos ante la corrupción y otras formas de actuaciones asociales que pueden impedir o dificultar el normal desarrollo y disfrute de los derechos fundamentales de las personas. De conformidad con lo apuntado, la seguridad ciudadana sería uno de los elementos esenciales de la seguridad humana”.¹⁶³

Los conceptos de seguridad humana y seguridad ciudadana son importantes en tanto las políticas públicas que emita un Estado deben contemplarlas con el fin de que los derechos de las personas sean respetados y con ello se garantice su bienestar general.

“Por ende, la Política Criminal que asume cada Estado se encuentra fundamentalmente en los principios normativos que inspiran la organización estatal, es decir, en la Constitución como marco de referencia normativo; después descende a los ordenamientos secundarios, hasta permear en los instrumentos que posibilitan hacer efectiva esa política criminal, como son los programas gubernamentales institucionales concretos y los diversos planes de gobierno”.¹⁶⁴

Así, el Derecho Penal es aquel conjunto de normas que establecen cuáles son los delitos y las penas a aplicar a una persona, cuya actuación ha sido típica, antijurídica y culpable y, por tanto, reprochable. Su finalidad es disuasiva, es decir, evitar que

¹⁶³ R. del Olmo. *Ciudades dura y violencia urbana*. Sitio: http://www.nuso.org/upload/articulos/2852_1-pdf Consultado 20/09/2012

¹⁶⁴ S. Medina Peñalosa. *Teoría del Delito, Causalismo, Finalismo, Funcionalismo o Imputación Objetiva*. México: Ángel Editor. 2005, Págs. 30-31



las personas cometan delitos y, además, que se conviertan en un ejemplarizante para el resto de la sociedad, demostrando cuáles son las consecuencias que ocurrirán si se transgrede el orden establecido.

El concepto de seguridad humana hace referencia a la promoción y protección de los derechos de todas las personas que habitan en un Estado, y a la garantía de que esos derechos se ejercerán de forma segura y con libre albedrío.

Ello implica que el Estado debe emitir todas aquellas políticas que sean necesarias para que se garantice la satisfacción plena de esos derechos, y ello solo es posible por medio de la implementación de medidas que sean sostenibles en el tiempo. Desde este punto de vista, la seguridad humana no se refiere exclusivamente a la seguridad de un Estado (seguridad nacional o seguridad ciudadana) sino que involucra un contenido mucho más amplio en el que las personas son el punto focal a considerar al momento de la emisión de esas políticas públicas, en la misma medida que las acciones a adoptar para el respeto y la garantía de sus derechos.

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo –PNUD- en su informe de Desarrollo Humano de 1994 señaló que, “[...] la seguridad humana tiene dos aspectos principales. En primer lugar, significa seguridad contra amenazas crónicas como el hambre, la enfermedad y la represión. Y en segundo lugar, significa protección contra alteraciones súbitas y dolorosas de la vida cotidiana, ya sea en el hogar, en el empleo o en la comunidad. Dichas amenazas pueden existir en todos los niveles de ingreso y desarrollo de un país.”¹⁶⁵

De ello se desprende claramente que el concepto de seguridad humana no involucra únicamente cuestiones de seguridad ciudadana, sino también aspectos que tienen que ver con el bienestar general de las personas en todos los aspectos de su vida.

En dicho informe, a la vez, el PNUD señala que la seguridad humana posee cuatro características fundamentales: la universalidad, que atañe a todas las personas en el mundo, tanto a la de países ricos como la de países pobres, y que tiene que ver

¹⁶⁵ PNUD. *Informe sobre Desarrollo Humano*. 1994



con amenazas comunes, como el desempleo, los estupefacientes, el delito de contaminación y la violación de los derechos humanos.

Otra característica es que los componentes de la seguridad humana son interdependientes, es decir, que cuando la seguridad de la población se ve amenazada en cualquier parte del mundo es probable que todos los países se vean afectados. Asimismo, se señala que la seguridad puede verse afectada por el hambre, la enfermedad, la contaminación, el terrorismo, los conflictos étnicos y la desintegración social, y que estos no son acontecimientos aislados que puedan ser confinados dentro de las fronteras nacionales.

La tercera característica refiere a que es más fácil velar por la seguridad humana mediante la prevención temprana que con la intervención posterior; y, la cuarta característica refiere a que la seguridad humana está centrada en el ser humano, y que se preocupa por la forma en que la gente vive y respira en una sociedad, la libertad con que puede ejercer diversas opciones, el grado de acceso al mercado y a las oportunidades sociales, y la vida en conflicto o en paz.¹⁶⁶

Debe quedar claro, entonces, que todo lo concerniente a la seguridad humana no se refiere únicamente a los ámbitos policial, judicial y penal, sino que involucra aspectos sociales, económicos, ambientales, políticos y culturales, a los cuales debe brindarse atención de manera integral, y todos juntos deben aspirar a realizar plenamente los valores de justicia y equidad, con el propósito de que las personas logren alcanzar el bienestar general.

3.2 La seguridad ciudadana: uno de los factores esenciales para la protección del núcleo esencial de los derechos de las personas

El problema de la seguridad ciudadana se ha ido haciendo crítico en virtud de la difusión que realizan los medios de comunicación masiva de los acontecimientos violentos y hechos delictivos, pues ello no se produce únicamente por parte de la fuente primaria, es decir, el relato de las víctimas de los mismos, sino que estos

¹⁶⁶*Idem*



diariamente bombardean sus audiencias desde primeras horas del día con hechos delictivos ocurridos, las labores policíacas tendientes a la resolución de estas situaciones, la entrevista a las víctimas demandando la solución de los problemas de violencia, y la solicitud por parte de las personas de adoptar de forma inmediata acciones represivas, a pesar de las constantes reproducciones de los hechos sucedidos con anterioridad.

Es innegable que los medios de comunicación influyen en el colectivo ocasionando que este demande la adopción de políticas de mano dura para el combate de la violencia y la criminalidad, tendientes al aumento de las penas de prisión y la tipificación de conductas, con el fin de segregar a los que atentan contra la paz social y garantizar así un mínimo de seguridad ciudadana.

Expresa Rosa Del Olmo, que: “Todo parece indicar que las percepciones colectivas del aumento y agravamiento de la criminalidad violenta urbana son simples representaciones, a pesar de que el miedo excesivo pueda desencadenar efectos perversos que se traduzcan en prácticas autoritarias que atentan contra la democracia y la paz ciudadana. Estamos por lo tanto ante un tema demasiado complejo y que además va generando nuevas líneas de análisis y reflexión.”¹⁶⁷

“Para explicar este fenómeno complejo, se hace indispensable retomar el concepto de seguridad humana mencionado en párrafos supra. Esto es, todas aquellas medidas y políticas que deben ser implementadas por el Estado para garantizar y proteger los Derechos Humanos de todas las personas que hablan en él, desde lo cual el concepto de seguridad ciudadana se refiere tan solo a un aspecto de la seguridad humana, relacionado con la seguridad personal, es decir, aquel estado en el que las personas puedan encontrarse libre de violencia para el efectivo ejercicio de los derechos”.¹⁶⁸

¹⁶⁷ R. Del Olmo, *Ob. Cit.*

¹⁶⁸ J. Nowalski Rowinski. “Seguridad Humana y Medios de Vida Sostenibles en Centroamérica. El caso de las Maras”, en *Colección Prospectiva 9*, auspiciada por el Centro Internacional para el Desarrollo Humano.



Por otro lado, el PNUD ha señalado que: “tanto la delimitación del concepto de seguridad ciudadana, como la definición de sus relaciones con la seguridad humana son tareas cuya solución dista de ser evidente. Es preciso señalar que la seguridad ciudadana es una parte limitada pero vital de la noción, mucho más amplia, de la seguridad humana. Si esta última atiende a formas de vulnerabilidad que comprometen el disfrute de los Derechos Humanos en general, la seguridad ciudadana se refiere a modalidades específicas de vulnerabilidad –las ocasionadas por la violencia y el despojo– y a la protección de un núcleo esencial de derechos fundamentales de las personas. Por seguridad ciudadana se entiende la condición personal, objetiva y subjetiva, de encontrarse libre de violencia o amenaza de violencia o despojo intencional por parte de otros. El concepto de violencia, a su vez, denota el uso o amenaza de uso de la fuerza física o psicológica con el fin de causar daño o doblegar la voluntad. La noción de despojo remite al acto de privar ilegítimamente de su patrimonio a una persona física o jurídica.”¹⁶⁹

Es de entender, que para garantizar la seguridad ciudadana y combatir la violencia y la criminalidad, el Estado debe adoptar un conjunto de medidas y políticas preventivas de largo plazo, que garanticen a las personas la protección del derecho a la vida y la integridad personal, pero nunca querer cumplir este objetivos por medio de medidas temporales y represivas. Además, incorporar a los medios de comunicación desde una perspectiva positiva por medio de la cual se mantenga informado al ciudadano, sobre las estrategias de seguridad que adopta el Estado, y no abarrotarlo de información tendiente a la construcción de la sensación de riesgo y de peligro en la ciudadanía.

Al respecto, afirma Gil Lavedra¹⁷⁰, que la incorporación de los medios de comunicación masiva al trabajo de prevención de la violencia resulta fundamental si se considera que, “[...] las modernas investigaciones llevadas a cabo en torno de la relación existente entre los medios de comunicación y el fenómeno de la criminalidad

¹⁶⁹ PNUD. *Venciendo el temor. (In)seguridad ciudadana y desarrollo humano en Costa Rica*. Informe de Desarrollo Humano, 2005

¹⁷⁰ R. GilLavedra. *Lineamientos para una política criminal en materia de seguridad ciudadana*. Ver Sitio:http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_05_067.pdf (s.p.)



permiten advertir que aquéllos extraen, en lo fundamental, la información relativa a tal fenómeno de lo señalado en los informes que elabora la policía, sean éstos orales o escritos. De tal modo se produce un proceso de selección de la realidad, toda vez que a la policía llegan, por regla general, solo determinadas clase de delitos contra la propiedad, como robos, hurtos, algunos engaños, algunos delitos contra la vida y la integridad corporal, incluidos los ilícitos en el tráfico automotor. Sin embargo, muy raramente llega a la policía e forma directa todo lo relacionado con los delitos que más gravemente afectan la convivencia, los vinculados a las grandes estafas, los complejos delitos económicos, la contaminación el ambiente, etc. [...] No es en las calles que vigila la policía donde se cometen tales hechos, por lo tanto, el quehacer cotidiano de la policía que es el recogido por los medios de comunicación, determina una clara selección. A su vez, tal circunstancia perite que ciertos delitos, los de violencia, se mantengan en los informes policiales e incluso aumenten en relación con los demás, sin que ello se corresponda de modo preciso con la realidad, es decir, que el proceso de selección se intensifica en forma de espiral.”

Desde su perspectiva, Del Olmo plantea que el aumento de los niveles de violencia tiene un origen multicausal, que: “Al examinar la configuración de la mayoría de las ciudades, no pueden obviarse una serie de acontecimientos a nivel mundial, nacional y local, ocurridos especialmente a partir de los 80, que ha precipitado la actual situación, como la crisis fiscal internacional, el desmonte del Estado benefactor, el cambio de los conceptos del gasto fiscal y de la regulación estatal, las políticas de ajuste, el creciente desempleo, las migraciones internas en América Latina, el incremento de la economía informal, el creciente deterioro de los servicios públicos, la corrupción, el narcotráfico y la impunidad. Todos estos aspectos y otros más, de algún modo han tenido indudables repercusiones en la calidad de vida de los habitantes de nuestras ciudades y en el incremento de hechos de violencia como expresiones de relaciones sociales de conflicto, exacerbadas por las extremas desigualdades económicas y políticas.”¹⁷¹

¹⁷¹ R. del Olmo, Ob. Cit.



Ahora bien, conceptualizar la seguridad ciudadana implica hacer referencia a un conjunto de acciones adoptadas por el Estado, que le permiten a las personas que habitan determinado lugar vivir objetiva y subjetivamente seguras en un entorno pacífico, esto es, impidiendo que sean víctimas de la violencia o del despojo de sus pertenencias. Resulta ser, “[...] una circunstancia política y social en la que los habitantes de un país pueden gozar plenamente de los derechos fundamentales y humanos, y donde el Estado democrático mediante instituciones eficientes proporciona los mecanismos idóneos para prevenir y controlar cualquier lesión o amenaza ilegítima al libre ejercicio de sus derechos.”¹⁷²

En ese mismo sentido, se establece que la seguridad ciudadana es, “[...] la protección del normal funcionamiento de las instituciones democráticas, la defensa del ciudadano ante la criminalidad en cada una de sus facetas y tipologías, la defensa de los ciudadanos ante la corrupción y otras formas de actuaciones asociales que puedan impedir o dificultar el normal desarrollo y disfrute de los derechos fundamentales de las personas.”¹⁷³

3.3 La sociedad del riesgo y el control social

Cuando se habla de modernidad reflexiva –tardía- se hace referencia a una particular etapa del desarrollo capitalista, definido por la contingencia y el riesgo “[...] el tránsito de la época industrial a la de riesgo, se realiza anónima e imperceptiblemente en el curso de la modernización autónoma conforme al modelo de efectos colaterales latentes.”¹⁷⁴ Es decir, no es que las sociedades adopten un modelo de riesgo, sino que el propio desarrollo industrial conduce a esta opción no elegida; los procesos de modernización son ajenos a las consecuencias y peligros que cuestionan, denuncian y transforman los fundamentos de la sociedad industrial.

“Es más, el mayor conocimiento, la mayor reflexión, no garantiza el control total de los efectos y peligros a los que se están expuestos en la actualidad. En este sentido,

¹⁷² IIDH. *Seguridad Ciudadana en América Latina. Una propuesta del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. San José, Costa Rica, 2007, Pág. 42

¹⁷³R. Del Olmo, Ob. Cit.

¹⁷⁴Crf. U. Beck. “*Teoría de la sociedad del riesgo*”, en J. Beriain. *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Anthropos. Barcelona, 1997, Pág. 202



la modernización reflexiva expresará la autoconfrontación de los sujetos con efectos que general la sociedad de riesgo, resultados que no pueden ser medidos y asimilados por los parámetros institucionalizados de la sociedad industrial”.¹⁷⁵

El concepto sociedad del riesgo se basa en la constatación de que, en las sociedades actuales, la producción social de riqueza va acompañada por una creciente producción social del riesgo. La progresión y el aumento de estos riesgos están teniendo consecuencias políticas y económicas claras. Un primer efecto directo de este fenómeno consiste en la implementación de políticas gubernamentales orientadas al control y a la reducción de los mismos, como consecuencia directa de la mayor visibilidad que, para la opinión pública, tienen los problemas ambientales.

