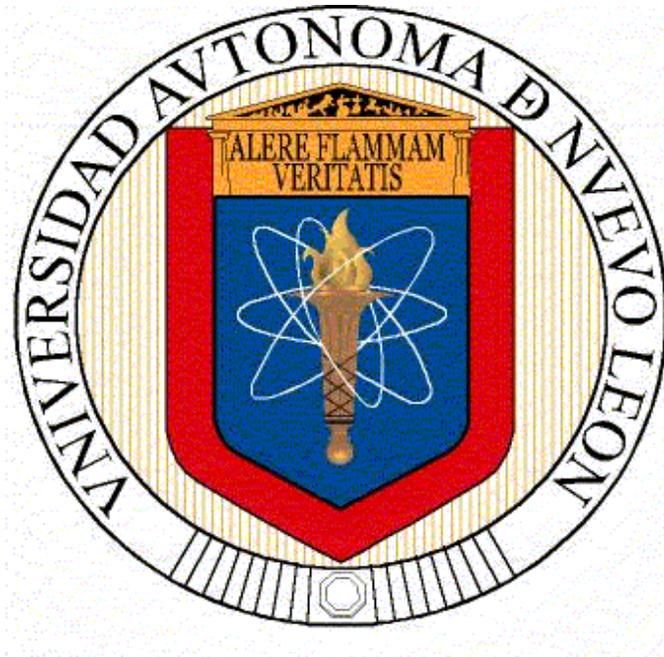


**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN  
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA**



**EL CONTROL SOCIAL EN EL ESTADO DE DERECHO: UN  
ENFOQUE CRIMINOLÓGICO**

**PRESENTA**

**MIGUEL ÁNGEL RIVERA LÓPEZ**

**TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTORADO EN  
DERECHO CON ORIENTACIÓN EN DERECHO PROCESAL**

**NOVIEMBRE DE 2013**



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN**

**FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA**

**SUBDIRECCIÓN DE POSGRADO**

**EL CONTROL SOCIAL EN EL ESTADO DE DERECHO: UN ENFOQUE  
CRIMINOLÓGICO**

**TESIS QUE PARA PRESENTAR EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO  
CON ORIENTACIÓN EN DERECHO PROCESAL PRESENTA**

**MTRO. MIGUEL ÁNGEL RIVERA LÓPEZ**

**NOVIEMBRE DE 2013**

## INDICE

### EL CONTROL SOCIAL EN EL ESTADO DE DERECHO: UN ENFOQUE CRIMINOLÓGICO

INTRODUCCIÓN.....	4
-------------------	---

#### PRIMERA PARTE

CAPITULO I. La función del control social en el estado derecho.....	8
---	---

1. Concepto de control social.....	8
2. Análisis de las clases de control social.....	10
2.1 Controles sociales informales.....	19
2.2 La economía como control social.....	21
2.3 La cultura como control social.....	29
3. El derecho como sistema de control social.....	32
3.1 El Estado de derecho.....	38

CAPITULO II. La seguridad en relación con el estado de derecho y el control social.....	60
--	----

1. La función de seguridad estatal.....	60
2. Las dimensiones de la seguridad como fin esencial del estado de derecho.....	62
2.1 Seguridad jurídica.....	68
2.2 Seguridad nacional e interior.....	72
2.3 Seguridad pública.....	75
3. Policía y estado de derecho.....	86
4. Relación con caso comparado.....	90

## SEGUNDA PARTE

<b>Capítulo III. Los derechos fundamentales como eje central del control social en el estado de derecho moderno.....</b>	<b>96</b>
1. Los derechos fundamentales en el constitucionalismo moderno.....	96
2. El garantismo.....	102
2.1 El garantismo y la constitución.....	111
2.2 Ferrajoli y los derechos fundamentales.....	119
<b>Capítulo IV. Seguridad y violencia.....</b>	<b>125</b>
1. Violencia: Una explicación criminológica.....	125
1.1 El fenómeno de la violencia.....	128
1.1.1 La violencia como monopolio del Estado.....	129
1.2 Violencia familiar y de género.....	132
1.2.1 Violencia contra la mujer.....	142
1.2.2 Violencia contra el niño...148	
2. El enfoque criminológico de la seguridad.....	150
2.1 La seguridad y la constitución.....	150
2.2 El enfoque criminológico de la seguridad para prevenir la violencia.....	152
2.3 Guerra y violencia.....	158
3. La víctima en el derecho internacional: una perspectiva criminológica.....	165
<b>CONCLUSIÓN.....</b>	<b>180</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>188</b>

# **EL CONTROL SOCIAL EN EL ESTADO DE DERECHO: UN ENFOQUE CRIMINOLÓGICO**

## **INTRODUCCIÓN**

La tesis que presento como investigación doctoral para obtener el grado de doctor, se titula: El control social en el estado de derecho: un enfoque criminológico. Esta investigación tiene como objetivo analizar dos aspectos esenciales del Estado y estos son el control social y el estado de derecho. Como indicadores me referiré a supuestos consustanciales del orden público estos son: la seguridad, la prevención de la violencia y los derechos humanos, todos estos análisis conceptuales son cruciales para la consecución de una política criminal viable para el estado de derecho y para el sostenimiento del control social, nuestro estudio tomará estas variables dentro del marco de la estructura de un análisis criminológico.

El constructo social del estado de derecho requiere de una renovación teórica, al centrarse en un concepto que merece ser planteado con sumo detenimiento en los parámetros del enfoque de la gobernabilidad democrática, visto que la seguridad es una necesidad latente en el espacio público; el problema de la definición de del control social y del estado de derecho es que se han reflejado en distintos ámbitos como conceptos represivos, esta investigación pretende plantear un análisis metodológico y criminológico integral del estado de derecho en relación con el control social para realizar un estudio general de la reconfiguración de una política criminal apropiada en un marco de estado de derecho que respete los derechos humanos de las personas.

En el trabajo abordaré la necesidad de una unificación dual de ambos conceptos, que no se sistematice únicamente en el ámbito teórico sino que se concreta en el ejercicio del poder, con una correcta aplicación y delimitación de las diferentes instituciones públicas y privadas, ya que deben tomarse en cuenta todos los elementos que incurren en la manifestación del fenómeno de la violencia y de distintas ópticas como la criminología crítica, el derecho penal alternativo, el movimiento humanizador del derecho penal.

Aunque el análisis jurídico toma en cuenta principalmente el análisis objetivo, la ciencia social del derecho debe estar consciente de esas fluctuaciones entre la razón y el aspecto humano, por ello la nueva tendencia del derecho penal y de la criminología es orientarse en ver el derecho desde una perspectiva humanista, neoconstitucional, iusnaturalista y argumentativa, en el derecho penal, se trata de una justicia restaurativa, no en vano la evolución gradual de la seguridad hace mérito a su importancia como valor y actitud primaria de la sociedad humana, la seguridad paulatinamente se ha diversificando como concepto para dar respuesta a las necesidades básicas de la población.

Es necesario enfatizar que en el estudio en la relación entre estado de derecho y control social tendré que aludir necesariamente a un concepto que emana como dominio y como necesidad: el poder, más allá de los análisis jurídicos del control del poder político, de la constitución formal como norma programática de ese control, queremos decir que el pensamiento político fue el responsable de conferirle legitimidad al uso de la fuerza con el único motivo de satisfacer la necesidad colectiva del control social por medio de la seguridad.

Esta presente tesis doctoral, pretende tomar en cuenta dos perspectivas, recapitular en torno a los dos conceptos de control social y estado de derecho y examinar su nueva modalidad ante nuestro siglo XXI, se tomaran en cuenta los factores de que perfilan las nuevas tendencias en la criminología y en los estudios en materia de seguridad.

Estos instrumentos conceptuales: control social y estado de derecho en conjunción con una actuación del poder público en sujeción al estado de derecho y de una actuación de los ciudadanos que se adapte en un marco de educación de los derechos humanos y de seguridad ciudadana, se pueda contribuir con esto a la protección y tutela de la seguridad como derecho humano de todas las personas, pero con un tratamiento especial a grupos vulnerables; deseo decir con esto para resumir que ambos problemas, no sólo su definición sino lo que más me interesa es un planteamiento metodológico de una visión criminológica y humanista de la relación entre estado de derecho y control social, pues de ello depende de la correcta aplicación y vigencia del Estado de Derecho.