“De la misma manera que, desde una perspectiva económica, se puede establecer un claro paralelismo entre la teoría de la modernización ecológica y las nuevas estrategias ecoproductivas; pareciera ser, entonces, como si se estuviera caminando hacia un nuevo modelo productivo; pero no es así. Lo que está sucediendo más que un fenómeno de tipo económico y los riesgos que con éste devienen, es la producción maximizada de futuros peligros por los que el Estado debe de responder ante la ciudadanía”.¹⁷⁶

Este concepto, ampliamente definido por Beck, se basa en la constatación de que, en las sociedades actuales, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por una creciente producción social del riesgo. En las sociedades contemporáneas, una proporción bastante elevada de estos riesgos está directamente relacionada con la tecnología y el sistema productivo, y se caracteriza porque trata de riesgos difícilmente detectables por los sentidos humanos. La contaminación química, la modificación genética de organismos o los efectos del cambio climático son algunos ejemplos de nuevos riesgos ambientales que se vienen

¹⁷⁵ M Alfie Coheny B. Méndez B., Luis H. “*La sociedad del riesgo: amenaza y promesa*”, en *Sociológica*, año 15, número 43, mayo-agosto de 2000, Págs. 173-201

¹⁷⁶ Ver V. Climent Sanjuán. “*Sociedad del riesgo: producción y sostenibilidad*”, en *Papers* 82, 2006, Barcelona, Págs. 121-140



a sumar a las terribles consecuencias provocadas por la contaminación industrial en las últimas décadas del siglo XX.

Sin embargo, el análisis no sería completo si no se añadiera a la lista de riesgos, el peligro latente de ruptura social que la globalización y los nuevos procesos de transformación económica están provocando en el seno de las sociedades.

La progresión y el aumento de estos nuevos riesgos están teniendo consecuencias políticas claras. Un primer efecto directo es el de la implementación, por parte de los gobiernos, de políticas orientadas al control y a la reducción de los riesgos. Pero, no cabe descartar un segundo efecto, de mayor envergadura que el primero, que está directamente relacionado con el fracaso de dichas políticas de control y con la opacidad informativa que, generalmente, practican los gobiernos y que, forzosamente, conduce a la deslegitimación de las instituciones públicas.¹⁷⁷

Por lo tanto, es plausible afirmar que la sociedad del riesgo se origina allí donde los sistemas normativos y las instituciones sociales fracasan a la hora de conseguir la necesaria seguridad ante los peligros desencadenados por la toma de decisiones. Toda decisión debe guardar un escrupuloso equilibrio entre los beneficios devengados y los posibles riesgos y, por supuesto, debe incluir suficientes garantías de seguridad y de transparencia para evitar que esta sea refutada públicamente.

Ahora bien, tampoco hay que perder de vista que la sociedad del riesgo es una construcción social que, más allá de la probabilidad, transmite a la sociedad una sensación de riesgo difuso, de incertidumbre general que implica que la percepción social del riesgo sea mucho más acusada que el impacto objetivable.

La ciudadanía percibe que los riesgos son crecientes y, a la vez, intuye que a las instituciones públicas les resulta cada vez más difícil dominar y controlar los riesgos, lo que provoca un creciente estado de preocupación y desconfianza social hacia los poderes públicos que, de nuevo, retroalimentan la percepción social del riesgo.¹⁷⁸

¹⁷⁷*Idem*, Pág. 122

¹⁷⁸*Idem*, Pág. 123



Este panorama entre la reflexión y lo reflexivo de la ciudadanía hace recordar planteamientos hechos por Beck en cuanto a que existen tres ámbitos en los que puede observar la inmutabilidad de las estructuras en la modernidad tardía y la forma en que los ciudadanos no reflexionan sobre los efectos de esta exacerbada industrialización y, por el contrario, privilegian un continuismo industrial. Estos ámbitos son: “a) la finitud de los recursos degradados y utilizados de manera extensiva por las sociedad industriales; b) los peligros suscitados por la sociedad industrial que llevan a un cuestionamiento profundo sobre la seguridad y abarcan el terreno de las ciencias, las identidades, las acciones sociales y las decisiones políticas; y c) el deterioro, la descomposición y el desencanto de los referentes colectivos que mantenían unida a la colectividad (las ideas de progreso, las seguridades, etcétera.”¹⁷⁹

Visto desde la perspectiva de Beck, “[...] se entiende por modernización reflexiva una transformación de la sociedad industrial, que se produce sin planificación y de manera latente en el transcurso normal, autónomo de la modernización y que apunta bajo tres aspectos al invariable e intacto ordenamiento político y económico: una radicalización de la modernidad, que desvincula a la sociedad industrial de sus perfiles y premisas y que, a causa de lo cual, abre paso a otra modernidad –o a la contramodernidad.”¹⁸⁰

Esta transformación, indudablemente, crea una serie de afectaciones humanas sobre todo en el ámbito laboral, pues la propia agilidad de estos procesos industrializados construye seres humanos desechables, quienes a corto plazo se verán impelidos a culpar al Estado por su estado de indefensión ante la falta de bienestar en que se encuentran grandes sectores poblacionales, circunstancia muy común en esta modernidad reflexiva, que transita a un ritmo acelerado promoviendo el consumo de una manera exacerbada, afectando, irremediamente, las estructuras políticas, económicas, sociales y culturales de los Estados.

¹⁷⁹Alfie Cohen y Méndez B., Ob. Cit., Pág. 176

¹⁸⁰U. Beck. “*Teoría de la modernización reflexiva*”, en J. Beriain, *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Anthropos. Barcelona, 1996, Pág. 233



Derivado de ello, es que surge del riesgo la inseguridad ciudadana y, de esta manera, la construcción del peligro por parte del Estado, pues toda aquella persona que no sujeta a las normas sociales y jurídicas independientemente de su situación precaria, se conforma en un peligro para la sociedad. Surge, entonces, la criminalización de las conductas que, si bien es cierto, no dañan bienes jurídicos contemplados penalmente, sus actos antisociales promueven en los legisladores la creación de bienes jurídicos adecuados a proteger de dichas conductas que rompen con el orden social.

3.4 La percepción de inseguridad ciudadana y la actividad policial en la sociedad del riesgo

Se suele hablar de inseguridad ciudadana subjetiva en referencia tanto a la preocupación por el delito como al miedo al delito o, si se prefiere, miedo difuso y miedo concreto.¹⁸¹ Así, mientras la primera se identifica con la inquietud abstracta ante el delito como problema social, el miedo al delito va referido al temor personal de ser victimizado. Se trata, como se ve, de dos conceptos estrechamente relacionados –de ahí que en ocasiones se emplean como sinónimos- aunque no totalmente coincidentes.¹⁸² Sin embargo, a pesar de esta diferencia, en lo que a continuación se desarrollará en torno a ambas categorizaciones, van a ser empleadas indistintamente dado que, desde la perspectiva del enfoque que aquí se plantea, ambos aspectos presentan problemas muy similares.

“En primer lugar, es importante destacar que ambas vivencias emocionales-conductuales funcionan de manera independiente aunque, lógicamente, vinculadas respecto de la seguridad ciudadana objetiva; razón por la que ha llegado a afirmarse que carece de un sustrato real”.¹⁸³ Como ha puesto de manifiesto García-Pablos De Molina, “de las encuestas de victimización se desprende que quienes más temen al delito, son los menos victimizados. Que los delitos que más miedo desencadenan

¹⁸¹ J. Rico y L. Salas. *Inseguridad Ciudadana y delito*. Madrid: Tecnos. 1988, Pág. 30

¹⁸² A. Serrano Gómez. (Dir.) y R. Vázquez González. (Coord.) *Tendencias de la criminalidad y percepción social de la inseguridad ciudadana en España y la Unión Europea*. Madrid, 2007, Pág. 25

¹⁸³ A. García-Pablos De Molina, Antonio. *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*. Madrid: Espasa-Calpe. 1988, Pág. 97 y ss.



son los que menos se producen. Y que no siempre delinquen más las personas que más temor inspiran.”¹⁸⁴ Dicho en otros términos, los estudios llevados a cabo permiten concluir que no existe una correlación directa entre las variaciones que experimentan las tasas reales (conocidas) de delincuencia y las fluctuaciones que se producen en la percepción que se tiene del fenómeno criminal.¹⁸⁵

Desde su propia visión Vozmediano, San Juan y Vergara, han expuesto que “a que tanto la preocupación por el delito como el miedo al delito, al tratarse de experiencias emocionales, dependen de la manera en que procese la información y se interprete la realidad a partir de los elementos que proporciona el entorno.”¹⁸⁶

Derivado de ello, no es de extrañar que junto a factores personales (edad, sexo, pertenencia étnica, lugar de residencia, situación socioeconómica, victimización previa, etc.)¹⁸⁷, sociales y ambientales haya un alto grado de consenso en señalar la importante influencia ejercida por los medios de comunicación en la génesis de la sensación de intranquilidad.

De la constante renovación tecnológica que se ha producido en la dinámica informativa de los medios, es lo que hace recordar los postulados de Beck¹⁸⁸ en torno a que en las sociedades del riesgo la industrialización y la tecnologización (en este caso los *mass media*) traen consigo una carga de riesgos y, consecuentemente, una carga de peligros, probablemente exacerbados en su ficcionalización, pero que para el receptor de la información sobre la existencia tanto de riesgos como de peligros, es inevitable generar una sensación de intranquilidad continua.

“En efecto, el constante relato –en ocasiones, sesgado, parcial y distorsionado- de hechos constitutivos de delito contribuye de manera decisiva a la creencia de que la

¹⁸⁴ Idem.

¹⁸⁵ Serrano Gómez y Vásquez González, Ob. Cit., Págs. 27 y ss.

¹⁸⁶ L. Vozmediano, C. San Juan, y A. I. Vergara. “*Problemas de medición del miedo al delito. Algunas respuestas teóricas y técnicas*”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 10-07, 2008 Sitio: <http://criminet.ugr.es/recpc> Consultado 10/08/2013.

¹⁸⁷ A este respecto puede verse, R. Berenguer Mediavilla. “*Miedo al delito: origen y prevención*”, Tesis doctoral Universidad de Valencia, 1989; M. Killias y C. Clerici. “*Different Measures and Vulnerability in their Relation to different dimensions of fear of crime*”, en *British Journal Criminology* 40, 2000, Págs. 437 y ss.

¹⁸⁸ Ver Beck, Ulrich, *Supra* nota 175



inseguridad es mayor ahora que cuando la información sobre los mismos no del innegable protagonismo que ostenta en la actualidad”.¹⁸⁹

Quienes han tenido la preocupación por el estudio en torno a este tema coinciden en señalar que tanto la preocupación por el delito como el miedo a este, fundados o no, constituyen un problema social real, llegando incluso a evidenciar que, por las trascendentes consecuencias personales y sociales que derivan, puede ser incluso, más grave que el propio riesgo de victimización.¹⁹⁰

Para tener una idea más clara de la magnitud del problema, basta con destacar que, según se extrae de la amplia bibliografía existente al respecto, supone un aislamiento de las personas, el abandono y progresiva degradación de espacios públicos, un mayor riesgo de conductas violentas, la modificación sustancial de estilos de vida, la estigmatización de grupos considerados peligrosos (jóvenes con escasos recursos económicos, extranjeros, vagabundos, etc.), la adopción de medidas de protección personal y, lo que aún es más preocupante, provoca la demanda social de mayor seguridad que, a veces, se ve plasmada en la toma de decisiones político-criminales desafortunadas o, cuanto menos, cuestionables.¹⁹¹

De hecho, por estas causas, no debe desconocerse que la efímera alarma social ha servido de excusa para introducir algunas reformas que ponen en serio compromiso determinados postulados garantistas y no con el fin de reducir el delito, sino de calmar a la población y conformar la creencia social de que el Estado actúa y resuelve.¹⁹² Es decir, que si bajo las consideraciones del Estado una situación es vista como de peligrosidad extrema para la población, puede adoptar medidas

¹⁸⁹S. Esxhholz. “*The media an fear of crime: a survey of the research*”, en *University of Florida Journal of Law & Public Policy*, 1997, Pág. 37 y ss.; J. L. Fuentes Osorio. “*Los medios de comunicación y el Derecho penal*”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* vol. 7, (16), Sitio:<http://criinet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>; M. García Arán. “*Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático*”, en *Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. Díaz Pita* .F. Muñoz Code. (Dir.). Valencia, 2008.

¹⁹⁰J. Rico y L. Salas, *Supra* nota 183, Pág. 65

¹⁹¹C. Vidales Rodríguez. “*Seguridad ciudadana, políticas de seguridad y estrategias policiales*”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol XXXII (2012), Pág. 476

¹⁹²J. L. González Cussac. “*El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas*”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. J.L. Gómez Colomer y J.L. González Cussac. (Coord.). Tirant lo blanch. Valencia, 2006, Pág. 65



extremas como el Estado de Excepción donde va a prevalecer la fuerza coercitiva del Estado por medio del ejército, sin que realmente se le argumente a la población se ha considerado como de peligrosidad extrema, es, por lo tanto, una decisión política de securitización, no tanto para protección de la población en general, sino para que el Estado asegure su control social formal sobre dicha población. Díez Ripollés, lo construye desde la perspectiva de “disminuir las generalizadas inquietudes sobre la delincuencia.”¹⁹³

Cierto es que los resultados del llamado Derecho Penal de la seguridad no son tan visibles como los de la delincuencia, pero no por ello hay que olvidar que pueden ser igual de perniciosos. Aunque se reconoce que no es esta la sede adecuada para efectuar un análisis crítico de la política criminal del marcado sesgo securitario,¹⁹⁴ no puede dejar de denunciarse el contrasentido que supone la permanente reivindicación de un mayor intervencionismo punitivo y una respuesta penal más severa cuando simultáneamente la administración de justicia sufre un constante descrédito.¹⁹⁵

Por otro lado, hay que enfocarse que a pesar de toda esta securitización, por parte del Estado, ni el incremento de las conductas delictivas o, el endurecimiento de las consecuencias jurídicas de las ya existentes, poco contribuye a superar la ya endémica saturación del sistema de justicia penal. Y, lo que asimismo no deja de resultar paradójico, la desconfianza en ella y su atribuida incapacidad para dar una respuesta eficaz y rápida al fenómeno de la delincuencia constituye, a su vez, un importante factor generador del miedo al delito.¹⁹⁶

¹⁹³J.L. Díez Ripollés. “El nuevo modelo de seguridad ciudadana”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-03 (2004) Sitio:<http://criminet.ugr.es/recpc>; del mismo, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Política criminal y derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch. 2003, Págs.. 80 y ss.

¹⁹⁴ Ver M.M. Díaz Pita y P. Fajardo Cabana. “La utilización simbólica del derecho penal en la reforma del Código Penal de 1995”, en *Revista Derecho y Proceso Penal*, no. 7, 2002, pp. 119 y ss.; J.L. Díez Ripollés. “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-01 (2005) Sitio:<http://criminet.ugr.es/recpc>

¹⁹⁵ La opinión de la población sobre la Administración de Justicia puede verse en X Barómetro del Consejo General del Poder Judicial, de 25 de septiembre de 2008. Cita de Vidales Rodríguez, *Supra* nota 196, Pág. 477

¹⁹⁶ Rico y Salas, *Supra* nota 183, Pág. 43; Berenguer Mediavilla, *Supra* nota 188, Págs. 129 y ss.



De esta manera, asevera Jaime Curbert “se establece un peligroso círculo difícil de romper o, en el peor de los casos, interesadamente mantenido por quienes persiguen la obtención de rendimientos económicos y políticos a corto plazo.”¹⁹⁷

Ante la gravedad de una situación como la descrita, parece insoslayable la adopción de medidas tendentes a mitigar ese sentimiento de intranquilidad que resulta un rasgo común en la población. El principal escollo va referido a la propia naturaleza del problema y en este sentido, conviene tener presente que la estimación del riesgo es diferente en cada persona y, consecuentemente, también lo son las estrategias a seguir para incrementar su sensación de seguridad. Indudablemente, no se puede negar la existencia de una relación entre inseguridad ciudadana y actuación policial.¹⁹⁸

Es de frecuente reconocimiento que las personas han perdido la credibilidad en la institución de control social formal representada por la policía, derivado de la constante información que fluye por los *mass media* sobre la participación de bloques importantes de grupos policiales en hechos delictivos o, en la complicidad de estos con hechos de estructuras criminales organizadas. En este sentido, resulta una tarea casi imposible diseñar estrategias que promuevan la seguridad ciudadana con la participación de equipos policiales, sin antes solventar la discordia existente entre ciudadanía y policía.

3.4.1 Política de tolerancia cero (*OrderMaintenancePolicing*): los ciudadanos y los otros

El fundamento teórico de esta concepción de la función policial se encuentra en la conocida teoría de los cristales rotos formulada por Wilson y Kelling.¹⁹⁹ En síntesis, lo que se plantea es que el desorden social –manifestado por medio de signos como

¹⁹⁷ Ver J. Curbert. “*La producción de inseguridad en la sociedad global*”. Sitio: rci.net/globalización/2005/fg515.htm

¹⁹⁸ R. Barberet. “*La seguridad urbana: la experiencia europea y las consecuencias en América Latina*”, en *El desarrollo local en América Latina. Logros y desafíos para la cooperación europea*. Caracas, 2004, Pág. 170; Berenguer Mediavilla, *Supra* nota 188, Págs. 116 y ss.

¹⁹⁹ J.Q. Wilson y G. Kelling. “*Broken Windows: the police and neighborhood safety*”, en *The Atlantic Monthly Magazine*. Marzo, 1982, Págs. 29-38



la presencia de prostitutas, drogadictos, mendigos, vendedores ilegales, signos de desorden físico tales como la acumulación de basura, edificios, solares, vehículos abandonados, pintadas y grafitis, crean una sensación de abandono y de inseguridad que, a su vez, provoca una disminución de los controles informales en la calle y, en última instancia puede verse traducido en un aumento de la delincuencia. De ahí que, para acabar con el binomio desorden-delincuencia, la policía deba intervenir persiguiendo con todo rigor contravenciones menores.

Este tipo de política, indudablemente, tiene una homologación en el Derecho Penal del enemigo, doctrina por medio de la cual Jakobs²⁰⁰ establece su dicotomía ciudadano-enemigo, persona-no persona, que diferencia las garantías que le corresponden al ciudadano y la pérdida de ellas al que el Estado llega a considerar como enemigo y por ello se le persigue con todo el rigor de la ley, que, por supuesto, no está cifrada bajo las mismas normas aplicables al ciudadano sino que para ello se van a adaptar las normas para la persecución penal del “enemigo”.

La política de tolerancia cero fue implementada en numerosas ciudades norteamericanas como Chicago o Los Ángeles pero, la experiencia más conocida quizás sea la de Nueva York, ciudad en la que se consiguió una importante reducción del número de delitos violentos.²⁰¹ Sin embargo, también es necesario ver la otra cara de la moneda sobre los resultados obtenidos de este tipo de política criminal; el éxito debe matizarse por cuanto que hay otros factores que también incidieron en esa apreciable disminución de la criminalidad en Nueva York. Asimismo, se cuestiona si el éxito de la política de tolerancia cero se debió al mantenimiento del orden o, en cambio, obedeció al elevado grado de vigilancia que lleva implícito.²⁰²

Es necesario considerar también, que en la aplicación de este tipo de políticas de control social formal extremo, se pueden ver los rasgos implícitos de los que en

²⁰⁰ Ver Jakobs, *Supra* nota 99

²⁰¹ A este respecto ver H. Corman y N. Mocan. “Carrots, Sticks and Broken Windows”, en *Journal of Law and Economy*, No. 48, 2005, Págs. 235 y ss.

²⁰² Ver R.B. Taylor y M. Hale. “Testing Alternative Models of Fear of Crime”, en *Journal of Criminal Law & Criminology*, No. 77, 1986, Pág. 152



países latinoamericanos se pueden reconocer como características de estados de excepción, pero que en la Constitución anglosajona se ha permitido desde los hechos del 11 de septiembre, por considerar la mejor estrategia de control de cualquier hecho que se presuma dañino o peligroso pueda darse a futuro. En otras palabras, es una culpabilización anticipada.

La política de tolerancia cero, en este sentido, se ha señalado que, además de hacer frente a la delincuencia, combate el miedo por el delito de la forma más directa posible: mediante la presencia policial (o del ejército o de fuerzas combinadas, como en ciertos países latinoamericanos) visible dirigida a combatir las situaciones que estimulan el miedo al delito.²⁰³ En este sentido, no hay que olvidar que, como planteara Ferraro, “el miedo al delito no es solo una respuesta al delito, sino también a los símbolos que asociamos al mismo”²⁰⁴ y, entre ellos, ocupa un lugar destacado el desorden.

“Sin embargo, no pueden desconocerse las importantes objeciones que la política de tolerancia cero puede ser objeto. Así, además de la brutalidad policial que se denunció, no hay evidencia clara de que el desorden conduzca inexorablemente al delito, igual que no puede afirmarse que la comisión de infracciones administrativas o faltas conduzcan a la realización de comportamientos delictivos; ni tampoco la hipótesis inversa, es decir, que quien lleva a cabo una conducta delictiva tiene en su haber la realización de actos incívicos previos”.²⁰⁵

Básicamente, puede decirse que se parte de que los incidentes son síntomas de uno o varios problemas y que no pueden ser tratados aisladamente porque, de hacerse así, se ignoran las interconexiones que pueden tener. De ahí que deben mejorarse los sistemas de búsqueda de información y desarrollar métodos de investigación sistemáticos que permitan dar una respuesta específica a cada problema adaptándose, eso sí, a las peculiaridades de cada caso. Para determinar cuál es la

²⁰³ Ver J.C. Hinkle y D. Weisburd. “*The irony of broken Windows policing: A micro-place study of the relationship between disorder, focused police crackdowns and fear of crime*”, en *Journal of Criminal Justice*, No. 36, 2008, Págs. 503 y ss.

²⁰⁴ K. Ferraro. *Fear of Crime. Interpreting Victimization Risk*. New York University Press. Nueva York, 1995, Pág. 8

²⁰⁵ Vidales Rodríguez *Supra* nota 192, Pág. 480



estrategia adecuada puede recurrirse a otros organismos públicos y privados que Goldstein denominó “*búsqueda sin restricciones de respuesta específica*.”²⁰⁶

Por último, resulta imprescindible someter dichas estrategias a una rigurosa evaluación con el fin de comprobar la efectiva resolución del problema y análisis del efecto que las intervenciones policiales tienen en la población.²⁰⁷

3.5 El Estado de Excepción, una disposición ilegal pero perfectamente jurídica y constitucional

“El cambio político de un Estado liberal de derecho, caracterizado por fundarse en la soberanía nacional y en el principio de legalidad, a un Estado Social de derecho conllevó la armonización de la concepción clásica del Estado con la condición social del mismo, al encontrar en la dignidad de la persona el centro de todo el ordenamiento jurídico. Para una sociedad que ha abogado por el liberalismo constitucional no hay nada máspreciado que mantener los marcos formales y materiales del Estado de derecho, al implicar a largo plazo, la garantía de efectividad de principios, derechos y deberes”.²⁰⁸

“El Estado Social de derecho no se agota en las meras formas sino que propugna por el reconocimiento y legitimación de contenidos valorativos esenciales y superiores que se han expresado en principios jurídicos en el derecho en general y también en el Derecho Penal”.²⁰⁹

Así, la figura del Estado social de derecho obliga al Derecho Penal, al igual que a las demás ramas del ordenamiento jurídico, a estar nutrido por los principios constitucionales, caracterizados por la exaltación de la dignidad de la persona, la libertad y el respeto de los derechos humanos.

²⁰⁶ H. Goldstein. “*Improving policing: A Problem-oriented approach*”, en *Crime and Delinquency*, 1979, No. 25, Págs. 236 y ss.

²⁰⁷ Ver H. Goldstein. “*Problem-oriented policing*”. Nueva York: New York University Press. 1990

²⁰⁸ J. Fernández Carrasquilla. *Derecho Penal Fundamental*. Volumen 1. 2ª ed. Bogotá: Temis. 1998, Pág. 23

²⁰⁹ A. Suárez Sánchez. *El Debido Proceso*. Colombia: Ed. Universidad Externado de Colombia. 2001, Pág. 92



“Además, el debido proceso en sentido formal implica que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las ritualidades establecidas previamente. Es decir que el debido proceso es la sumatoria de actos preclusivos y coordinados, cumplidos por el funcionario competente, en el lugar y oportunidad debida, con las formalidades legales que aseguran la no admisión de tratos diferenciales”.²¹⁰

En sentido material, el debido proceso significa el adelantamiento de las etapas del proceso con sujeción de las garantías constitucionales y legales.²¹¹ Este derecho fundamental ha sido consagrado en diferentes instrumentos normativos tanto nacionales como con las Constituciones Políticas e internacionalmente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el Artículo 7; y, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los Artículos 8, 9, 10 y 11.

Así, se puede afirmar que el poder ejecutivo está limitado en el desarrollo de actividad legislativa incluso en estados de excepción, al no poder desconocer o suspender derechos fundamentales como el debido proceso. Toda Constitución Política al consagrar un catálogo de garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial, cuyo reconocimiento se hace efectivo a partir de su protección procesal, limitó la actividad legislativa del ejecutivo, y con ello las motivaciones para la imposición de estados de excepción que, sin embargo, no son tomadas en cuenta por el decisionismo político, al declarar un estado de emergencia que fractura las garantías del debido proceso así como incurre en la violación de derechos fundamentales y constitucionales.

Afirma Agambenque “el Estado de Excepción tiende cada vez más a presentarse como el paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea. Además insiste en que, “Esta dislocación de una medida provisoria y excepcional que se vuelve técnica de gobierno amenaza con transformar radicalmente –y de hecho ya ha transformado de modo sensible- la estructura y el sentido de la distinción tradicional de las formas de constitución. El Estado de Excepción se presenta más

²¹⁰P.A. Amézquita Niño y M.R. Mejía Parra. “Debido proceso, políticas criminales restrictivas y estados de conmoción interior”, en *Estudios en Derecho y Gobierno*, julio – diciembre de 2010, vol. 3, no. 2, Pág. 36

²¹¹ Suárez Sánchez, Ob. Cit., Pág. 94



bien desde esta perspectiva como un umbral de indeterminación entre democracia y absolutismo.”²¹²

No se puede negar el acierto de Agamben, cuando plantea que el Estado de Excepción no se encuentra ampliamente definido, sino que más bien se da una especie de hibridación entre lo democrático y el absolutismo. Ciertamente, ambos términos se contraponen y, consecuentemente no pueden desde un punto de vista de lógica jurídica coexistir a la vez; sin embargo esta misma contraposición, es lo que hace de todo Estado de Excepción una dislocación del Derecho Penal como límite al *iuspuniendi* del Estado, porque es el mismo Derecho Penal el que permite la existencia de la ruptura del debido proceso en obediencia a un estado de emergencia declarado por el Ejecutivo, circunstancia en la cual prepondera uno de los poderes del Estado por sobre los otros dos.

El significado inmediatamente biopolítico del Estado de Excepción como estructura original en la cual el derecho incluye en sí al viviente mediante de su propia suspensión emerge con claridad en el *militaryorder* emanado del presidente de los Estados Unidos de América, el 13 de noviembre de 2001, que autoriza la “*indefinitedetention*” y el proceso por parte de “*militarycommissions*” (que no hay que confundir con los tribunales militares previstos por el derecho de guerra) de los no-ciudadanos sospechosos de estar implicados en actividades terroristas.²¹³

A la diversidad de las tradiciones jurídicas corresponde, en la doctrina, la división entre aquellos que buscan incluir el Estado de Excepción en el ámbito del ordenamiento jurídico y aquellos que lo consideran externo a este, es decir, como un fenómeno esencialmente político o, en todo caso, extrajurídico. Entre los primeros, algunos como Santi Romano, Hauriou, Morati, conciben el Estado de Excepción como parte integrante del derecho positivo, porque la necesidad que lo funda actúa como fuente autónoma del derecho; otros como Hoerni, Ranelletti, Rossiter, lo entienden como un derecho subjetivo (natural o constitucional) del Estado a la propia conservación. Los segundos -Biscaretti, Balladore-Pallieri, Carré DeMalberg-

²¹² Agamben, *Supra* nota 29, Pág. 26

²¹³ *Idem*, Págs. 26-27



consideran en cambio “el Estado de Excepción y la necesidad que lo funda como elementos de hecho sustancialmente extrajurídicos, aun si pueden, eventualmente tener consecuencias en el ámbito del Derecho”.²¹⁴

La existencia de estas dos posturas doctrinarias, no resuelve en absoluto lo que se da en las circunstancias de un Estado de Excepción, pues, “Si lo propio del Estado de Excepción es una suspensión (total o parcial) del ordenamiento jurídico, ¿cómo puede tal suspensión estar comprendida en el orden legal? ¿Cómo puede una anomia estar inscripta en el orden jurídico? Y si el Estado de Excepción es, en cambio, solamente una situación de facto, y como tal extraño o contraria a la ley, ¿cómo es posible que el ordenamiento contenga una laguna precisamente en lo que concierne a la situación decisiva? ¿Y cuál es el sentido de esta laguna?”²¹⁵

“El Estado de Excepción no es ni externo ni interno al ordenamiento jurídico, y el problema de su definición concierne precisamente a un umbral, o a una zona de indiferenciación, en el cual dentro y fuera no se excluyen sino que se indeterminan. La suspensión de la norma no significa su abolición, y la zona de anomia que ella instaure no está (o al menos pretende no estar) totalmente escindida del orden jurídico. El conflicto sobre el Estado de Excepción se presenta esencialmente como una disputa sobre el locus que le compete”.²¹⁶