Respecto de la metodología, me guiaré por la metodología analítica la cual tiene como objetivo primordial el conocer la realidad a través del natural proceso cognitivo, este debido procedimiento analítico, que forma parte del todo común expresado en el proceso de la investigación, se expresa a través de actividades tales como la recomposición, síntesis y la descomposición del objetivo metodológico, así al descomponer que no es otra cosa más que analizar la realidad, por lo que el método analítico es un proceso de investigación que se basa en la desconstrucción de la realidad, para general la

crítica razonada, es decir la construcción y reparación del problema: síntesis y recomposición, lo que se emplea, es decir las acciones, de análisis y síntesis en el método criminológico, desempeñan un importante indispensable para el raciocinio humano, de lo particular a lo universal, de lo singular a lo plural, se trata de un método donde la síntesis completa al análisis y forman una unidad del mismo proceso, que expresan la unidad del método científico. Aclaro que el método analítico se llevará a cabo aplicando la metodología particular del método criminológico y la metodología jurídica con un enfoque transversal.

# EL CONTROL SOCIAL EN EL ESTADO DE DERECHO: UN ENFOQUE CRIMINOLÓGICO

## PRIMERA PARTE

### Capítulo I. La función del control social en el Estado de Derecho

#### 1. Concepto de Control Social

El poder político requiere de mecanismos diversos para contener al colectivo, la finalidad de los mecanismos de control social es la de asegurar la legitimación del poder público, quiere decir que con ello se justifica la existencia de éste omnipotente aparato de control, sus estrategias desplegadas representan el control social. Para entender el control social desde el principio debemos de partir de que este representa al “conjunto de mecanismos a los que busca acudir un grupo de personas para ejercer una influencia sobre un conglomerado social,” según Luis Althusser entre los mecanismos de control social se encuentran: “El sistema de las distintas iglesias, el sistema de las distintas escuelas públicas y privadas, familiar, jurídico, el sistema político, el sindical, la prensa, radio y tv, la literatura el arte y los deportes”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> ALTHUSSER, L, *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*, 9 a ed, México, Ediciones Quinto Sol, 1990, p. 28. “Cada uno de ellos concurre a ese resultado único de la manera que le es propia: el aparato político sometido a los individuos, a la ideología política de Estado, la ideología “democrática” , “indirecto”(parlamentaria) o “directa” (plebiscitaria o fascista); el aparato de información atiborrando a todos los “ciudadanos” mediante la prensa, la radio, la televisión, con dosis diarias de nacionalismo, chauvinismo, liberalismo, moralismo, etcétera. Lo mismo sucede con el aparato cultural (el rol de los deportes es de primer orden en el chauvinismo), etcétera; el aparato religioso recordando en los sermones y en otras grandes ceremonias de nacimiento, casamiento o muerte que el hombre sólo es polvo, salvo que sepa amar a sus hermanos hasta el punto de ofrecer su otra mejilla a quien le abofeteó la primera. El aparato familiar..., no insistimos más”. *Ídem*, p. 42.

El control social llevado a cabo por su principal gestor: El Estado, por la superioridad que este guarda inclusive sobre otros grandes poderes fácticos, nos hace reconocer el sinnúmero de prácticas que enarbolan el control social: políticas, sociales, culturales, económicas, religiosas, etc.; no podemos obviar la extrema importancia que el control social tiene para la sociedad, hacerlo sería adoptar una postura dispada e incongruente, de frente a las razones de la primacía del Estado de Derecho. Sin embargo, la magnificación que hagamos de este concepto nos conduce a reconocer otra verdad, que el control social, si bien tiene una finalidad buena de limitación del comportamiento instintivo, también actúa de una forma arbitraria al inducir el comportamiento de los miembros de cualesquier grupo social hacia determinados fines considerados como normales.<sup>2</sup>

Desde el punto de vista marxista o foucaultiano el control social corresponde a una inducción del comportamiento del colectivo que el aparato de dominación dirige, pero desde el punto de vista conservador el control social sirve para establecer un orden social que limite los deseos y desenfrenos de los demás.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> “La función de manipulación ejercida a través de determinados instrumentos es un mecanismo que desde tiempos muy remotos ha existido al interior de las sociedades como se advierte ya en las “influencias embrutecedoras, los romanos, con sus anfiteatros, sus peleas de animales, sus juegos de lucha a muerte y sus espectáculos de ejecución, tenían montada la red de medios para el entretenimiento de masas más exitosa del mundo antiguo. En los rugientes estadios de toda el área mediterránea, el desinhibido *Homo inhumanus* lo pasaba tan a lo grande como prácticamente jamás antes y raras veces después. Durante la época del imperio, la provisión de fascinaciones embrutecedoras a las masas romanas había llegado a ser una técnica imprescindible de gobierno cuya estructura se ampliaba y se perfeccionaba de manera rutinaria: algo que gracias a la jovial fórmula de pan y circo se ha mantenido hasta hoy en la mente de todos”. SLOTERDIJK, Peter, *Normas para el parque humano*, 4ª ed, trad. Teresa Rocha Barco, Madrid, Siruela, 2006, pp. 33-34.

<sup>3</sup> “Cuando se señala que controlar en si no es malo es porque finalmente el fin del derecho es buscar preservar el orden social, no obstante cuando el sujeto se le revele a ese control se aparta de la inclusión que prevé ese sistema social y por ende se ubica en “lo otro, lo que queda afuera de la “universal inclusión”, se convierte como su consecuencia, en “universal

## 2. Análisis de las clases de control social

Un sinnúmero de situaciones sociales dan fe del enorme poder que ejerce el sistema de control social, son subrepticios algunos y otros se legalizan a través de la normatividad que es el sistema de control social legal por existencia, es, el control jurídico.

Uno de los ejemplos más implementados como mecanismos de control social es el control social impuesto por el sistema penal y penitenciario, estamos hablando aquí no solamente de simples controles jurídicos, sino de auténticas creaciones del control social, que han sido vistas a veces con desconfianza por tratarse de “controles formales y represivos.”<sup>4</sup> En *Vigilar y Castigar* Foucault escribe:

*En las ceremonias del suplicio, el personaje principal es el pueblo, cuya presencia real e inmediata es un requisito para su realización. Un suplicio que hubiese sido conocido, pero cuyo desarrollo se mantuviera*

---

exclusión”, esto es, en lo que no es posible y no existe, para la inclusión, aunque esté ahí. “la selectividad del derecho implica que todo es posible a través del derecho, pero además significa que aquello que es posible, lo es sólo a través del derecho. Esta es la razón del universo ciego y cerrado de la inclusión, que provoca violencia contra aquellos sujetos que no se ajustan al prototipo de las instituciones jurídicas”. Sánchez Sandoval, Augusto, *Sistema ideológico y control social*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 22.

<sup>4</sup> Bobbio trae en apoyo de su interpretación sobre el control social la experiencia de la pérdida de efectividad del derecho: “Se puede establecer la hipótesis de que a medida que se acrecienta la potencia de los medios de condicionamiento psicológico, de los medios del consenso (no importa que sea manipulado), disminuye la modalidad de medios coercitivos, es decir del derecho. En el límite, una sociedad sin derecho no es solamente el reino de la libertad hipotetizado por Marx sino también aquella en la que todos sus miembros están condicionados por la manipulación ideológica hipotetizada por Orwell”. BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, trad: Alfonso Ruiz Miguel, 1980, Fernando Torres Editor, 1980, p. 269. Esto sucede con mucha mayor facilidad en las sociedades tecnocráticas, por ser aquí donde se advierten mayormente las condiciones de la pérdida de eficacia del derecho. Por su lado Niklas Luhmann, en su monumental estudio “La sociedad de la sociedad”, pone en evidencia la persistencia de que en “...las últimas décadas, han aumentado considerablemente tanto el refinamiento alcanzado por los medios de masas para fijar realidades, como también la seguridad de sus efectos, sobre todo en el sector de la publicidad”. LUHMANN, Niklas, *La sociedad de la sociedad*, Trad. Javier Torres Nafarrete, México, Herder, 2007, p. 875.

*en secreto, no habría tenido sentido. El ejemplo se buscaba no sólo suscitando la conciencia de que la menor infracción corría el peligro de ser castigada, sino provocando un efecto de terror ante el espectáculo del poder cayendo sobre el culpable: “En materia criminal, el punto más difícil es la imposición de la pena: es el objeto y el término del procedimiento, y el único fruto, por el ejemplo y el terror, cuando está bien aplicada al culpable.”<sup>5</sup>*

El sistema penal se encuentra por lo tanto inmerso de manera íntima en los procesos de control social, pudiera parecer obvio pero en la práctica no lo aparenta la ineficacia para poner en función y eficacia la ampliación e interpretación del derecho penal a través de los órganos de justicia, pues se encuentran rebasados por la corrupción y la actuación de los centros penitenciarios, principalmente en los países atrasados y subdesarrollados generalmente también es ineficaz por la corrupción y el manejo del presupuesto, derivados también de la planificación de las políticas públicas sociales y de los factores sociales y culturales de la ciudadanía.

Para Baratta “este fenómeno es complementario de aquel por el cual el sistema de control social, en las sociedades posindustriales, tienden a desplazar su campo de gravitación de las técnicas represivas a las no represivas de la socialización, de la propaganda de la asistencia social. El sistema de derecho penal tiende a vincularse en este proceso de control social

---

<sup>5</sup> FOCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar*, Trad. Aurelio Garzón del Camino, 2º, México, Siglo XXI, 2009, p. 69.

que tiende a evadir el cuerpo para centrar su ataque en los aspectos emotivos de la persona.”<sup>6</sup>

El otro tipo de control social es el del “tipo extra-penal”: esta clase de control social se integra por un conjunto de instrumentos no siempre desarrollados o regulados por el poder público (el Estado), pero que cuentan con su anuencia, pues con los motivos de mantener el orden preestablecido entienden que los controles sociales más eficientes son acciones como las siguientes: perpetuar conductas colectivo- individuales económicas, religiosas, familiares, culturales, etc., aun cuando estas sean nocivas, es lo que los antropólogos culturales definen como procesos de aculturación que se dan dentro de un marco institucional-político, ya que se cuenta repetimos con la venia de los detentadores del poder.

Esta clase de controles “extra-penales” son los más exitosos pero también los más disimulados, muchas veces se disfrazan en torno a la tradición. En la legislación mexicana una tipología son los “usos y costumbres”, pero estos solamente influyen para las comunidades étnicas, en el caso de los ciudadanos “aculturados” se dan patrones de comportamiento considerados normales y modernos, aunque también tradicionales, sólo que el ciudadano común y corriente si no tiene una formación ciudadana, no se percata de que las costumbres “permitidas” “publicitadas” se dan precisamente porque lo que se busca es imponer modelos de comportamiento y de pensamiento de tipo uniformes, y favorables al sistema social de la clase política.

---

<sup>6</sup> BARATTA, Alessandro, *op. cit.*, p. 178.

Lo que surge es un fuerte choque entre la identidad individual, y la identidad colectiva y son las sociedades más dominadas, las que se benefician de los sistemas donde prima la identidad individual por encima de la colectiva, ya que la protección individual genera mecanismos de individualismo social que no han sido exitosos; lo más grave es que los individuos que desarrollan una voluntad individual muy fuerte, son ajenos a los fenómenos y lazos sociales, carecen de memoria colectiva, desarrollan un sentido de pertenencia débil e ínfimo, porque aunque no lo sepan vienen portando una cultura que se implantó en ellos sin que ellos supieran, algunos se atreven a decir que se trata de una cultura de la ilegalidad o de la corrupción.

El control social informal es otra realidad del control social, funciona para algunos como una especie de manipulación. Otros consideran que es necesario pues sirve como transmisión de valores, ya que se vale de lo religioso, de lo educativo, de lo económico, tecnológico, de los medios de comunicación; y todas estas ramas de la vida encierran valores.

El poder es en definitiva - independientemente de que utilice otros medios- un auténtico medio de control social. En los casos del control social formal, por medio del control punitivo del se plantea un derecho penal, pero no es suficiente es debida la creación de un sistema penitenciario, donde lo que se “pretende” es la readaptación y rehabilitación social, más no puede en el caso mexicano superarse la brecha de atraso en este ramo.

Esto no quiere decir que el control social sea un aspecto negativo, lo negativo es cuando este es ineficaz o incurre en prácticas represivas, tampoco queremos señalar que el Estado sea un ente “maligno” como muchos teóricos

lo han querido definir, el Estado es ante todo un fenómeno social, que inicialmente siempre ha sido visto como un fenómeno de dominación, lo que quisiéramos desarrollar más ampliamente en este trabajo es también rescatar las ventajas de la existencia del Control Social y del Estado de Derecho, y es precisamente a través de un proceso de crítica como lo queremos conseguir. Volviendo al tema entonces es necesario percatarnos que el Estado no es solamente un fenómeno de dominación, pensarlo sería reducirlo, sino un fenómeno de cooperación y de solidaridad social.

Cuando hablamos de que el Estado es un fenómeno de cooperación y de solidaridad social, estamos aceptando su carácter legitimado para ser el garante de la seguridad colectiva, es lo que le da su fuerza y credibilidad, en su papel de garante de la seguridad colectiva esta un punto final y es la prevención y combate de la criminalidad, y quienes están legitimados para ostentar tal papel son órganos especializados para realizar estas funciones del monopolio de la fuerza,<sup>7</sup> en el control represivo de combate de la criminalidad entran la policía, -antecedente del estado administrativo moderno- la magistratura y los centros penitenciarios); sólo que también existe otra cara de la prevención y del combate de la criminalidad y que no se da desde los cuerpos policiales y de la ley en su tacto represivo. Se trata de la actividad que despliegan los órganos del poder público a través de las instituciones gubernamentales encaminadas a generar políticas públicas de bienestar social.

Entre los controles represivos de tipo punitivo sobresale “el sistema penitenciario” en esta clase de control el sistema penal forma parte de un

---

<sup>7</sup> WEBER, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, 2º, Trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Farella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora, Fondo de Cultura Económica, España, 2002, p. 707.

subsistema social inmerso en medio de toda una maraña de “procesos de socialización y educación,” donde el comportamiento individual de un individuo puede ser asequible a finalizar en uno de estos lugares, el control social oscila en un ambiente de tipo represivo con el desplazamiento de los sistemas de control social represivo por los no represivos, que caracteriza a las sociedades post – industriales.

Para no caer en confusiones hemos de mencionar que el si el ente estatal parece ser el principal protagonista del acto del “control social”, confluyen diferentes factores, pues en un mundo de poderes y de dependencia, el “ente estatal” se encuentra en mano de otros, por lo que tiene que sostener tanto un “control social formal” y a la vez entender que no puede ni evitar ni reprimir el “control social informal” ahora podemos entender porque en la historia de México y del mundo se han dado constantemente no solo las violaciones progresivas de derechos humanos de manera individual sino las violaciones progresivas de derechos humanos en el colectivo.