“Una opinión recurrente ubica en el fundamento del Estado de Excepción el concepto de necesidad. Pero es recién con los modernos que el estado de necesidad tiende a ser incluido en el orden jurídico y a presentarse como un verdadero y propio “estado” de la ley. El principio según el cual la necesidad define una situación singular en la que la ley pierde su *vis obligandi* se revierte en aquél según el cual la necesidad constituye, por así decir, el fundamento último y la surgente misma de la ley”.²¹⁷

Santi Romano, manifiesta Agamben, distingue entre aquellos que ven en la necesidad un hecho jurídico o, inclusive, un derecho subjetivo del Estado que, como

²¹⁴ *Idem*, Págs. 58-59

²¹⁵ *Idem*, Pág. 59

²¹⁶ *Idem*, Pág. 60

²¹⁷ *Idem*, Pág. 64



tal, se funda en último análisis en la legislación vigente y en los principios generales del derecho y aquellos que piensan que es un mero hecho y que, por lo tanto, los poderes excepcionales que sobre ella se fundan no tienen base alguna en el sistema legislativo. Ambas posiciones, que coinciden en identificar el derecho con la ley, están, según Romano, erradas en la medida en que desconocen la existencia de una verdadera y propia fuente del derecho más allá de la legislación.²¹⁸

“La necesidad de la cual nos ocupamos debe concebirse como una condición de cosas que, al menos en regla y de un modo completo y prácticamente eficaz, no puede ser disciplinada por normas precedentemente establecidas. Pero si ella no tiene ley, hace la ley, como dice otra expresión usual; lo cual significa que constituye por sí mismo una verdadera y propia fuente de derecho [...]. La necesidad se puede decir que es la fuente primera y originaria de todo el derecho, de modo que a su respecto las otras deben considerarse en cierto modo derivadas [...]. Y en la necesidad debe rastrearse el origen y la legitimación de la institución jurídica por excelencia, es decir el Estado, y en general de su ordenamiento constitucional, cuando éste es instaurado como un procedimiento de facto, por ejemplo por la vía de una revolución. Y aquello que se verifica en el momento inicial de un determinado régimen puede incluso repetirse, si bien de modo excepcional y con características más atenuadas, aunque éste haya formado y regulado sus instituciones fundamentales.”²¹⁹

“El Estado de Excepción, en cuanto figura de la necesidad, se presenta así –junto con la revolución y la instauración de facto de un ordenamiento constitucional- como una disposición “ilegal” pero perfectamente “jurídica y constitucional”, que se concreta en la producción de nuevas normas (o de un nuevo orden jurídico)”.²²⁰

“La fórmula [...] según la cual es Estado de Sitio sería, en el derecho italiano, una disposición contraria a la ley, digamos bien ilegal, pero al mismo tiempo conforme al

²¹⁸ *Idem*

²¹⁹ S. Romano. “*Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione dei terremoto di Messina e Reggio Calabria*”, en *Rivista di dirittopubblico* (también en *Scrittiminori*, vol. 1, Giuffrè, Milano, 1990, Pág. 362) citado por Agamben, *Ob. Cit.*, Págs. 64-65

²²⁰ Agamben, *Ob. Cit.*, Pág. 66



derecho positivo no escrito, y por eso jurídica y constitucional, parecería ser la fórmula más exacta y conveniente. Que la necesidad pueda vencer la ley deriva de su propia naturaleza, y de su carácter originario, ya sea desde el punto de vista lógico como histórico. Ciertamente la ley ha devenido ya la manifestación más culminante y general de la norma jurídica, pero se exagera cuando se quiere extender su dominio más allá del campo que le es propio. Hay normas que no pueden escribirse o no es oportuno que sean escritas; hay otras que no pueden determinarse sino cuando se verifica la eventualidad en la cual deben servir.”²²¹

Según algunos autores, en el estado de necesidad “*el juez elabora un derecho positivo de crisis, así como en tiempos normales, colma las lagunas del derecho.*”²²² De este modo, el problema del Estado de Excepción es puesto en relación con un problema de particular interés en la teoría jurídica, el de las lagunas en el Derecho. A partir del Artículo 4 del Código Napoleónico, el juez que rechace juzgar, bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido en tanto culpable de negación de justicia, en la mayor parte de los sistemas jurídicos modernos el juez tiene la obligación de pronunciar el juicio incluso en presencia de una laguna de la ley. “En analogía con el principio según el cual la ley puede tener lagunas, pero el derecho no las admite, el estado de necesidad es así interpretado como una laguna del derecho público a la cual el poder ejecutivo tiene la obligación de poner remedio. Un principio que corresponde al poder judicial es extendible, de este modo, al poder ejecutivo”.²²³

La laguna no concierne aquí a una carencia –afirma Agamben- en el texto legislativo, que debe ser completada por el juez; concierne sobre todo a una suspensión del ordenamiento vigente para garantizar su existencia. “Lejos de responder a una laguna normativa, el Estado de Excepción se presenta como la apertura en el ordenamiento de una laguna ficticia con el objetivo de salvaguardar la existencia de la norma y su aplicabilidad a la situación normal. La laguna no es interna a la ley,

²²¹ Romano, Ob. Cit., Pág. 364, citado por Agamben, *Idem* nota anterior

²²² A. Mathiot. “*La théorie des circonstances exceptionnelles*”, en *Mélanges Mestre*, París, 1956, Pág. 424, citado por Agamben, Ob. Cit., Pág. 69

²²³ Agamben, Ob. Cit., Pág. 70



sino que tiene que ver con su relación con la realidad, la posibilidad misma de aplicación. Es como si el derecho contuviese una fractura esencial que se sitúa en la posición de la norma y su aplicación y que, en el caso extremo, puede ser colmada solamente a través del Estado de Excepción, esto es, creando una zona en la cual la aplicación es suspendida, pero la ley permanece, como tal, en vigor”.²²⁴

3.6 El Estado de Excepción en Guatemala durante la última época electoral en el departamento de Petén. Enfoque sobre las consecuencias en los derechos fundamentales de la población y la fractura jurídica producida por la decisión política del Ejecutivo

3.6.1 La Ley del Orden Público. La vulneración de los derechos fundamentales y garantías procesales por su obsolescencia

En La Ley del Orden Público, Decreto Número 7 (1965) se han estructurado los imperativos sustanciales en los capítulos II, III, IV, V, VI. A partir de un breve análisis de cada uno de ellos, se puede inferir la alta presencia coercitiva del Estado en los medios de control social formal, para la contención de eventos extraordinarios, que para la época en que entró en vigor dicha ley la perspectiva política criminal y de política general del Estado guatemalteco estaba cifrada desde una visión totalmente militarizada, cuyo objetivo específico era el combate a los grupos insurgentes, en otras palabras, grupos terroristas como se les denominaba. Esta circunstancia, definitivamente, va a tener consecuencias vulnerantes a los derechos fundamentales de la población guatemalteca, al momento de activar cualquiera de los estados de excepción contemplados en dichos capítulos, exceptuando el IV, referido al estado de calamidad pública, pues como su mismo indicador lo plantea, la calamidad pública está estrechamente conectada con desastres naturales.

Al Capítulo II, Del Estado de Prevención, Artículo 8º. lo dinamizan, exclusivamente, verbos rectores que intrínsecamente llevan el sentido de la represión tales como militarizar, fijar las condiciones, limitar, disolver por la fuerza, prohibir la circulación, exigir a los órganos de publicidad y difusión. Cada uno de los numerales de dicho

²²⁴*Idem*



artículo está pensado para crear una amenaza sobre la población en situación de emergencia en el Artículo 1º de la ley en mención claramente se reconoce como casos de invasión del territorio nacional, de perturbación grave de la paz, de calamidad pública o de actividades contra la seguridad del Estado.

Según la experiencia vivida por los guatemaltecos, el Estado de Prevención se ha declarado en las últimas décadas en casos de calamidad pública donde no ha intervenido la mano del hombre sino las fuerzas de la naturaleza, tal como el terremoto de San Marcos en el año 2012, situación que en ningún momento motivó al gobierno para decretar ninguna circunstancia aparecida en los numerales citados correspondientes al Estado de Prevención.

El Capítulo III, Estado de Alarma, Artículo 13 establece que: cuando el Ejecutivo decida decretar el estado de alarma, señalará el todo o parte del territorio nacional afectado por él, pudiendo restringir algunas o todas las garantías señaladas en el artículo 151 de la Constitución y durante su vigencia, el Ejecutivo podrá adoptar, además de las aplicables al estado de Prevención, las medidas siguientes: 1) Intervenir el funcionamiento de los servicios públicos y de las empresas privadas que los presten [...]; 2) Exigir los servicios o el auxilio de particulares, cualesquiera que sean el fuero y la condición de las personas [...]; 3) Negar la visa de pasaportes a extranjeros, domiciliados o no en el país [...]; 4) Obligar a cualquier persona a que resida en determinado lugar [...]; 5) Prohibir el cambio de domicilio o de residencia a las personas que prestaren servicios de carácter público [...]; 6) Cancelar o suspender las licencias extendidas para la portación de armas [...]; 7) Centralizar las informaciones relativas a la emergencia [...]; y, 8) Prohibir y suspender las reuniones, huelgas o paros [...].”

Como se puede apreciar el Estado de Alarma puede ser decretado en partes del territorio nacional, según sea de la consideración del Ejecutivo; es de entender que este tipo de toma de decisiones en forma dosificada para su aplicación, es porque en determinado espacio territorial existe una conflictividad severa –en la época en que entra en vigor la ley en mención (1965) se denominaba terrorismo a las manifestaciones insurgentes que recién habían iniciado a principios de la década de



los 60-, por lo que dadas las circunstancias existía la amplia posibilidad de sectorizarlo, por denuncias de presencia insurgente en algunas poblaciones, la cuestión de seguridad nacional debía de ser aplicado a todo el territorio. Asimismo, a estos ocho numerales hay que sumarle los siete contenidos en el Estado de Prevención, que en un análisis profundo se puede determinar una dualidad en la coerción que se le impone a la población.

Cabe señalar que los últimos Estados de Alarma decretados en Guatemala, han estado íntimamente conectados con situaciones de calamidad por desastres naturales o para la contención de grupos del crimen organizado en el interior del país, pero cabe aclarar que la población ha sido más atemorizada por la presencia del ejército, las tácticas y estrategias adoptadas en el Estado de Alarma para la contención del crimen organizado que por los propios grupos criminales organizados; no porque los hechos de estos últimos no hayan creado pánico en la población, sino porque el pánico vivido en un espacio de tiempo corto, es extendible por la instalación en dicho territorio de grupos militares especializados en diferentes tareas coercitivas, cuya presencia se le impone a la población por tiempo indeterminado, dependiendo de la consideración de gravedad y peligro que visualice el Ejecutivo.

El Capítulo IV, Del Estado de Calamidad Pública, en el Artículo 14 reza que dicho estado se declara por parte del Ejecutivo “para evitar en lo posible los daños de cualquier calamidad que azote el país (terremoto, huracán, temporal lluvioso, sequía, etc.) o a determinada región, así como para evitar o reducir sus efectos. Para ello, en los ocho numerales que conforman el Artículo 15, el Presidente de la República toma medidas las cuales se pueden definir como humanitarias y de control beneficioso para que los daños causados por las contingencias naturales no se agraven más de lo que ya se ha producido. Llama la atención que durante este estado la potestad coercitiva del Estado se reduce considerablemente, pues a pesar de la presencia de tres verbos rectores como limitar, exigir, impedir (numerales 2, 3 y 4) a diferencia de los estados anteriores, estos contemplan situaciones humanitarias en beneficio de las personas que residen en las zonas afectadas por la calamidad natural.



El Capítulo V, Del Estado de Sitio, en el Artículo 16, se alude a actividades terroristas, sediciosas o de rebelión que pretendan cambiar por medios violentos a las instituciones públicas o cuando hechos graves pongan en peligro el orden constitucional o la seguridad del Estado. Ahora bien, ¿por qué se da un Estado de Sitio, en un país como Guatemala? En el tiempo del conflicto armado y la prevalencia del régimen militar, se mantenía en una total zozobra a la población, sobre todo la capitalina, más por el simple hecho de saberse en Estado de Sitio que por las causas que lo motivaron. Era una imposición del miedo por parte del Estado. En la actualidad, estas medidas extraordinarias que se han decretado han sido en los departamentos de Petén, San Marcos, el Municipio de Coatepeque por la anomia producida por la presencia de estructuras criminales organizadas, sobre todo dedicadas a la narcoactividad y al sicariato. Las motivaciones ejecutivas para decretar el Estado de Sitio no han tenido vínculo alguno con actividades de índole terrorista, sin embargo, ha dinamizado todo el aparato institucional del ejército para responder ante dichas contingencias. El Artículo 18, claramente regula que: Todas las autoridades y entidades estatales, de cualquier naturaleza que sean, están obligadas a prestar a la autoridad militar el auxilio y cooperación que les sean requeridos, dentro de la esfera de su competencia. Es de aclarar que en estas circunstancias, todas las garantías de un Estado de Derecho quedan restringidas, además de que son aplicables todas las medidas establecidas para los estados de prevención y alarma. En el Artículo 19, aparecen los “famosos” verbos rectores que implícitamente llevan consigo la máxima coerción: intervenir, disolver, ordenar, repeler, reprimir.

Por último, el Capítulo VI, Del Estado de Guerra, en el Artículo 23 establece que el mismo solo podrá ser decretado por el Congreso de la República a solicitud del Ejecutivo; y, en el Artículo 24, se lee que: Sin perjuicio de las disposiciones extraordinarias que deben tomarse en el estado de guerra y de la observancia de las normas y usos internacionales, esta ley será aplicable como supletoria en cualquiera de sus estados, para resguardar el orden interno y la seguridad del Estado.



Es insoslayable que desde la Convención de Palermo 2000, Guatemala adoptó legislación especial, una serie de estrategias y herramientas procesales dictadas desde la Asamblea General de las Naciones Unidas. Esto puso al país en una constante lucha contra el crimen organizado desde perspectivas que fracturan el debido proceso.

El tratamiento como enemigos del Estado dirigido a los criminales organizados, representa la visión de guerra que ha sido impuesta desde los Estados Unidos de América; no es una visión propia del Estado guatemalteco. Una ley como la que se acaba de analizar, aunque fuera del contexto en que surge el Derecho Penal del enemigo, tiene grandes rasgos homologables a los de esta doctrina.

Indudablemente los hechos resultantes de la actividad criminal organizada, daña groseramente bienes jurídicos tutelados; provoca una enorme incertidumbre en la población con respecto al sistema penal imperante. Pero eso ha sucedido en muchos países latinoamericanos y sigue sucediendo; sin embargo, la imposición de cualquier fórmula de Estado de Excepción vulnera derechos fundamentales y garantías procesales, inevitablemente.

3.6.2 El pronunciamiento de la Comisión Internacional de Juristas y sus denuncias sobre las motivaciones de fondo en la imposición del Estado de Excepción en el Departamento de Petén

La Comisión Internacional de Juristas (CIJ)²²⁵, en un comunicado publicado desde su propio medio electrónico bajo el epígrafe de Comisión Internacional de Juristas condena hechos violentos y delictivos en Petén, fechado el 18 de mayo de 2011, se pronuncia condenando los hechos acaecidos el 15 de mayo de ese año en el Departamento de Petén en donde fueron masacrados 27 campesinos por un grupo de sicarios pertenecientes a la estructura criminal organizada denominada los Zetas.

Aunado a sus manifestaciones de solidaridad con los familiares de los fallecidos, los miembros de la CIJ expresan su preocupación por una serie de actuaciones

²²⁵ Ver Sitio: www.nisgua.org/news_analysis/index.asp?id=3725



anómalas por parte del Ejecutivo, que quedaron tras el telón por el impacto de la masacre acaecida en la Aldea Los Cocos, Petén.

Plantean en su comunicado que:

“1. El contexto socio político del departamento de Peten es bastante conocido ya que en diferentes informes se ha analizado a fondo, informes que proporcionan vasta documentación acerca de la situación en dicho Departamento. Cabe recordar el Informe Final de la Oficina Regional de la MINUGUA en el Departamento de Peten de 2004 en la que hace consideraciones importantes en lo relativo a la corrupción en las instituciones del Estado, la presencia del crimen organizado y narcotráfico en la región, la debilidad de las instituciones del Estado, las graves violaciones a los derechos humanos cometidas principalmente por agentes de la PNC o de otros cuerpos de seguridad del Estado y la impunidad en la que permanecen dichos crímenes; al releer dicho informe podemos notar que el Estado de Guatemala no ha hecho absolutamente nada por cumplir con las recomendaciones que la MINUGUA hiciera al Estado de Guatemala desde el año 2004;

2. Los hechos violentos y deplorables del domingo 15 de mayo deben verse no solo en dicho contexto, sino también en relación a otros hechos recientes sucedidos en el departamento, tales como la remilitarización iniciada por el Presidente Álvaro Colom el año pasado, la prórroga del contrato petrolero 2-85 que faculta a la entidad PERENCO a seguir operando durante 15 años más en la zona protegida de Laguna del Tigre, la presencia del crimen organizado y narcotráfico en dicha región que actúan con total libertad, sin que las autoridades hagan nada por detenerlos;

3. Dichos hechos también se deben evaluar en el contexto de la política de desalojos forzosos implementada por el Presidente Colom, en contra de las diferentes comunidades que viven en la zona de Laguna el Tigre y la Sierra del Lacandón; también deben tomarse en cuenta los mega proyectos que el Organismo Ejecutivo viene implementando y ha aprobado para la zona del departamento de Peten, lo cual permitirá el desarrollo de empresas privadas nacionales y



transnacionales, a costa de las comunidades que se oponen a dichos proyectos quienes se les irrespeta el derecho a la consulta;

4. Ante tales hechos, el Gobierno de la República ahora aprovecha la situación para establecer un Estado de Sitio, medida excepcional que como ya quedó demostrado en el Departamento de Alta Verapaz, no logra resultados considerables ni acciones exitosas concretas para desarticular a las estructuras ilegales del crimen organizado y narcotráfico. Los hechos sucedidos en el Departamento de Alta Verapaz y el Estado de Sitio impuesto en dicho departamento, nos indican que el Estado de Sitio en el Peten es una medida para provocar más miedo en la población y que permitirá la detención de algunos cuadros medios de dichas bandas criminales, pero no alcanzará a los cabecillas y verdaderos dirigentes de dichas bandas delincuenciales, quienes siguen libres y actuando con total impunidad;

5. Por otro lado, la CIJ vuelve a señalar que el Estado de Guatemala está imponiendo un Estado de Sitio con fundamento en una Ley de Orden Público fuera de contexto, irrespetuosa de los derechos humanos e inconstitucional y que según los Acuerdos de Paz firmados en diciembre de 1996, el Congreso de la República debió de haber aprobado desde hace tiempo una nueva Ley de Orden Público, cuyas normas deberían estar en concordancia con las normas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y con la Convención Interamericana de Derechos Humanos.[Asimismo],El establecimiento de un Estado de Sitio en un periodo de elecciones generales contradice el artículo 194 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos que obliga a que el proceso electoral se realice en un ambiente de libertad "y plena vigencia de los derechos constitucionales." El Estado de Sitio por naturaleza constituye una limitación a determinados derechos constitucionales. Es difícil imaginar que tal y como quedó aprobado el Estado de Sitio, el proceso electoral pueda llevarse a cabo con la "plena vigencia de los derechos constitucionales."

Muchas situaciones anómalas pueden dilucidarse de la denuncia hecha por la CIJ, sin embargo, lo más importante de todo ello es la utilización de un Estado de Excepción primero, para crear una cortina que esconda la corrupción y los malos



manejos de la cosa pública y, segundo para atemorizar a la población y hacer valer el *ius puniendi* del Estado, que en estas circunstancias no puede ser limitado por el Derecho Penal, porque existe una total fractura del debido proceso y un constante irrespeto a los derechos fundamentales, en función de dejar claro que el Estado si responde.

En el caso de los estados de excepción declarados en diferentes territorios de Guatemala, anteriores a de Petén, la justificación siempre fue el combate a estructuras criminales organizadas, cuya presencia atemorizaba a la población. Los resultados obtenidos fueron nulos, porque la propia presencia de estas estructuras en el país se debe a la permisibilidad política que ha existido -por conveniencia durante la campaña política de tener patrocinadores sin importar de dónde venga el dinero-, pues se han ido adquiriendo compromisos reales pero desastrosos de dejar hacersin que exista intervención judicial, para que estas estructuras ilegales coexistan con el sistema legal.

Ahora bien, existe una diferencia muy marcada entre los estados de excepción anteriores al de Petén y el de este en sí mismo. Este último estaba marcado por el año electoral, que aunque se dio a conocer que este Estado de Excepción no afectaría el proceso electoral, la vulneración de la normativa de partidos políticos y los derechos fundamentales de la población fue muy clara.

3.7 Procedimiento para decretar un Estado de Excepción y los principios que lo motivan

La Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 138 establece el procedimiento a seguir para que se decrete un Estado de Excepción.

1º. Una vez surjan las circunstancias necesarias para que se decrete un Estado de Excepción, el Presidente de la República hará la declaratoria correspondiente, por medio de decreto dictado en Consejo de Ministros.



2º. En el propio decreto, se convocará al Congreso, para que dentro del término de tres días, lo conozca, lo ratifique, modifique o impruebe. En caso de que el Congreso estuviera reunido, en sesión ordinaria, deberá conocerlo inmediatamente.

3. Se publicará inmediatamente el decreto en el Diario Oficial y en otro periódico de mayor circulación (publicación que deberá ser gratuita).

Cabe mencionar que el decreto de un Estado de Excepción según la Constitución Política de la República debe especificar:

- Los motivos que los justifiquen.
- Los derechos que no pueden asegurarse en su plenitud.
- El territorio que afecte.
- El tiempo que durará su vigencia

La Constitución Política de la República de Guatemala le otorga al poder ejecutivo la facultad extraordinaria de poder legislar, pero es una facultad limitada tanto por la ley como por el propio Estado, esto por medio de los contrapesos existentes en la división de poderes, pues es el Congreso de la República el que ratifica el decreto de Estado de Excepción, y por los ciudadanos mediante los recursos judiciales procedentes (amparo, exhibición personal y declaratoria de inconstitucionalidad). Sin embargo, se puede decir que en los últimos hechos donde ha habido la necesidad ficcionalizada de decretar un Estado de Excepción, lo que la Constitución Política de la República de Guatemala, establece es letra muerta ante una Ley de Orden Público vigente pero obsoleta y que es la que rige toda declaración de Estado de Excepción.

Es necesario aclarar que Guatemala así como otros países ha sido guiada a una guerra contra la delincuencia organizada, por parte de EE.UU. por medio de los mecanismos de las Naciones Unidas; situación que inevitablemente ha ficcionalizado enemigos indebidamente, y, no se puede negar que es esta una de las motivaciones de mayor sustancialidad para decretar un Estado de Excepción, tal como sucedió en Petén.



3.7.1 El Derecho Internacional Humanitario y los principios establecidos para la legitimidad de los estados de excepción

3.7.1.1 Principio de temporalidad

El principio de temporalidad de los estados de excepción implica que toda medida que se tome dentro de esta situación debe tener una duración limitada, por lo tanto esta debe de cesar tan pronto hayan terminado las causas por la que fue decretada, pues si su vigencia se prolonga innecesariamente, se está alterando la estructura política y jurídica del Estado de Derecho.

Este principio, “es la esencia de los estados de excepción constitucionales, es su carácter eminentemente excepcional, no pudiendo en un Estado de Derecho Constitucional, constituirse en el sistema norma de regulación de la sociedad. La temporalidad es la esencia del Estado de Excepción, debiendo actuar durante el menor lapso posible, para restituir con la mayor celeridad el goce normal de los derechos de las personas.”²²⁶

El principio de temporalidad se encuentra regulado expresamente en el Artículo 138 constitucional, el cual establece que el decreto de un Estado de Excepción tiene una duración máxima de 30 días, a excepción del estado de prevención que tiene vigencia de 15 días, períodos que pueden ser prorrogados por un plazo igual cuando las circunstancias que dieron lugar a su implementación no hubieran cesado.

3.7.1.2 Principio de intangibilidad

Este principio establece una serie de derechos humanos que no pueden ser suspendidos por la aplicación de cualquier grado de excepción que se aplique en una nación. Esta serie de derechos denominados inderogables y no suspendibles por un Estado de Excepción.

Este principio tiene su base jurídica en dos instrumentos internacionales que protegen ciertos derechos y garantías en casos de Estado de Excepción, se puede

²²⁶H. Nogueira Alcalá. *Dogmática aconstitucional*. Chile: Ed. Universidad de Talca. 1997, Pág. 335



citar al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, además de las opiniones consultivas No. 8 y 9 de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, que en interpretación del Pacto de San José integra esta serie de derechos intangibles o no suspendibles, a los medios procesales para la protección de los derechos humanos como a las garantías judiciales del debido proceso. De esta forma, en estos instrumentos se busca proteger los derechos inherentes a la persona humana en situaciones de emergencia, pues se prohíbe la suspensión de determinados derechos. A continuación se enlistan los correspondientes:

- Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.
- Derecho a la vida y limitaciones a la pena de muerte.
- Derecho a la integridad personal. Prohibición de la tortura, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.
- Prohibición de la esclavitud.
- Prohibición de la servidumbre, de trabajos forzosos u obligatorios salvo que deriven de una ley legítima, una sentencia judicial o una obligación de carácter cívico.
- Principio de legalidad (tipicidad previa) en la determinación de los delitos y que no se sentencie o condene a nadie en virtud de leyes o decretos de efecto retroactivo.
- Protección a la familia. Derecho a contraer matrimonio y la igualdad de los cónyuges, igualdad de derechos de los hijos que nacen dentro o fuera del matrimonio.
- Derecho de protección de la niñez.
- Derecho a la nacionalidad.
- Derecho a un recurso sencillo y efectivo ante el órgano judicial que ampare contra actos que violen los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos.



- Derecho del detenido a recurrir a la autoridad judicial competente para que decida la legalidad de su arresto o detención, en caso contrario, proceder a su liberación.
- Garantías judiciales que derivan de la forma democrática representativa de gobierno.
- Toda persona acusada de un delito penal tendrá derecho a que se presuma su inocencia y a los derechos que le aseguren un juicio imparcial.
- El derecho a ser informada prontamente, de manera detallada y en su idioma de origen para que pueda entender los cargos que se le imputan.
- El derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse confidencialmente con su defensor.
- El derecho a elegir un defensor de su confianza o se le nombre un defensor de oficio gratuitamente si careciera de los medios suficientes para pagarlo, y a ser informada de este derecho.
- El derecho a estar presente en el proceso.
- El derecho de no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.
- El derecho a exigir la comparecencia e interrogar a los testigos de descargo y demás medios de prueba a su favor.
- El derecho a ser juzgado públicamente, excepto cuando el tribunal ordene lo contrario por motivos de seguridad, con las debidas garantías procesales.
- El derecho de impugnar toda resolución que le perjudique
- En todos los casos se llevará un registro adecuado de todo proceso.
- Nadie será juzgado o perseguido dos veces por el mismo delito.
- Derecho a participar directamente o por representantes libremente elegidos en la dirección de los asuntos políticos, de votar y ser electos, de tener acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas.



Esta serie de derechos claramente reconocidos y establecidos por instrumentos internacionales sobre derechos humanos y transpuestos al ordenamiento jurídico tendrían que ser la fórmula que permitiera la reforma de la Ley del Orden Público, que a la vez, contendría imperativos de derechos humanos que mesurarían el recurso del Estado de Excepción decretado arbitrariamente, sin embargo, esta ley sigue vigente con sus rasgos obsoletos, sin contemplar los derechos anteriormente enlistados, que no fueron contemplados desde su dañosidad en 1965, época en que el Estado había declarado la guerra a enemigos internos, nominados como comunistas, guerrilleros, terroristas. A pesar de que esa época estaba saturada de un enfrentamiento armado severo, en la ley no existe ni un solo rasgo de Derecho Humanitario dirigido a la población civil. Pareciera ser que sin haber surgido la doctrina del Derecho Penal del enemigo, dicha ley se hubiera basado en la posición de Schmitt²²⁷, en cuanto a que lo político no era nada más ni nada menos que la relación dicotómica de enemigo-amigo.

En síntesis, el principio de intangibilidad contiene todos aquellos derechos subjetivos inherentes a la persona desde su fundamento como parte integrante activa de una sociedad. Sin embargo, en un Estado de Excepción, tal y como se ha venido insistiendo, lo ilegal deviene en norma, es decir, que el resquebrajamiento de todo el andamiaje de derechos humanos que históricamente se ha ido construyendo para favorecer no a unos cuantos, sino a toda la población del mundo, es deconstruido por un decisionismo político, que ni si siquiera es propio del país, sino que es impuesto por uno más poderoso.

3.7.1.3 Principio de razonabilidad

El principio de razonabilidad consiste en que al momento de decretar un Estado de Excepción debe existir una conexión o relación congruente, entre las medidas adoptadas y la situación de emergencia que se busca resolver.

²²⁷C. Schmitt. *El concepto de lo político*. Madrid, España: Alianza Editorial, 2006



El principio de razonabilidad implica, además la posibilidad del control jurisdiccional de los estados de excepción, el cumplimiento de las garantías procesales y la simultánea evaluación de todos los principios enunciados anteriormente. Este control jurisdiccional en Guatemala puede ser llevado a cabo por medio de la acción de amparo, en que el agraviado probará la falta de razonabilidad de la medida en caso concreto.