Continuando con lo anterior sobran ejemplos tenemos: las “deportaciones” en Turquía de los Armenios, considerado un gran genocidio, los genocidios étnicos en la ex - yugoslavia, los genocidios étnicos en África en Rwanda, y sin dejar de mencionar el genocidio de la segunda guerra mundial, aquí se localizan singulares contradicciones, pues por una parte se ve la intención de proteger a los grupos sociales, se reconocen los derechos a la autodeterminación en las cartas internacionales; México hasta ahora en el 2011 reconoce la figura del refugiado,<sup>8</sup> y está del otro lado de la moneda la libertad

---

<sup>8</sup>Ricardo Sepúlveda escribe al respecto que con la reforma constitucional en materia de derechos humanos se incluyeron algunos aspectos internacionales en materia de derechos

individual cuando el colectivo interfiere sobre la voluntad individual, lo cual genera obviamente una confrontación mayoría contra minoría, en razón de este conflictuado debate es que prevalece hoy otro criterio estatal e internacional de control social, al interior de los controles sociales formales y es el principio PRO-PERSONAE que ha sido recientemente introducido en la Constitución mexicana como principio y valor jurídico, y que significa que el “interés de la persona prevalece por encima de todo.”<sup>9</sup> Desde el punto de vista de los

---

humanos como “la explicitación de asilo y refugio como derechos constitucionales.” Además añade: “Como conclusión de esta parte, lo que podemos comentar es que la propuesta de adición al artículo 11 resultó sumamente positiva, ya que vino a reafirmar un derecho que más allá de que existía una práctica de respeto, esto no era óbice para que su inclusión a nivel constitucional fuera explícita, y así se impulsara una legislación secundaria adecuada, ya que en la parte formal era claramente advertido que México no tenía una legislación interna que reconociera el asilo y refugio como derecho.” En estos términos Ricardo Sepúlveda considera que: “Finalmente, cabe señalar que la inclusión de esta parte en la reforma resulta muy plausible y es totalmente coherente con la tradición mexicana y continental a favor del asilo y del refugio. No obstante, de manera sorpresiva el texto se modificó por la Cámara de Diputados, variando su original propuesta de texto, y en esta nueva versión se incluyeron graves errores de concepto, que generan contradicciones entre el texto constitucional y los tratados internacionales en la materia, al igual que con la recién aprobada Ley de Refugio y Protección Complementaria.” Ver: SEPÚLVEDA, Ricardo J., Análisis sobre los aspectos de la reforma constitucional relacionados con el ámbito internacional (asilo y refugio), en CARBONELL, Miguel, SALAZAR Ugarte, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2011, pp. 209-219.

<sup>9</sup> Al respecto destaco una tesis de un tribunal colegiado de circuito: REFUGIADO. LA CONCESIÓN DE AMPARO PARA QUE LA SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES PIDA OPINIÓN SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS PREVALECIENTES EN EL PAÍS DE ORIGEN DEL SOLICITANTE DE DICHA CONDICIÓN, ASÍ COMO LA INFORMACIÓN RESPECTO DE SUS ANTECEDENTES, NO VIOLA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. El artículo 24 de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria dispone que las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado deberán ser resueltas por la Secretaría de Gobernación de manera escrita, fundada y motivada, dentro de los 45 días hábiles contados a partir del día siguiente a su presentación, para lo cual la referida dependencia pedirá opinión sobre las condiciones prevalecientes en el país de origen del solicitante a la Secretaría de Relaciones Exteriores y a las demás autoridades competentes que establezca el reglamento respecto de los antecedentes de aquél. Por tanto, si un Juez de Distrito determina que la mencionada solicitud se resolvió sin contar con los elementos objetivos necesarios para hacerlo, y concede el amparo para que esta última secretaría pida opinión sobre las circunstancias prevalecientes en el país de origen del solicitante, así como información acerca de sus antecedentes a diversas dependencias y entidades federales y estatales, tal decisión no viola el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues busca el mayor beneficio para el quejoso, ya que advirtió que para resolver su petición de manera congruente e integral era necesario contar con mayores elementos que aquellos que tomó en cuenta de manera primaria la responsable, por lo que si bien es cierto que el juicio de amparo promovido por el particular implica un derecho a su favor para que se resuelva de manera efectiva y fundada la controversia que planteó, también lo es que esto no significa una obligación de resolver necesariamente el fondo del asunto planteado, pues lo que se busca es que la autoridad encargada de determinar la condición de refugiado, cuente con

derechos humanos es muy positivo, más conviene hacer hincapié en que este principio, no deja de ser un principio jurídico, y el derecho es un mecanismo de control social.

No se pueden negar que esta confrontación entre el colectivo casi siempre representado por la voluntad estatal y la voluntad individual, pues la referencia a los poderes privados a veces es casi nula que todo esto procede de la doctrina denominada liberalismo político.<sup>10</sup>

El liberalismo político en su papel de tendencia de pensamiento filosófico-político, también impuso sus cánones para diseñar a su modo un sistema de control social; y surge como un “rechazo” a todo un sistema de dominación ancestral para ser más claros Augusto Sánchez Sandoval escribe: Durante muchos siglos el hombre fue considerado propiedad de otro: se nacía y vivía en las tierras de un *pater familias*.<sup>11</sup>

Así, en el Imperio Romano, los humanos se dividían en sujetos propietarios con derechos (*sui juris*) y los demás individuos no propietarios sin

---

los elementos probatorios necesarios para ello, ejerciendo sus facultades para recabar esa información, lo que es coincidente con el criterio establecido por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en el sentido de que es necesario conocer los antecedentes y experiencias personales del solicitante, que presumiblemente han originado el temor de persecución, así como las circunstancias pertinentes a la situación imperante en su país de origen Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Primera Región, con residencia en Naucalpan de Juárez, Estado de México. REFUGIADO. LA CONCESIÓN DE AMPARO PARA QUE LA SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES PIDA OPINIÓN SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS PREVALECIENTES EN EL PAÍS DE ORIGEN DEL SOLICITANTE DE DICHA CONDICIÓN, ASÍ COMO LA INFORMACIÓN RESPECTO DE SUS ANTECEDENTES, NO VIOLA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, Tesis: II.8o.(I Región) 12 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 4, Décima época, p. 2750.

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ Zepeda, Jesús, *La política del consenso. Una lectura crítica de El liberalismo político de John Rawls*, Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, México, México, 2003, p. 23.

<sup>11</sup> BETANCOURT, Fernando, *Derecho romano clásico*, 3º, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2007, p. 440.

derechos (*alieni juris*), pero estaban sujetos a quienes los tenían. Durante la Edad Media, el clero y los señores que monopolizaron la tierra dominaron todo lo que en ella había: plantas, animales y hombres. Los señores tenían los privilegios y los siervos la carga de producción. El nacer perteneciendo a alguien, había sido el estado natural en que se había concebido a los seres humanos de occidente durante los treinta siglos anteriores.<sup>12</sup>

Constantemente enfrentado al clero, señor feudal, monarcas absolutistas, al capital, los medios de comunicación se trata indiscutiblemente de prácticas ancestrales de dominación, donde van surgiendo las necesidades de establecer lazos vinculatorios de pertenencia social, si queremos avanzar en el estudio del control social tenemos que ser críticos y admitir que: "... en los países periféricos triunfó el Leviatán en la práctica política y no, la visión democrática de la soberanía popular, pues se impuso un Estado autoritario, que no puede ser controlado por su contraparte, el pueblo."<sup>13</sup>

La ideología, se mimetiza a veces en la manera de ser un mecanismo de control social formal, las otras como mecanismo de control social informal, cuando hablamos de que es un control social formal, pues no tiene más remedio que ser un "instrumento" las más de las veces la ideología puede adoptar una postura chauvinista esto es, para orientar el comportamiento colectivo, en otras ocasiones la ideología genera un aparato discursivo autodefensivo, cuando de lo que se trata, con esta posición es estar en condiciones de evitar la crítica al aparato conceptual y de dominación, pues abarca todo un complejo de ideas, teorías, convicciones, creencias,

---

<sup>12</sup> SÁNCHEZ Sandoval, Augusto, *Sistema ideológico y control social*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 133.

<sup>13</sup> SÁNCHEZ Sandoval, Augusto, *op. cit.*, p. 137.

procedimientos argumentativos; y es en estos casos un soldado al servicio de los aparatos ideológicos del Estado. También se da otra clase de ideología y esta es la ideología de oposición.<sup>14</sup>

El control social es funcional, se perpetúa por medio de la criminalización o excarcelación.