3.7.1.4 Principio de proporcionalidad

Este principio se refiere a que los decretos que dicten en un Estado de Excepción, deben limitar solo aquellos derechos que sean necesarios para afrontar la situación que se vive. Por lo tanto las medidas que se tomen deberán ser en proporción a la gravedad y naturaleza de las circunstancias, o sea deben responder a las características del fenómeno que se enfrenta.

3.8 Legislación internacional sobre el Estado de Excepción

3.8.1 El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

En el Artículo 4º de este Pacto se regula que: “En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.”

Asimismo, el contenido de dicho pacto exige la garantía de que no serán suspendidos derechos fundamentales como el derecho a la vida (Artículo 6º.); el derecho a la integridad personal (Artículo 7º.); prohibición a la esclavitud y a la servidumbre (Artículo 8º.); prohibición de cárcel por incumplimiento de obligación contractual (Artículo 11º.); derecho a un proceso regular (Artículo 15º.);



reconocimiento a la personalidad jurídica (Artículo 16º.); y, derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (Artículo 18º.).

Además, regula la obligación que tiene todo Estado parte que haga uso de la implementación de un Estado de Excepción, de informar inmediatamente a los demás Estados partes del pacto, de los motivos que suscitaron la aplicación de un Estado de Excepción.

3.8.2 La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José

En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte –recomienda la convención- este podrá adoptar disposiciones que en la medida y por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Asimismo, garantiza el respeto a los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sumando el principio de legalidad y retroactividad (Artículo 9º.); la libertad de conciencia y religión (Artículo 12º.); la protección a la familia (Artículo 17º.); derecho al nombre (Artículo 18º.); derecho de nacionalidad (Artículo 20º.); y, derechos políticos (Artículo 23º.), así como las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Además, en el Artículo 27º. Numeral 3, dispone que se haga uso del presente derecho de suspensión siempre y cuando informe inmediatamente a los demás Estados partes en la presente convención por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos –OEA-, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido ciertos derechos, de los motivos que hayan motivado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada la misma.

Como se puede observar esta serie de derechos, cuyo respeto debe estar comprendido al momento de decretar el Estado de Excepción es pura letra muerta,



porque la realidad que se da en el país, y, específicamente la que se dio en el Departamento de Petén, vulneró todos estos imperativos desde el ámbito de los derechos humanos, pues se decretó dentro de un proceso electoral.

3.9 Estado de Excepción dentro de un proceso electoral

Al hacer un poco de historia sobre el Estado de Excepción para poder encaminar el sentido de este epígrafe hacia la problemática de decretarlo durante un proceso electoral, nuevamente se recurre a Agamben, quien puntualmente se remonta a la antigua Roma para derivar lo que actualmente es la institución del Estado de Excepción de ciertas instituciones clásicas romanas que le dieron vida a la contemporánea.

Existe un instituto del derecho romano –expresa Agamben- que se puede considerar de alguna manera como el arquetipo del moderno *Ausnahmezustand* y que, sin embargo –quizá precisamente por esto mismo- no parece haber recibido suficiente atención por parte de los historiadores del derecho y de los teóricos del derecho público: *iustitium*. En la medida en que permite observar el Estado de Excepción en su forma paradigmática, se servirá aquí del *iustitium* como de un modelo en miniatura para intentar desanudar las aporías de las cuales la teoría moderna del Estado de Excepción no termina de deshacerse.²²⁸

Cuando llegaba la noticia de una situación que ponía en peligro la República, el senado emitía un *senatusconsultum ultimatum*, con el cual se les pedía a los cónsules (o a aquellos que hacían las veces de ellos en Roma, *interrex* o procónsules) y en algunos casos inclusive al pretor y a los tribunos de la plebe y, en el límite, a cada ciudadano, que tomaran cualquier medida que se considerase necesaria para la salvación del Estado (*rem publicam defendant, operamque dent ne quid respublicae detrimentum capiat*).²²⁹

Este senadoconsulto tenía en su base un decreto que declaraba el *tumultus* (la situación de emergencia que en Roma advenía luego de una guerra externa, una

²²⁸ Agamben, *Supra* nota 39, Pág. 85

²²⁹ *Idem*, Pág. 86



insurrección o una guerra civil) y daba lugar usualmente a la proclamación de *iustitium* (*iustitium medicere o indicere*).²³⁰

El término *iustitium* implicaba una suspensión no simplemente de la administración de justicia, sino del derecho como tal. Es el sentido de este instituto jurídico, que consiste únicamente en la producción de un vacío jurídico, lo que se hace necesario examinar aquí desde el punto de vista de la sistemática tanto del derecho público como del derecho filosófico-político.

Cuando Mommsen se encuentra ante el problema del *senatusconsultum ultimum* y del estado de necesidad que presupone, no encuentra mejor salida que recurrir a la imagen del derecho de legítima defensa (el término alemán para la legítima defensa, *Notwehr*), remite a aquel que se utiliza para el estado de emergencia, *Notstand*. Al respecto el autor expresa que: “Como en aquellos casos urgentes, en los cuales la protección de la comunidad decae, cada ciudadano adquiere un derecho de legítima defensa, de allí que existe un derecho de legítima defensa inclusive para el Estado y para cada ciudadano en tanto tal, cuando la comunidad está en peligro y la función del magistrado viene a faltar. Si bien él se sitúa en un cierto sentido por fuera del derecho [ausserhalb des Rechts], es no obstante necesario todavía hacer comprensible la esencia y la aplicación de este derecho de legítima [Notwehrrecht] al menos en la medida en que este derecho es susceptible de una exposición teórica.”²³¹

A la afirmación del carácter extrajudicial del Estado de Excepción y a la duda sobre la posibilidad misma de su presentación teórica corresponden, en el tratado, dudas e incoherencias que sorprenden en una inteligencia como la de Mommsen, que se ha caracterizado siempre por ser mucho más sistemática que histórica. Sobre todo en la sección dedicada al estado de necesidad, no examina el *iustitium*, de cuya

²³⁰ *Idem*

²³¹ T. Mommsen. *Compendio del Derecho Público Romano*. Trad. al castellano de P. Dorado Montero. Analecta. Pamplona, 2004 del original *Römisches Straatsrecht*. Akademische Druck, Graz, vol. I, 1969, Págs. 687 y ss. (Berlín 1871) citado por Agamben, Ob. Cit., Pág. 90



contigüidad con el senadoconsulto último es perfectamente consciente,²³² y cambio sí lo hace en aquella que trata del derecho de veto de los magistrados.²³³

Además hace esto aunque se da cuenta de que el senadoconsulto último se refiere esencialmente a la guerra civil (por medio de él es proclamada la guerra civil²³⁴) y no ignora que la forma de la leva es en los dos casos diferente²³⁵; no parece distinguir entre *tumultus* y estado de guerra (*Kriegrecht*).

En la definición de este Estado de Excepción, la agudeza de Mommsen se manifiesta precisamente allí donde muestra sus límites. Observa que el poder en cuestión excede absolutamente los derechos constitucionales de los magistrados y no puede ser examinado desde un punto de vista jurídico-formal.

Tomando en consideración que ya se ha realizado un desarrollo bastante convincente de los precedentes del Estado de Excepción, se procede, por lo tanto, a situar el pensamiento de Agamben, como el más adecuado para determinar un estrato definicional sobre Estado de Excepción.

Afirma este autor en un primer punto que: “El Estado de Excepción no es una dictadura (constitucional o inconstitucional, comisarial o soberana), sino un espacio vacío de derecho, una zona de anomia en la cual todas las determinaciones jurídicas –y, sobre todo, la distinción misma entre público y privado- son desactivadas. Falsas son, por tanto, todas las doctrinas que buscan anexar inmediatamente el Estado de Excepción al derecho; y son por ende falsas tanto la teoría de la necesidad como fuente jurídica originaria como la que ve en el Estado de Excepción el ejercicio de un derecho de estado a la propia defensa, o el restablecimiento de un originario Estado pleromático del derecho (los “plenos poderes”). Pero también son falaces aquellas doctrinas que, como la e SCHMITT, buscan inscribir en forma mediata el Estado de Excepción en un contexto jurídico, fundándolo en la división entre normas de derecho y normas y normas de realización del derecho, entre poder constituyente y poder

²³² *Idem*, Págs. 687-697

²³³ *Idem*, Págs. 250 y ss.

²³⁴ *Idem*, Pág. 693

²³⁵ *Idem*, Pág. 695



constituido, entre norma y decisión. El estado de necesidad no es un “estado de derecho”, sino un espacio sin derecho (aun cuando se trata de un estado de naturaleza, sino que se presenta como la anomia que resulta de la suspensión del derecho).²³⁶

En un segundo punto, al referirse a ese espacio vacío de derecho, apunta que: “Este espacio vacío de derecho parece ser, por alguna razón, tan esencial al orden jurídico que éste debe tratar por todos los medios de asegurarse una relación con aquél; casi como si para fundarse, debiera mantenerse necesariamente en relación con la anomia. Por un lado, el vacío jurídico que está en cuestión en el Estado de Excepción parece absolutamente impensable para el derecho; por el otro, este impensable reviste sin embargo para el orden jurídico una importancia estratégica tan decisiva que se trata a cualquier costo de no dejarlo escapar el problema crucial relacionado con la suspensión del derecho es el de los actos cometidos durante el *iustitium*, cuya naturaleza parece escapar a toda definición jurídica. En cuanto no son ni transgresivos ni ejecutivos ni legislativos, parecen situarse, con respecto al derecho, en un absoluto no-lugar.”²³⁷

Por último, es necesario acotar que, si es cierto que la articulación entre vida y derecho, anomia y *nomos* producida por el Estado de Excepción es eficaz pero ficticia, no se puede sin embargo deducir que esto sea la consecuencia de que, más allá o más acá de los dispositivos jurídicos, se produce por cualquier lado un acceso inmediato a aquello de lo cual estos representan la fractura y, a la vez, la imposible composición.

Vistas estas series de rupturas y vacíos planteados por Agambem respecto al Estado de Excepción, corresponde describir las fracturas mayores que se dan dentro de un proceso electoral.

Ciertamente para poder determinar que un Estado de Excepción fue decretado con el objeto de preservar el orden público y no con el objeto de atentar en contra del

²³⁶ *Idem*, Pág. 100

²³⁷ *Idem*, Pág. 101



sistema democrático de un país, es preciso definir claramente las causas que dan origen a su aplicación; pero en el momento de decretar un Estado de Excepción encontrándose un país –Guatemala en este caso- dentro de un proceso electoral, resulta muy difícil de establecer la legitimidad del mismo debido a que no se tiene la certeza de cuáles son las verdaderas causas que lo motivan; si es mantener el orden público, entendido como el normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales, reconocidos en las leyes, que constituyen el fundamento de dicho orden, o si bien, pudo haber sido dictado por el ejercicio abusivo del poder por parte del gobierno, con el pretexto de anular ciertas libertades que desde el punto de vista político podrían beneficiarles, y que implican una amenaza, un peligro al ejercicio de las libertades fundamentales, particularmente las de expresión, libre locomoción, de manifestación y de asociación.

El problema que se plantea en la presente investigación radica en el hecho de que dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco existe una laguna legal derivada a que la Ley de Orden Público, por su misma obsolescencia, solo señala los grados de estados de excepción y los derechos que se limitarán dentro de estos, pero no se regula ningún tipo de norma que se refiera a cuáles son los derechos y libertades constitucionales que no pueden ser suspendidos, para asegurar la eficacia del proceso electoral.

Como es de entender y, tal como lo señala Agamben, ese vacío jurídico en que se queda el Estado, esa *anomia* imperante originaria de la ruptura del marco privativo del derecho, de por sí tiene efectos desastrosos con su aplicación en situaciones extraordinarias, pero no tan extraordinarias como el proceso electoral, el cual se debe llevar a cabo bajo todas las garantías, constitucionales, procesales y de derechos humanos imperantes universalmente.

Uno de los principales efectos de decretar un Estado de Excepción dentro de un proceso electoral, y con ello no solo se hace referencia al día de los comicios sino al preámbulo necesario para la campaña política, la que necesariamente requiere de reuniones, traslados a diferentes lugares, libertad de expresión, libertad de



manifestación, con este tipo de laguna legal, es el hecho de que la democracia en el país se encuentra en riesgo derivado a la vulneración de una de las principales características del sistema democrático del país, como ejemplo: la probabilidad de enfrentar elecciones populares injustas, debido a que a los ciudadanos se les está limitando el derecho a la asociación (asociación a partidos políticos, lo que resulta básico dentro de las elecciones; los ciudadanos no tienen libertad de emisión del pensamiento, ni el derecho a buscar fuentes alternativas de información tampoco se encuentra garantizado el derecho a la libre locomoción, el cual es indispensable para poder desarrollar el proselitismo a que tienen derecho los partidos políticos y sus representantes.

En cuanto al Estado de Sitio decretado el 16 de mayo del 2011, posterior a la masacre de 29 campesinos de la Aldea Los Cocos, La Libertad, Petén, dentro de una finca propiedad de un narco guatemalteco de apellido Salguero, en las primeras horas de ese lunes 16, el Presidente Álvaro Colóm descartó la posibilidad de imponer dicho Estado de Excepción, se citan literalmente las palabras del ex mandatario: ““Me muestro indignado por la masacre de los 29 jornaleros en La Libertad, Petén, pero no impondré el Estado de Sitio” declaró a periodistas en el destacamento militar de la zona.”²³⁸

Para el 7 de julio de 2011, diferentes organismos nacionales e internacionales evalúan el Estado de Sitio en Petén, el cual fue decretado el 17 de mayo, a pesar de las declaraciones del ex Presidente Colóm que dicha medida afectaría el proceso electoral. Las noticias del día 17 de mayo destacan lo siguiente:

“El Congreso unicameral de Guatemala ratificó esta noche la declaración de Estado de Sitio por 30 días para el departamento nortero de Petén, para detener la ola de criminalidad que protagonizan los carteles de la droga y la actividad del grupo paramilitar Los Zetas.

En una sesión permanente los diputados apoyaron la decisión del mandatario Álvaro Colón, luego de la matanza de 27 jornaleros de la finca Los Cocos, en el municipio de La Libertad,

²³⁸ Ver Siglo21website@siglo21.com.gt publicado el 16.05.2011/12:44



el domingo y un tiroteo, como la explosión de tres granadas en Santa Elena, a unos kilómetros al norte de la capital.

La decisión del Ejecutivo, ratificada por el Legislativo, fue tomada de urgencia ya que los sucesos que han conmovido a Guatemala y al mundo, pone en peligro el orden constitucional, la gobernabilidad y seguridad del Estado.

"Hemos decretado Estado de Sitio en todo el departamento", dijo Colom al anunciar la noche del lunes la decisión del gabinete de gobierno que busca devolver la tranquilidad a la población de ese departamento fronterizo con México y donde se ha evidenciado intensa actividad de grupos de narcotraficantes.²³⁹

Cuando los organismos nacionales e internacionales sesionaron para considerar el Estado de Sitio, ya era 7 de julio de 2011, lo que da a saber que el Estado de Sitio ya llevaba vigente 1 mes y 21 días, a pesar que inicialmente se había establecido por 30 días.