## 2.1 Controles sociales informales

La religión pertenece al sistema de control social, en tal sentido la “agrupación religiosa vive al margen del mundo o de su entorno social. Así desarrollen un ascetismo extramundano, las convicciones doctrinales, los rituales y las prácticas de culto de los miembros de todas las agrupaciones

---

<sup>14</sup> ZIZEK, Slavoj, “El espectro de la ideología”, en *Mapa ideológico de la cuestión*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2005, pp. 1-33. Dicho esto, lo cierto es que en el plano ideológico se advierte una línea de afinamiento del control social con la criminología crítica, que se orienta a “...influir críticamente en los mitos y en las ideologías que sostienen los juristas – favoreciendo el análisis realista y la crítica del sistema social que esos mitos y esas ideologías contribuyen a idealizar y estabilizar- varía entre las diversas teorías. Para la mayor parte de ellas puede decirse que los elementos que ofrecen para una superación de las ideologías jurídicas se ven compensados, a su vez, por la producción de nuevas ideologías. Se trata de ideologías que hundan sus raíces, no ya en el terreno de la ciencia jurídica sino en el sociológico, y que pueden desenvolver aun en este plano diverso, a su vez, una análoga función idealizante y estabilizante frente al sistema social y a las respectivas instituciones penales y penitenciarias”. BARATTA, Alessandro, *op. cit.*, p. 39. “Parece por tanto, que el concepto de control social se usa para hacer referencia a tres tipos de problemas: a la forma de conseguir y sostener el orden social, los asuntos referentes a la psicología social propio de la sociología norteamericana, especialmente en lo que hace a la corriente funcionalista, que estudia los procesos de socialización e internacionalización de las normas como instrumentos de control social; finalmente, la escuela reaccionaria que concibe la conducta como una desviación. Vemos entonces que el uso del control social describe a todo tipo de actividades de corte estatal, siempre que se pueda describir como una forma de represión, opresión, control, y siempre bajo la dirección del poder estatal. Esto parte de la premisa de que los agentes del control social de tipo formal (policía, tribunales y penitenciarias) no son correas de transmisión de la voluntad general, sino opciones a favor de una sociedad desigual que por medio de estos busca perpetuar su poder, en demérito de la justicia. Puesto que el control social penal, y por tanto de tipo formal tiene la prevención o represión de la pena, para lo que cuenta con la penalidad y diversas medidas que buscan la seguridad”.

religiosas tienen repercusión (por omisión si se quiere) en el medio social en que están inmersos.”<sup>15</sup>

El control ejercido por la religión no ha podido despegarse del *Leviatán* encarnado por el estado, Thomas Hobbes pensador del siglo XVII escribía “[...] *Así, se puede concluir que la interpretación de las leyes naturales, tanto sagradas como seculares, cuando Dios reina por la sola naturaleza, depende de la autoridad del Estado, esto es, de aquel hombre o asamblea a quien se ha concedido el poder soberano del Estado, y que cualquier cosa que ordena Dios la ordena por la voz de aquel que gobierna. A la inversa, lo que es ordenado por el que gobierna, tanto acerca del modo de honrar a Dios cuanto acerca de los asuntos seculares, es ordenado por Dios.*”<sup>16</sup>

Thomas Hobbes atento a los fenómenos que inducen a crear estructuras de dominación pues defiende el absolutismo monárquico, algunos lo consideran un absoluto otros un precedente del pensamiento liberal por haberse percatado de lo implacable que pueden ser las estructuras de dominación cuando no son seculares ni se guían por los principios básicos de humanidad, siempre tan atento a las estructuras religiosas, su pensamiento secular marcaría una pauta para el derrumbamiento del poder absoluto, sin imaginarlo pues lo defendía:

*De modo que, aun cuando lo ordenen los reyes, nos abstendremos de los atributos por los cuales declaramos como nuestra opinión que algún hombre tiene tal poder que no depende de Dios, es inmortal, de poderes*

---

<sup>15</sup> Citado por COSSÍO, D. José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico*, México, Miguel Ángel Porrúa-ITAM, 2001, p. 32.

<sup>16</sup> HOBBS, Thomas, *Elementos filosóficos del ciudadano*, Trad. Andrés Rosler, Hydra, Buenos aires, 2010, p. 298.

*infinitos y cosas similares, así como de las acciones que significan lo mismo, como suplicar a un ausente, rogar por aquellas cosas que sólo Dios puede dar (como lluvias y buen tiempo), ofrecerle a él las cosas que sólo Dios puede recibir (como holocaustos) o bien ofrendarle el mayor culto que pueda ser ofrendado (como el sacrificio). Pues tales acciones tienden a que, en contra de lo que se ha supuesto al inicio, se estime que Dios no reina. Por lo demás, la genuflexión, la postración o cualquier otro acto del cuerpo pueden ser lícitamente ofrecidos, también en el culto civil, dado que sólo pueden significar el reconocimiento de la autoridad civil. Porque el culto divino no se distingue del civil por el movimiento, el sitio, el vestido o el gesto del cuerpo, sino por las opiniones acerca de aquel a quien se declara venerar; en efecto, si nos postramos ante alguno con la intención de declarar por este signo que lo consideramos como Dios, el culto es divino; si hacemos lo mismo en señal de reconocimiento del poder civil, el culto es civil. Y si no se distingue el culto divino del civil por acción alguna de las que suelen ser entendidas bajo los nombres de λατρεία (latreia) y δουλεία (douleía). El primero denota el deber de los siervos y el último la condición; ambos son nombres de la misma clase de acción.<sup>17</sup>*

## **2.2 La economía como control social**

Si el sistema social es genérico, entonces todos los demás sistemas operan como subsistemas, pues no podemos decir que el sistema económico sea “original” o autónomo, depende de todo un entramado social para operar,

---

<sup>17</sup> HOBBS, Thomas, *op., cit.*, p. 299.

la economía opera como un subsistema del control social, al respecto Posner afirma:

*...la economía es una herramienta poderosa para analizar un vasto conjunto de cuestiones legales, pensando al mismo tiempo que la mayoría de los juristas y los estudiantes de derecho (incluso los muy brillantes) tiene dificultades para relacionar los principios económicos con los problemas legales concretos. Un estudiante toma un curso sobre teoría de precios y aprende lo que ocurre con el precio del trigo cuando baja el precio del maíz, y lo que ocurre con el precio de la tierra de pastoreo cuando sube el precio de la carne de res, pero no entiende qué tienen que ver estas cosas con la libertad de expresión, los accidentes, los delitos, la Regla Contra las Perpetuidades o los contratos comerciales.<sup>18</sup>*

Y no nos quedamos allí el siglo XXI conoce de mimetizaciones de controles sociales, una de ellas es el sistema económico<sup>19</sup> globalizante, tal sistema<sup>20</sup> ha sido si bien inevitable ha venido acompañado de la crítica de

---

<sup>18</sup> POSNER, A, Richard, *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, Trad. Eduardo L. Suárez, México, 2008, p. 11.

<sup>19</sup> POSNER A, Richard, *op, cit*, p. 11. “Me gustara resumir el papel de la economía a cuestiones de tipo social – jurídico con las siguientes palabras: La economía como ciencia exacta que es posee mayores herramientas que el derecho para señalar el valor que tiene para la sociedad en términos de sacrificio para lograr un fin no económico de la justicia. Dicho lo anterior podríamos señalar que la demanda de justicia es vinculatoria de su precio. Sin embargo, la aplicación del análisis económico al campo del derecho y la sociología también tiene sus críticas, y la más común es la que considera que la economía ha fracasado por no poder explicar de forma exacta ciertas situaciones jurídicas: instituciones, reglas, resultados, desarrollo. Mientras que para otros “La teoría económica del derecho es la teoría positiva del derecho más prometedor que existe”. *Ídem*.

<sup>20</sup> En relación con la posmodernidad ésta se refleja para Perry Anderson en “...su vinculación con la sociedad posindustrial, teorizada por Daniel Bell y Alain Touraine, en la que el conocimiento se había convertido en la principal fuerza económica de producción, en un flujo que sobrepasaba a los Estados Nacionales, pero al mismo tiempo había perdido sus legitimaciones tradicionales. Pues si la sociedad no había de concebirse ni como un todo orgánico ni como un campo dualista de conflicto, sino como una red de comunicaciones. Así, la

porque no se ha conseguido elevar la calidad de vida de una gran parte de la población humana.