Se lee en las noticias del 15 de junio de 2011 que *"El presidente Álvaro Colom, en Consejo de Ministros, decidió prorrogar por 30 días el Estado de Sitio declarado en Petén. En un comunicado del Ejecutivo se indica que la medida se toma para "fortalecer la institucionalidad recuperada en aquel departamento y brindar un apoyo vital al trabajo de las fuerzas de seguridad".*²⁴⁰

Para el 15 de septiembre de 2011, a menos de un mes del cierre de la campaña electoral, el Estado de Excepción en Petén se prorroga por 30 días más.²⁴¹ En su informe, el expresidente Colóm acotó que "el Estado de Alarma en Petén fue ampliado por 30 días con el objetivo de restringir la portación de armas y concluir las investigaciones tras la masacre de 27 personas el pasado 15 de mayo en la finca Los Cocos, La Libertad. Sin presentar un argumento de validez, tomando en cuenta que dicho Estado de Excepción estaba siendo ampliado hasta el mes de octubre afectando severamente el cierre de campaña y vulnerando derechos fundamentales,

²³⁹ Ver <http://www.s21.com.gt/node/38994> de fecha 17.05.2011/20:21

²⁴⁰ Ver <http://www.s21.com.gt/node/48346> de fecha 15.06.2011/1:23

²⁴¹ Ver <http://www.s21.com.gt/node/74631> de fecha 15.09.2011/ 1:23



constitucionales y garantías procesales durante el proceso electoral, aún sabiendo que estaba actuando ilegítimamente, tal como lo declarara el 16 de mayo.

Para darle validez y legitimidad a su decisionismo político, el ex presidente Colóm y su junta de gabinete aprueban y firman el Decreto Gubernativo Número 04-2011, cuyo articulado está diseñado desde una política criminal ezquizofrénica, por medio de la cual se puede deducir la intencionalidad política de dicho decreto, pues la realidad vivida en el Departamento de Petén, no era nada nuevo para las autoridades de gobernación y de la defensa, menos para el Ejecutivo:

“Artículo 1. Declaratoria. Se declara el Estado de Sitio en todo el Departamento de Petén, durante treinta días.

Artículo 2. Justificación. El Estado de Sitio se decreta en virtud que durante los últimos días se han suscitado en el Departamento de Petén, una serie de hechos graves que ponen en peligro el orden constitucional, la gobernabilidad y la seguridad del Estado, afectando a personas y familias, poniendo en riesgo la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de las personas.

Artículo 3. De la vigencia plena de los derechos constitucionales. La declaratoria del Estado de Excepción no suspenderá el proceso electoral. Se garantiza la vigencia de los derechos y libertades constitucionales necesarios para que la actividad electoral y de campañas políticas pueda llevarse a cabo de manera que no afecte el proceso electoral ni incida en sus resultados.

Artículo 4. Limitación a los Derechos Constitucionales. Como consecuencia de la anterior declaratoria y durante el tiempo de su vigencia, cesa la plena vigencia de los derechos ciudadanos siguientes: libertad de acción, detención legal, interrogatorio a detenidos o presos, libertad de locomoción, derecho de reunión y manifestación y portación de armas, contenidos en los artículos 5, 6, 9, 26, 33 y el segundo párrafo del artículo 38 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Se exceptúan las reuniones de orden político electoral, religioso, deportivo, estudiantil y artístico.



Artículo 5. Medidas. Mientras esté vigente el Estado de Sitio, se aplicarán las restricciones derivadas de la suspensión de la vigencia de los artículos de la Constitución Política de la República señalados anteriormente, y las medidas establecidas en los artículos 8, 13, 16, 17, 18 y 19 del Decreto Número 7 de la Asamblea Constituyente de la República de Guatemala, Ley de Orden Público. Durante el Estado de Sitio el Presidente de la República ejercerá el Gobierno en su calidad de Comandante General del Ejército, a través del Ministro de la Defensa Nacional.

Artículo 6. Convocatoria. Se convoca al Congreso de la República para que dentro del término de tres días conozca de esta disposición y resuelva lo que corresponda.

Artículo 7. Vigencia. El Presente Decreto Gubernativo entra en vigencia inmediatamente y deberá ser publicado en el Diario de Centro América,

Dado en la ciudad de Guatemala, el dieciséis de mayo de dos mil once,

Como se puede apreciar, independientemente que en el Artículo 4, se establece que se exceptúan las reuniones de tipo político, religioso, deportivo, estudiantil y artístico. Estos cinco aspectos de la vida cotidiana de la población no son, implícitamente hablando, los derechos fundamentales, constitucionales y, menos las garantías procesales que deben darse en todo Estado de Derecho y, sobre todo, en época de campaña electoral y de proceso electoral.

Ciertamente y tal como se acotara en un apartado de este trabajo, la Ley de Orden Público es una aberración normativa, pues no ha tenido reformas desde su entrada en vigencia en 1965, cuando las circunstancias sociales, políticas y económicas eran completamente diferentes. Y, basándose en dicha ley el presidente y su equipo de ministros de Estado decretan un Estado de Excepción que duró 180 días, en los cuales el partido con mayores privilegios era el del propio presidente, cuya representante para la candidatura era la ex primera dama, quien contaba con todo un equipo de seguridad provisto por el propio ejecutivo.



Durante este período hubo enfrentamiento entre representantes de los diferentes partidos, que llegaban a hacer campaña electoral al Departamento de Petén y obstaculizados por las autoridades, basándose en que no se podía portar armas de fuego, quitándole el derecho a los otros partidos de viajar con un equipo de seguridad que los pudiera defender de cualquier ataque armado, en tanto que los representantes del partido en el poder, llevaban el equipo de seguridad del Ejecutivo a quienes no se les aplicaban las restricciones dictadas en el Acuerdo Gubernativo 04-2011.

En síntesis, se puede afirmar fehacientemente que el Estado de Excepción decretado en Petén, encontró un espacio privilegiado con la muerte de los 27 campesinos para que el partido en el poder pudiera tener mayor libertad en la realización de su campaña. Es decir, fue un Estado de Sitio que no tuvo nada que ver con la seguridad de la población del Departamento de Petén; tuvo toda una parafernalia para que la campaña política del partido oficial tuviera todos los privilegios que se le negaron a los otros. Asimismo cabe resaltar que este fue un período electoral de mucha violencia y muerte, de hecho, un diputado fue asesinado un día antes de las elecciones generales.

3.10. Desfase entre la Ley de Orden Público y la Constitución Política de la República de Guatemala

Como se ha venido analizando la Ley de Orden Público es anterior a la Constitución de la República. La Ley de Orden Público es una ley de rango constitucional, cuando surgió esta ley, las condiciones, sociales políticas y económicas en Guatemala eran completamente diferentes a las que vive el país hoy, en la década de los sesenta cuando fue promulgada la Ley de Orden Público, surgían en Guatemala grupos contrainsurgentes que atentaban contra la seguridad del Estado, poniendo en riesgo su existencia y estabilidad. Sin embargo esas condiciones han cambiado considerablemente, Guatemala se enfrenta hoy a grupos de crimen organizado, narcotráfico, contrabando y un sinnúmero de ilícitos penales, y el estado no cuenta con políticas públicas de seguridad para el combate efectivo de estos vejámenes. En los últimos dos gobiernos en Guatemala, el Organismo Ejecutivo, ha aplicado en forma



inadecuada los estados de excepción constitucionalmente reconocidos con el objeto de sustituir políticas públicas de seguridad ciudadana. Esto lejos de traer seguridad al país, ha generado más desconfianza, miedo y represión de parte de las autoridades a los habitantes comunes y corrientes, los resultados obtenidos de la aplicación de estados de excepción en Guatemala no han demostrado que sean efectivos para comba la delincuencia organizada en el país. Esto no significa que el Estado no se pueda defender de las amenazas que atenten contra su existencia y estabilidad. Sí se puede defender y ese es el objeto de la aplicación de la Ley de Orden Público, lamentablemente los estados de excepción han sido mal utilizados, al quererlos usar como métodos de represión o quererlos sustituir por políticas públicas de seguridad ciudadana. La aplicación de un Estado de Excepción debería de ser la última y extrema medida, pues se limitan derechos, garantías y libertades ciudadanas.

En diversas partes del mundo y Guatemala no es la excepción, se presentan conflictos de tipo social, económico y político que a veces adquieren tal gravedad que parecieran poner en riesgo la estabilidad del Estado. Con la intención de defenderse y preservar el orden constitucional establecido, el Estado recurre como última y extrema alternativa a decretar los Estados de Excepción establecido en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, en Guatemala se ha distorsionado el uso de estas instituciones, siendo empleadas para cometer abusos contra la población, o sustituyendo los estados de excepción por políticas de seguridad nacional, legitimándolo democráticamente.

Por el desfase entre la Ley de Orden Público y la Constitución Política de la República, es necesario que antes de decretarse un Estado de Excepción se determine si este resulta apto para contribuir en la solución del problema que lo originó, y dilucidar si este problema es de tal magnitud que no se puede resolver mediante políticas públicas de seguridad nacional legalmente establecidas en el ordenamiento jurídico, a manera de no violentar los derechos fundamentales debidamente protegidos por la Constitución actual y por los diferentes instrumentos del derecho Internacional. Aunque estoy consciente que, el presidente de la

República y su quehacer político requiere de un margen discrecional muy amplio pero no por ello se debe de confundir lo discrecional con lo arbitrario.



Con este análisis se comprueba la hipótesis en el sentido de que, en Guatemala, los dos últimos gobiernos que han regido el Organismo Ejecutivo han aplicado en forma inadecuada los estados de excepción constitucionalmente reconocidos, con el propósito de sustituir políticas públicas de seguridad ciudadana.



CONCLUSIONES

1. El Estado se constituye en función de los ciudadanos y ciudadanas, según imperativo constitucional. Para ello, el Estado se conforma de una serie de componentes y elementos que legitiman el control que este primero va a ejercer sobre la población por medio de las instituciones creadas para esos fines. Sin embargo, existen circunstancias extraordinarias que vuelven inocuas las garantías constitucionales y fundamentales y, a pesar de ello, están legitimadas por la propia Constitución. Se hace referencia específica a los estados de excepción que al decretarlos un Estado fractura al Estado de Derecho y a la institucionalidad que le da soporte. En la actualidad, el recurso a los estados de excepción es una acción que va más allá de la propia seguridad ciudadana, es una estrategia de securitización del Estado para manifestar a la población que la seguridad nacional funciona y, consecuentemente, el sistema judicial.

2. El control social, ante todo el formal, cuya característica es la coerción/coacción ha sido la herramienta por excelencia utilizada por el Estado para su propia legitimación en sí mismo, así como para legitimar el *iuspuniendi*; sin embargo, una de las instituciones del control social, el Derecho Penal, tiene una función dicotómica con respecto a su relación con el Estado; en primer lugar, sirve de herramienta representativa de la búsqueda de imponer penas a quienes infringen la norma, por otro lado, lo limita para que ese *iuspuniendi* no abuse en su poder de castigar. Las instituciones incluidas en el ejercicio del Derecho Penal tienen la obligación, como agencias de control social estatal, de mantener el orden mediante la aplicación de las normas, pero, en circunstancias extraordinarias cuando debe de imponerse la ilegalidad legal de los estados de excepción, el Derecho Penal es trastocado en sus principios garantistas y es obligado, para mantener el control social, a acomodarse a la fractura que sufre el sistema judicial.

3. La seguridad ciudadana y la seguridad humana son dos ámbitos diferenciados de la seguridad general que debe proveer el Estado a la población, sin discriminación por raza, etnia, género o cultura, sobre todo, en la sociedad actual saturada de riesgos devenidos de la industrialización, primero; y luego, de la tecnología y la



informática. Es de saber que la constante evolución del mundo requiere obligadamente una activa adaptación del Derecho Penal a las consecuentes nuevas formas de criminalidad que emergen de dicha evolución. Se tiene la idea constante de la existencia de un peligro, pero realmente no se puede detectar con claridad. Como respuesta a ello, el Estado realiza su propia securitización con acciones de tipo normativo, es decir, una proliferación de leyes especiales o, recurre a los extremos inmersos en los estados de excepción. De la forma que se quiera ver, el Estado de Excepción no provee ni seguridad ciudadana ni seguridad humana, es simplemente la estrategia del Estado para presentarse ante la ciudadanía sin temor del peligro/enemigo ficcionalizado desde una sociedad del riesgo.

4. En el presente trabajo se comprobó la hipótesis en el sentido que en Guatemala los dos últimos gobiernos que han regido el Organismo Ejecutivo, han aplicado en forma inadecuada los estados de excepción constitucionalmente reconocidos con el objeto de sustituir políticas públicas de seguridad ciudadana.



RECOMENDACIONES

1. El Estado como único garante del bienestar general de la población debe buscar mecanismos alternativos para los estados de excepción, ya que, teniendo la experiencia de que decretar un estado extraordinario en cualquier territorio del país, no trae nada beneficio para la aplicación de la justicia, sino, por el contrario, daña la institucionalidad del Estado así como la vida particular y sus diferentes aristas, de los ciudadanos y ciudadanas guatemalteca. Sumado a ello, es necesario evitar el fracaso que la imposición de un Estado de Excepción representa para el sistema judicial pues es esta una circunstancia donde prevalece más el miedo de la población que la aplicación de la justicia, porque los delincuentes siempre encuentran la vía de escape antes de que se imponga un estado de este tipo.

2. Siendo que el Estado monopoliza el control social formal con sus instituciones coercitivas/coactivas, su mayor expresión de poder la realiza imponiéndose por sobre el Derecho Penal que en toda circunstancia debería de laminar el *iuspuniendi* que ostenta este primero, para evitar la vulneración de derechos constitucionales y principios del debido proceso. Sin embargo, en un Estado de Excepción, el Derecho Penal se encuentra en un estado de sumisión ante la potestad de castigo del Estado por lo que el control social se extrema en estas circunstancias. Es por ello recomendable revisar la doctrina y las teorías sobre las graves consecuencias derivadas de la aplicación de este tipo de medidas, para que en el futuro se busquen mejores y más eficientes salidas, en lugar de fracturar el debido proceso y las garantías constitucionales.

3. Si la securitización es una modalidad de última generación, por medio de la cual el Estado lamina los probables riesgos para su institucionalidad, es necesario un estudio analítico y profundo de por qué se tiene que imponer un Estado de Excepción que afecta a la población, que es la mayoría, para poder perseguir penalmente a una minoría delictiva. El caso de Petén ha dejado una experiencia de graves resultados, que han afectado directamente a la población sin que se haya podido ejercer y aplicar la justicia sobre la criminalidad. La securitización es un modelo de escudo

estratégico que solo funciona para el Estado, la población siempre será vulnerable a la inseguridad tanto ciudadana como humana.





BIBLIOGRAFÍA

- Agamben, Giorgio. *Estado de Excepción. Homo Sacer, II,1*. Trad. e Introd Flavia Costa e Ivana Costa. Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora. 2010
- Barberet, R. “La seguridad urbana: la experiencia europea y las consecuencias en América Latina”, en *El desarrollo local en América Latina. Logros y desafíos para la cooperación europea*. Caracas, 2004
- Beck, Ulrich. “Teoría de la modernización reflexiva”, en Beriain, J., *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Anthropos. 1996
- _____. “Teoría de la sociedad del riesgo”, en Beriain, J., *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Anthropos. 1997
- Becker, Howard S. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. Nueva York: The Free Press, 1963
- Berenguer Mediavilla, R. “Miedo al delito: origen y prevención”, Tesis doctoral Universidad de Valencia, España. 1989;
- Bergalli, Roberto, “La Instancia Judicial, Política del control social. Estado y justicia” en Bergalli et al, *El Pensamiento Criminológico II. Estado y control*, Bogotá, Colombia: Temis. 1983
- Bobbio, Norberto. *Estado, Gobierno y Sociedad*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica. 1994
- Bodin, Jean. *Los seis libros de la República*. 1576.
- Broderick, H. J. *Police in a time of change*, General Learning Press, New Jersey, EE.UU., 1977
- Burdeau, Georges. *Método de la ciencia política*. Buenos Aires, Argentina: Depalma Editores. 1964



Cantú Martínez, Silvano. *Objetividad jurídica, derechos humanos y Estado de Excepción*. México: FLACSO. 2010

Carré de Malberg, René. *Teoría General del Estado*. 2ª. ed. en español, trad. de José Lión Depetre, prefacio de Héctor Gross Espielli. México: Fondo de Cultura Económica-UNAM, Facultad de Derecho, 1998

Climent Sanjuán, Víctor. "Sociedad del riesgo: producción y sostenibilidad", Barcelona: en *Papers* 82, 2006,

Cohen, Stanley. *Folk devils and moral panic. The creation of the mods and rockers.*, Nueva York: St. Martin's Press. 1972

Derringer, E., *Polizei und demokratische Politik*, en Derringer, E. y LÜDERSEN, K., *Polizei und Strafprozess in demokratischen Rechtsstaat*, Suhrkamp, Frankfurt, 1978

Díez Ripollés, J. L. "El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena", en *Política criminal y Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch. 2003

Ditton, J., *Control. Beyond the new criminology*. Londres: The MacMillan Press, 1979

Droge, F., *Wissen ohne Bewusstsein. Materialenzur Medienanalyse*, Frankfurt: Fischer Athenäum, 1979

Duguit, León. *Soberanía y libertad*. Madrid, España: Francisco Beltrán. 1924

Dupont, Fritz, (Collectif franco-allemand), *La secrete contre les libertés*, París, 1979

Fernández Carrasquilla, Juan. *Derecho Penal Fundamental*. Volumen 1. 2ª ed. Bogotá: Temis. 1998

Ferraro, K. *Fear of Crime. Interpreting Victimization Risk*. Nueva York: New York University Press. 1995



Ferraro, Raúl. *Ciencia Política*. Lima, Perú: Editora y Distribuidora Grijley. 1996

García Ramírez, Sergio. “*Criminología, Dogmática y Política Penal*”, en *Política Criminal, Derechos Humanos y Sistemas Jurídicos en el Siglo XXI*. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 2001

García-Pablos de Molina, Antonio. *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*. Madrid: Espasa-Calpe. 1988

Garland, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, España: GEDISA, 2005 Trad. Máximo SOZZO

Goldstein, H. “*Improving policing: A Problem-oriented approach*”, en *Crime and Delinquency*, 1979, No. 25

_____. *Problem-oriented policing*. Nueva York: New York University Press. 1990

González Casanova, Pablo. *El Estado en América Latina*. México: Siglo XXI Editores, 2003

González Cussac, José Luis. “*El Derecho Penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas*”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Gómez Colomer, J.L. y González Cussac, J.L. (Coord.). Valencia: Tirant lo blanch. 2006

González Rodríguez, Marta. *El control social desde la Criminología*, Universidad de la Villa, Santa Clara, Cuba. Sitio: <http://www.newsmatic.epol-com.ar/index.php.Accion=VerArticu..> Consultado 15/12/2012

Gramsci, Antonio. *Notas sobre Maquiavelo, sobre política y sobre el Estado moderno*. México: Juan Pablos Editor, 1975

Hauriou, Maurice, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, 2ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ariel, 1980



_____. *Principios de derecho público y constitucional*. Coahuila, México: USAC, 2003

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenología del Espíritu*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998

Heller, Herman. *Teoría del Estado*. 2ª. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1998

IIDH. *Seguridad Ciudadana en América Latina. Una propuesta del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. San José, Costa Rica, 2007

Jakobs, Günter y Manuel Cancio Meliá. *Derecho Penal del enemigo*. Madrid, España: Civitas, 2007

Kaiser, G., *Kriminologie. EinLehrbuch*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg-Karlsruhe, 1980

Kelsen, *La Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Losada, S.A. 1946

Lazarsfeld, P.F. y Merton, R. K. *Comunicación de masas, gustos populares y acción social organizada*, 1979

Lefort, Claude [1981]. "Derechos del hombre y política, en CLAUDE LEFORT, *La invención democrática*. Buenos Aires, Argentina: Nueva Visión, 1990

Mansilla, H. O. F. *Introducción a la Teoría Crítica de la Sociedad*. Barcelona: Seix Barral, 1970

Martí, José. *Nuestra América*. Caracas, Venezuela: Fundación Biblioteca Ayacucho, Colección Clásica. 2005

Mathiot, Antoine. "La théorie des circonstances exceptionnelles", en *Mélanges Mestre*, París, 1956



Medina Peñaloza, Sergio. *Teoría del Delito, Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva*. México: Ángel Editor. 2005

Meléndez, Florentín. *Los Derechos Fundamentales en los Estados de Excepción según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid, España: Universidad Complutense, 1997

Melossi, Darío. *El Estado del Control Social*. México: Siglo XXI Editores, 1992

Mergen, A., *Die Kriminologie*, 2ª. ed., Alemania: Vahlen, Munich, 1978,

Miralles, Teresa, “El Estado y El Individuo: La disciplina social”, en BERGALLI, Roberto et al, *El pensamiento Criminológico II, estado y control*, 1ª. ed., Temis, 1983

_____, “La cárcel y la disciplina social. El control formal: la cárcel” en Bergalli, Roberto et al, *El pensamiento Criminológico II, estado y control*, Bogotá: Temis, 1983

Mommsen, T. *Compendio del Derecho Público Romano*. Trad. al castellano de P. Dorado Montero. Analecta. Pamplona, 2004 del original *Römisches Straatsrecht*. Akademische Druck, Graz, vol. I, 1969 (Berlín 1871)

Nogueira Alcalá, Humberto. *Dogmática constitucional*. Chile: Editorial Universidad de Talca. 1997

Nowalski Rowinski, Jorge. “Seguridad Humana y Medios de Vida Sostenibles en Centroamérica. El caso de las Maras”, en *Colección Prospectiva 9*, auspiciada por el Centro Internacional para el Desarrollo Humano.

Porrúa Pérez, Francisco. *Teoría del Estado*. México, D.F.: Editorial Porrúa, S.A. 1958

Rico, José María, *Crimen y justicia en América Latina*. México: Siglo XXI, 1977

Rico, José María y SALAS, Luis. *Inseguridad Ciudadana y delito*. Madrid: Tecnos. 1988



Ross, Edward Alsworth. *Social Control, a survey of the Foundations of Order*.
York, The Macmillan Company, 1918

Saint-Bonnet, F.L. *Étatd'exception*. París: PUF. 2001

Savigny, Friedrich Karl von. *De la vocación de nuestro tiempo por la legislación y la
jurisprudencia,* (VomBerufunsererZeitfürGezetzgebungundRectwissenschaft.
Heidelberg, 1814

Schiller, H. I. A la espera de órdenes. Tendencias generales en la investigación de la
comunicación de masas en Estados Unidos, 1979, en M. de MORAGAS, *El trabajo
teórico y las alternativas a los "Mass-media"*, 1979,

Schmitt, Carl. *El concepto de lo político*. Madrid, España: Alianza Editorial, 2006

Serrano Gómez, A. (Dir.) y R. Vásquez González (Coord.) *Tendencias de la
criminalidad y percepción social de la inseguridad ciudadana en España y la Unión
Europea*. Madrid, 2007

Strange, Susan. *La Retirada del Estado*. Madrid, España: Intermóm Oxfam
Editorial. 2001

Suárez Sánchez, Alberto. *El Debido Proceso*. Colombia: Ed. Universidad Externado
de Colombia. 2001

Tarde, G. *Les transformations du pouvoir,*

Walker, S.A. *Critical history of police reform*. Massachusets: Lexington Books, 1977

Weber, Max. *El político y el científico*. Madrid, España: Alianza Editorial, 1969.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina:
Editorial Ediar, 2007



Legislación Nacional

Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Constituyente, junio de 1985

Código Penal, Decreto número 17-73

Código Procesal Penal, Decreto número 51-92

Ley del Orden Público, Decreto 7 (1965)

Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto número 21-2006

Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal, Decreto número 17-2009

Ley para Reprimir y Prevenir el Financiamiento del Terrorismo, Decreto número 58-2005

Instrumentos Internacionales

Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, 2007

Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo, 2000

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, 1998

Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos, CE 1983

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas, 1976



Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, 1969

Declaración Universal de Derechos Humanos, Naciones Unidas, 1948

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas, 1948

Informes de Organismos Internacionales

PNUD. **Informe sobre Desarrollo Humano.** 1994

PNUD. **Venciendo el temor. (In)seguridad ciudadana y desarrollo humano en Costa Rica.** Informe de Desarrollo Humano, 2005

Artículos en Revistas Especializadas

Alfie Cohen, Miriam y MÉNDEZ B., Luis H. “*La sociedad del riesgo: amenaza y promesa*”, en *Sociológica*, año 15, número 43, mayo-agosto de 2000

Amézquita Niño, Pedro Alejandro y MEJÍA PARRA, Mónica Rocío. “*Debido proceso, políticas criminales restrictivas y estados de conmoción interior*”, en *Estudios en Derecho y Gobierno*, julio – diciembre de 2010, vol. 3, no. 2

Bergalli, R. “*Un panorama actual de la cuestión penitenciaria en la Argentina*”, en *Nuevo Foro Penal. Grupos de estudio de Derecho Penal*, núm. 5, enero-marzo, Medellín, 1980

Corman, H. y MOCAN, N. “*Carrots, Sticks and Broken Windows*”, en *Journal of Law and Economy*, No. 48, 2005



Curbert, Jaume. *“La producción de inseguridad en la sociedad”*
Sitio:rcci.net/globalización/2005/fg515.htm

De Jouvenal, Bertrand. *Sobre el poder: Historia natural de su crecimiento*. Biblioteca de la Libertad. ElCato.org y LibertyFund, Inc., 2008 Sitio:
<http://www.elcato.org/files/sobre-el-poder-libro-electronico.pdf>

De la Cruz Ochoa, Ramón. *“Control Social y Derecho Penal”* en *Revista Cubana de Derecho*, No. 17. Enero-junio 2001. La Habana, Cuba, Editado por la Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2001

Del Olmo, Rosa. *Ciudades dura y violencia urbana*. Sitio:http://www.nuso.org/upload/articulos/2852_1-pdf

Díaz Pita, M. M. y P. Fajardo Cabana. *“La utilización simbólica del Derecho Penal en la reforma del Código Penal de 1995”*, en *Revista Derecho y Proceso Penal*, no. 7, 2002.

Déz Ripollés, J. L. *“El nuevo modelo de seguridad ciudadana”*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-03 (2004) Sitio:<http://criminet.ugr.es/recpc;>

_____. *“De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-01 (2005) Sitio:<http://criminet.ugr.es/recpc>

Esxhholz, S. *“The media an fear of crime: a survey of the research”*, en *University of Florida Journal of Law & Public Policy*, 1997

Fuentes Osorio, J. L. *“Los medios de comunicación y el Derecho Penal”*, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* vol. 7, (16), Sitio:[http://criinet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf;](http://criinet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf)

García Arán, M. *“Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático”*, en *Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. Díaz Pita* .MUÑOZ CONDE, F. (Dir.). Valencia, 2008.



Hinckle, J.C. y WEISBURD, D. “*The irony of broken Windows policing: A micro study of the relationship between disorder, focused police crackdowns and fear of crime*”, en *Journal of Criminal Justice*, No. 36, 2008

Jakobs, Günter. “*El terrorismo internacional se puede combatir con el Derecho Penal del enemigo*”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, No. 7, Lima, Perú, 2006

Janowitz, Morris. “*Teoría Social y Control Social*”, en *American Journal of Sociology*. Vol 81, 1. Universidad de Chicago, 1975, en “*Delito y Sociedad*”, *Revista de Ciencias Sociales*, No. 6/7, 1995, p. 1 Trad. Juan PEGORARO. Rev. Máximo SOZZO.

Killias, M. y C. Clerici. “*Different Measures and Vulnerability in their Relation to different dimensions of fear of crime*”, en *British Journal Criminology* 40, 2000

Romano, Santi. “*Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione dei terremoto di Messina e Reggio Calabria*”, en *Rivista di diritto pubblico* (también en *Scritti minori*, vol. 1, Giuffrè, Milano, 1990)

Simmel, Georg. *The Web Group Affiliations*, 1955

Sitio: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_05_067.pdf (s.p.)

Smaus, G., “*Funktion der Berichterstattung über die Kriminalität in den Massmedien*”, en *Kriminologisches Journal*

Taylor, R.B. y HALE, M. “*Testing Alternative Models of Fear of Crime*”, en *Journal of Criminal Law & Criminology*, No. 77, 1986

Vidales Rodríguez, Caty. “*Seguridad ciudadana, políticas de seguridad y estrategias policiales*”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol XXXII (2012)

Vozmediano, L., C. San Juna y A. I. Vergara. “*Problemas de medición del miedo al delito. Algunas respuestas teóricas y técnicas*”, en *Revista Electrónica de Ciencia*

Penal y Criminología 10-07, 2008 Sitio:<http://criminet.ugr.es/recpc>
10/08/2013



Wilson, J.Q, y Kelling, G. “*Broken Windows: the póllice and neighborhood safety*”, en *The Atlantic Monthly Magazine*. Marzo, 1982

Sitios de Internet

Siglo21 website@siglo21.com.gt publicado el 16.05.2011/12:44

<http://www.s21.com.gt/node/38994> de fecha 17.05.2011/20:21

<http://www.s21.com.gt/node/48346> de fecha 15.06.2011/1:23

<http://www.s21.com.gt/node/74631> de fecha 15.09.2011/ 1:23

www.nisgua.org/news_analysis/index.asp?id=3725