Inevitablemente que el crecimiento de las economías y el manejo, logran que la globalización sea el referente económico a seguir, ya que si un mercado nacional quiere figurar en el terreno internacional y donde radican los verdaderos poderes trasnacionales, tiene que insertarse en el mercado internacional liberalizando sus mercados, sinónimo de globalizarse. Aunque no juzgamos si la globalización es buena o mala, porque no seríamos objetivos, si es preciso acotar que esta tiene sus ventajas y sus desventajas. Una de las ventajas es el fácil acceso que un ser humano puede tener a productos, bienes, servicios y personas.

La desventaja es que la globalización también funciona como un omnipotente sistema de control social impuesto por los gobiernos más desarrollados y las trasnacionales, un método de control social donde se impone el manejo del mercado, un sistema económico, y los Estados más débiles pierden control y soberanía en sus decisiones. Que esto no se malinterprete no se le juzga a la globalización, simplemente se mencionan algunas de las desventajas que vienen con la imposición no sólo de una

---

ciencia y la tecnología se ponen al servicio del poder que busca hallar una nueva legitimación en la eficiencia". ANDERSON, Perry, *Los orígenes de la posmodernidad* trad. Luis Andrés Bredlow, Barcelona, Anagrama, 2000, p. 38. No cabe duda que de acuerdo a lo anterior los medios de comunicación representan el control de la posmodernidad por excelencia. Los vínculos económicos con lo social manipulativo, podemos comprobarlos si consideramos lo apuntado por Luhmann: "La política debe la poderosa expansión del campo de sus posibilidades, al derecho y al dinero". LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, trad: Javier Torres Nafarrete, México, Universidad Iberoamericana, 1998, p. 492.

Para Antonio Negri y Michael Hardt "...del dominio de la industria al dominio de los servicios y la información, es un proceso de posmodernización económica, o mejor aún, de informatización". NEGRI, Antonio y Michael HARDT, *Imperio*, 2ª ed, trad. Alciria Bixio, Argentina, 2002, p. De esta forma el manejo de la información y de medios de comunicación constituyen el punto total de la producción económica.

política económica global, sino de políticas sociales y culturales globales ya que dichas políticas pertenecen a sistemas interdependientes.

Para entender el efecto de lo “global” se tiene que saber que la dinámica del mercado depende de otros actores globales o “partners” las relaciones y los efectos van más allá de las fronteras tradicionales del Estado/Nación que por cierto también dicho sistema Estado-Nación funcionó y sigue funcionando aunque ahora en estado evolutivo como otro sistema estatal formal de control social, se da aquí un comportamiento colectivo controlado: el nacionalismo con sus serias consecuencias.

Cuando se dice que el efecto globalizador influye en el comportamiento colectivo por imponer sus propios patrones de desarrollo, hablamos de una realidad que no puede presumir ningún grupo humano de no haber atravesado y es la imposición de la modalidad “correcta” del desarrollo lo cual genera en desconcierto marginación “se contraponen la territorialidad de las comunidades de origen con la “desterritorialización” de los migrantes en los lugares de destino.<sup>21</sup> Siendo cierto que no en todos los casos los trasterrados forman *“comunidades satélites” o sucursales me parece, sin embargo, que la trasnacionalización más que conducir a una presunta dilución de la*

---

<sup>21</sup> VILANOVA, Núria, Desterritorialización, en SZURMUK, Mónica, IRWIN, Mckee, *Diccionario de estudios culturales latinoamericanos*, Siglo XXI Editores, México, 2009, pp. 80-84. La desterritorialización es un concepto “usado repetidamente en los últimos años no sólo para dar cuenta de la relación de los sujetos con el territorio (físico) en el acto del desplazamiento sino también para plasmar la idea de movimiento y cambio tanto en relación a los seres humanos, como con referencia a bienes, símbolos e imaginarios. Si bien ha sido en el campo de los estudios culturales, la antropología y la sociología donde este término ha encontrado mayor difusión, también es cierto que economistas, políticos e intelectuales y académicos de distintas disciplinas han usado la palabra desterritorialización para captar fenómenos relacionados con la migración, la relación entre economía, sociedad y estado, así como para hablar del anonimato en dinámicas sociales que se desprenden del desplazamiento, pp. 80-81.

*territorialidad como rasgo originario nos obliga a repensar tanto el concepto de comunidad como el concepto mismo de territorio.*<sup>22</sup>

Hemos arribado a una nueva era, la era del control social posmoderno, Hayec confía en este papel que desempeña el sistema económico “[...] es cierto sin duda que nuestra generación está menos dispuesta a obedecer a consideraciones económicas que lo estuvieron sus predecesoras. Se muestra decididamente más reacia a sacrificar a lo que se llaman argumentos económicos cualquiera de sus demandas, se impacienta y opone ante cualquier restricción de sus ambiciones inmediatas y no está dispuesta a doblegarse ante las necesidades económicas.”<sup>23</sup>

Pero es positivo o negativo, quienes juegan en medio de ese control económico que es subrepticamente un sistema de control social, porque a fin de cuentas las ganancias económicas se reflejan en desarrollo humano, Hayec defendiendo el liberalismo económico propugna por una nueva visión de las cosas y es optimista:

*Lo que distingue a nuestra generación no es en modo alguno el desprecio del bienestar material o ni siquiera un menor deseo de él, sino, por el contrario, la negativa a reconocer cualquier obstáculo, cualquier conflicto con otros fines que pudiera impedir el logro de sus propios deseos «Economofobia» sería una expresión más correcta para describir esta actitud que el doblemente equívoco «final del hombre económico», el cual sugiere un cambio a partir de una situación que jamás ha existido y*

---

<sup>22</sup> BARTRA, Armando, *La utopía posible*, La jornada ediciones, México, D.F., 2011, p. 143.

<sup>23</sup> HAYEC, F. A. *Camino de servidumbre Obras completas, Vol. II.*, Universidad Francisco Marroquín, Unión Editorial, Fundación Friedrich A. Von Hayec, Trad. José Vergara Doncel, España, 2008, p. 294.

*en una dirección en la que no nos movemos. El hombre ha llegado a odiar las fuerzas impersonales a las que en el pasado se sometió y a rebelarse contra ellas porque a menudo han frustrado sus esfuerzos individuales.*<sup>24</sup>

Plausibles palabras de Hayec, efectivamente el hombre ha sido constantemente sometido a controles sociales impersonales, para nosotros iniciadas en la forma de una ruptura que se lleva a cabo en Europa, en Inglaterra con la Revolución Industrial, con la industrialización comienza el período de masificación advenido gracias a los medios de producción, más personas tienen acceso a los medios de producción, pero en tanto más personas tienen acceso, más mano de obra es requerida, atendiendo claro a las explosiones demográficas, nos damos cuenta de que son una cadena de acontecimientos, donde la despersonalización humana va de la mano de la masificación, nada más que Hayec, se detiene exclusivamente allí en la causa principal del “monopolio favorecido por el estado,”<sup>25</sup> para argumentar su teoría de la “libre competencia.”<sup>26</sup>

Defiende correctamente su postura, el sabio económico, y tiene razón cuando opina acerca de la vigencia de las necesidades económicas, más el análisis económico no prescinde del sistema social, repetimos son interdependientes, el concepto de civilización deviene para Hayec de manera sustancial al desarrollo individual:

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 295.

<sup>25</sup> HAYEC, F. A. *op. cit.*, p. 294.

<sup>26</sup> *Ibid.*

*Esta rebeldía es ejemplo de un fenómeno mucho más general, de una nueva repugnancia a someterse a cualquier norma o necesidad cuya razón de ser el hombre no comprenda. Se hace sentir en muchos ámbitos de la vida, especialmente en el de la moral, y es con frecuencia una actitud elogiada. Pero hay ámbitos en los que no puede satisfacerse plenamente esta apetencia de lo inteligible y donde, a la vez, la negativa a someterse a algo que no podemos comprender tiene que conducir a la ruina de nuestra civilización. Aunque es natural que, conforme el mundo en torno se nos hace más complejo, crezca nuestra resistencia a las fuerzas incomprensibles para nosotros que interfieren constantemente con nuestras esperanzas y planes individuales, es precisamente, en estas circunstancias cuando decrece para todos la posibilidad de un pleno reconocimiento de tales fuerzas.<sup>27</sup>*

Inferimos en la escritura de Hayek su reconocimiento hacia el control social “indecible” en la personificación de “fuerzas incomprensibles” que evitan el desenvolvimiento de la libre voluntad individual, sobre su postura se rescata el lado positivo del control social impuesto por el sistema económico, es benigno cuando tiene a fin producir satisfacciones básicas del ser humano, va inserta con la civilización: “Una civilización compleja como la nuestra se basa necesariamente sobre la acomodación del individuo mismo a cambios cuya causa y naturaleza no puede comprender. Por qué poseerá más o menos, por qué tendrá que cambiar de ocupación, por qué le será difícil obtener algunas

---

<sup>27</sup> *Ibíd.* p. 295.

cosas que desea más que otras; todo ello estará siempre ligado a tal multitud de circunstancias, que ninguna mente aislada será capaz de comprenderlo.”<sup>28</sup>

El aislamiento absoluto es imposible, nos encontramos en el interior de un “todo” de un “sistema” donde la voluntad individual es interdependiente de otras voluntades y dependiente para bien o para mal de un “sistema de control social”; el quid aquí es entender si Hayec se equivocó al pensar que esa multiplicidad de causales son incomprensibles; ese es el defecto que resulta ser la debilidad de la primacía de lo económico por lo económico.

El papel que juegan los organismos internacionales lleva implícito este carácter de identidad conjunta que guardan economía y sistema social (derecho, política, cultura), es una interdependencia necesaria, lo sabemos, pero también trata de una lucha de intereses individuales-colectivos, donde el ganador impone su sistema de vida frente a todos: “[...] *la Organización de las Naciones Unidas, que por un tiempo defendió los derechos humanos, hoy está al servicio de los intereses neoliberales, acabando la esperanza político-jurídica moderna, a través de tratados y convenciones internacionales que convierten en derecho exclusivo del dominante, lo que la modernidad consideró como garantías para proteger a los ciudadanos del abuso del poder.*”<sup>29</sup>

Dos medios de control social y que son la economía y la tecnología. Así, por ejemplo Peter Sloterdijk, quien en 2002, en un brillante ensayo acerca de la relación de las masas con la cultura en la sociedad moderna, apuntaba lo siguiente: “...bajo el influjo de los medios masivos de comunicación, las masas mediáticas se han convertido de hecho en masas moleculares o abigarradas.

---

<sup>28</sup> *Ibíd.*

<sup>29</sup> SÁNCHEZ Sandoval, Augusto, *op. cit.*, p. 176.

De ahí que haya buenas razones para que la crítica cultural de nuestros días, tanto la sumaria como la más sofisticada, lance básicamente sus invectivas contra el despliegue de las masas televisivas y la televisión de masas”.<sup>30</sup>

### **2.3 La cultura como control social**

La *cultura* ha sido una constante fundamental en la historia de la humanidad, desgraciadamente también ha sido motivo de infortunios reflejados en la seria afectación de las vidas individuales y en crímenes de lesa humanidad. El aparato cultural a pesar de su carácter positivo puede ser mal utilizado, se utiliza como pretexto para imponer mecanismos de control social. Por mencionar dos subtipos de culturas la cultura libresca y la cultura de masas, se trata de dos culturas que se contraponen y que de hecho imponen cada una sus formas de vidas, desgraciadamente una y otra no han podido funcionar del todo bien, la primera ante el intelectualismo a veces se ve impotente por no poder contener la animalidad de la conducta humana, la segunda despersonaliza al individuo.

La calidad cultural hoy en día va de la mano del lucro económico, se encuentra totalmente al servicio del mercado; y no olvidemos que ella funciona también como un mecanismo-instrumento de control social. Una de las

---

<sup>30</sup> BOURDIEU, Pierre, *Contrafuegos 2*, Trad: Joaquín Jordá, Barcelona, Anagrama, 2001, pp. 114 – 115. “por tanto, economía y tecnología- ilustración de la decadencia de nuestra sociedad: todo eso creo que hasta en tanto no adquirió dimensiones industriales, el fenómeno de la dominación y el control no se convirtió en un problema de graves dimensiones. El proceso económico industrial apoyado en los avances de la tecnología a rendido buenos frutos en la dominación y control de las conciencias. Las aportaciones de la televisión, radio y cine no cobraron importancia hasta fines del siglo XIX y en algunos otros países hasta mediados del siglo XX, desde entonces las condiciones técnicas de la dominación industrial de las conciencias se afianzaron en todas partes donde les fue posible, de una vez y para siempre, y hacer que las personas toleren esta situación de forma voluntaria constituye el fin último de la dominación y control de las conciencias”. SLOTERDIJK, Peter, *El desprecio de las masas*, trad: Germán Cano, Madrid, pre – textos, 2005, p. 19.

relaciones posmodernas con las que tiene que lidiar la cultura, es con los medios de comunicación, los cuales poseen unas características especiales son inventos culturales, pero se encuentran la mayoría inherentes al concepto de cultura de masas.

Adorno, se enfocaría parte de su estudio en estos aspectos no en vano observaría que *“Los síntomas de la decadencia de la cultura visibles por doquier, también en la clase de los cultos mismos, no se agotan ya en las insuficiencias, censuradas generación tras generación, de sistema y métodos educativos. Las reformas pedagógicas aisladas, exclusivamente, por muy indispensables que fueren, no sirven. A veces podrían reforzar más bien la crisis, al suavizar la exigencia intelectual a los educandos, también al despreocuparse cándidamente frente al poder que ejerce sobre estos la realidad extrapedagógica.”*<sup>31</sup> La escuela ha funcionado como un transmisor de la cultura.<sup>32</sup>

Diversos son los subsistemas operantes por el sistema de control social, otro de ellos es la ciencia *“la aparición de la ciencia significó, pues, que la*

---

<sup>31</sup> ADORNO, Th W, *Escritos sociológicos I. Obra Completa 8*, Trad. Agustín González Ruíz, Akal, Madrid, 2004, p. 86.

<sup>32</sup> Con sobrado merecimiento la escuela y la cultura los principales aparatos de control del Estado, por eso con razón Althusser señalaba: “Hacia el sexto año, una gran masa de niños cae “en la producción”: son los obreros o los pequeños campesinos. Otra parte de la juventud escolarizable continúa: bien que mal se encamina y termina por cubrir puestos de pequeños y medianos cuadros, empleados, funcionarios pequeños y medianos, pequeño – burgueses de todo tipo. Una última parte llega a la meta, ya sea para caer en la semidesocupación intelectual, ya para proporcionar, además de los “intelectuales del trabajador colectivo”, Althusser moderara su postura en base al perdón “...por esto a los maestros que, en condiciones espantosas, intentan volver contra la ideología, contra el sistema y contra las prácticas de que son prisioneros, las pocas armas que pueden hallar en la historia y el saber que ellos enseñan. Son una especie de héroes. Pero no abundan y muchos (la mayoría) no tienen siquiera la más remota sospecha del trabajo que el sistema que los (rebase y aplasta) les obliga a realizar y, peor aún, ponen todo su empeño e ingenio para cumplir con la última directiva (los famosos métodos nuevos). Están tan lejos de imaginárselo que contribuyen con su devoción a mantener y alimentar esta representación ideológica de la escuela, que la hace tan natural e indispensable, y hasta bienhechora, a los ojos de nuestros contemporáneos como la iglesia era “natural” indispensable y generosa para nuestros antepasados hace algunos siglos”. ALTHUSSER, L, *op. cit.*, pp. 45 – 46.

*inteligencia se tornó desinteresada y se sintió libre para emprender su singladura por mares del pensamiento extraños a las mentes abocadas en inmediatos problemas de acción. La razón inquirió y percibió que la verdad era algo universal que podría ser útil para las exigencias de la vida o bien que podría no serlo.”<sup>33</sup>*

No considerar a la ciencia también un subsistema que puede ser utilizado como medio de control social constituiría una grave omisión toda vez que la ciencia se encuentra en gran cantidad de aspectos de la vida humana, pues afecta desde la salud hasta los sentimientos, por ello la aclaración del autor cuando apunta que la verdad puede ser “útil o inútil,” el hombre tiene la ventaja sobre todos los seres existentes de tener la característica volitiva de decidir si una cosa le sirve o no le sirve, en ese juego de voluntades entran los procesos sociales de inducción.

Decir ciencia, es únicamente un reducido ejemplo, con independencia de su magna importancia, Toni Negri agudo crítico del control social, acusa: *“Intento decir que el siglo XXI – es decir, las series temporales abiertas que, a partir de la crisis del reformismo, del descubrimiento de los límites insuperables del devenir capitalista, se distienden ante nosotros: éste el momento oculto -, está ya habitado por nuevas realidades, sujetos, o máquinas, proyectos o utopías concretas, una nueva raza que el saber y el mando capitalista ya no pueden someter más. El siglo XX, con la experiencia del reformismo y de su crisis ha quebrado toda continuidad. Más allá de aquellos límites un hombre nuevo avanza, un haz de saber, poder y amor como no se recuerda. La ciencia,*

---

<sup>33</sup> CORNFORD, F.M., *Antes de Sócrates*, 2da. Trad. Antonio Pérez Ramos, Ariel, 1981, p. 13.

*la artificialidad del conocer, la desterritorialización ética, el comunismo, constituyen los elementos de una determinación ontológica irreductible. Un definitivamente nuevo desgarro ontológico original.*<sup>34</sup>

Los obstáculos no son técnicos, prácticos ni financieros sino políticos, intelectuales e ideológicos.<sup>35</sup>

### **3. El derecho como sistema de control social**

El derecho es el principal medio de control social, y género del cual se desprenden los subtipos encarnados por el derecho penal y los sistemas penitenciarios, subtipos que han alcanzado un alto grado de importancia y especialización que merecen sin lugar a dudas ser estudiados específicamente., entonces ¿Qué es el derecho? Hart expone una serie de afirmaciones que conducen a reconocer el grave desconocimiento descendiente de una larga tradición para responder a la intrincada pregunta:

*“Este interminable debate teórico en los libros, contrasta extrañamente con la capacidad de la mayoría de los hombres para citar ejemplos de derecho, con facilidad y confianza, si se les pide que lo hagan [...] Generalmente se sabe mucho más que esto. La mayoría de la gente educada tiene la idea de que las reglas de derecho de Inglaterra forman algún tipo de sistema, y que en Francia o en los Estados Unidos o en Rusia, y, por cierto, en casi todas las partes del mundo que son concebidas como un "país" independiente, hay sistemas jurídicos que son, en líneas generales, similares en estructura, a pesar de sus*

---

<sup>34</sup> NEGRI, Antonio, *Fin de siglo*, Trad. Pedro Aragón Rincón, Ediciones Paidós, Barcelona, 1992, p. 57-58.

<sup>35</sup> GEORGE, Susan, *Sus crisis nuestras soluciones*, Icaria, Barcelona, 2010, p. 1.

*importantes diferencias. Sin duda que una educación habría fracasado seriamente si no informara sobre estos hechos, y no pensaríamos que es un signo de gran sutileza si quienes los conocen pueden decir también cuáles son los puntos importantes de semejanza entre los diferentes sistemas jurídicos.*<sup>36</sup>

La ignorancia patente que la gente en la época de Hart tenía al respecto, y sigue viva hasta la fecha, es tan clara que las reflexiones de Hart se ponen en evidencia del bajo grado de concientización que la gente tiene acerca de una rama tan importante del desarrollo humano y persistente control social que es el derecho:

*Es de conocimiento común, "¿Cómo es que la pregunta ¿qué es derecho? ha persistido y ha recibido respuestas tan variadas y extraordinarias. Es porque, además de los casos típicos claros, constituidos por los sistemas jurídicos de los estados modernos, que nadie en su sano juicio dudaría que son sistemas jurídicos, existen también casos dudosos, acerca de cuya "calidad jurídica" no sólo vacilan los hombres cultos comunes, sino también los juristas? El derecho primitivo y el derecho internacional son los más importantes de tales casos dudosos, y es patente que muchos entienden que hay razones, aunque por lo común no concluyentes, para considerar que es impropio extender el presente uso convencional de la palabra "derecho" a estos casos.*<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> HART., Herbert L. A., El concepto del derecho, Trad. Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 3.

<sup>37</sup> *Ibidem.*, p. 4.

Hart explica la verdadera razón de la preocupación por la indagación y sistematización del derecho, aunque sea entre líneas, el factor de semejante proceso de instrumentación y sistematización es el control social: “[...] no es en virtud de una peculiaridad de términos complejos como "derecho" y "sistema jurídico" que estamos forzados a aceptar que hay casos típicos claros y casos límites discutibles. Es hoy un hecho familiar (aunque demasiado poco subrayado) que es menester hacer esta distinción respecto de casi todos los términos generales que usamos para clasificar características de la vida humana y del mundo en que vivimos.”<sup>38</sup>

Luego, esas son las interrogantes que nos hablan de las tergiversaciones a las que se expone el derecho, pues le confieren por su naturaleza interpretativa e indeterminada diversos enfoques, desgraciadamente su pluralismo es la causa de la debilidad con la que lo juzgan quienes menos lo han estudiado: *“En lo que respecta al Derecho, señala García Pelayo que la concepción racional gira sobre el momento de la validez, la concepción histórica sobre el de la legitimidad y la concepción sociológica sobre la vigencia”*<sup>39</sup>

El derecho lato es insuficiente, se requiere de una disciplina especial que estudie el fenómeno estatal no con cavilaciones sociológicas ni politológicas, tome en cuenta tales disciplinas por razones multidisciplinarias, nada más que eso es únicamente en la fase del estudio, esa disciplina especial llamada derecho constitucional tiene el objeto de estudiar al Estado.

---

<sup>38</sup> HART., Herbert L. A., *op. cit.*, p. 4.

<sup>39</sup> *Ibidem.*, p. 2

*En el Estado se obedece al derecho, no a las personas. Los que mandan lo hacen en tanto obedecen al orden impersonal en que fundan sus disposiciones, y los que obedecen lo hacen en tanto mandan a través de ese mismo orden legal en cuya formulación participaron. La dominación legal requiere una organización del poder de autoridad, una dirección y un equipo de transmisión y ejecución, es decir, un cuadro administrativo basado en el saber confesional especializado, que asegura precisión, continuidad, disciplina y eficacia en el cumplimiento de la actividad estatal.<sup>40</sup>*

Dada la complejidad de la actividad estatal, -recordemos que somos civilizaciones complejas- el aparato estatal contiene su propio sistema de controles, el control político y el jurídico, de hecho el principio de separación de poderes surgió con la intención de boicotear- impedir el ejercicio absoluto del poder, sin embargo el estado a pesar de esta condicionado para cumplir un contrato social encaminado hacia el fin del bien común, contiene en sí un elementos autoritarios, de corte represivo, el Estado aunque suene simplista está gobernado por personas, en la medida en que esas personas se institucionalicen a la par del estado, la institucionalidad sería una condición básica para la profesionalización de lo público y el respeto de los derechos humanos, por lo tanto el estado, a la par de que es responsable del desarrollo social, construye una anquilosada red burócrata-tecnocrática, lo vemos en su máxima expresión de decadencia en México donde *“Los llamados tres poderes, así, no logran construir su perfil y autonomía, construyendo una institucionalidad frágil e inconsistente, pero en cambio generan todos una capa*

---

<sup>40</sup> ALTHUSSER, L., *op, cit.*, p. 46.

*social aventajada que se separa e independiza de la sociedad. Aunque parece en extremo segmentada (regional, local, sectorial, profesionalmente), la clase política adquiere su dimensión nacional a través de los partidos políticos y no sólo por el aparato central, federal, del Estado.”<sup>41</sup>*

Entonces si la clase política tiene de un lado del espectro el apoyo del aparato “central, federal, del Estado” mismo que es el Estado legítimo y soberano; posee también otro apoyo y no menor el que interviene en el rol de intermediario entre clase política y pueblo: Los partidos políticos; sobre ellos cabe decir: “[...] de ello se sigue que la autonomía de los subsistemas constituye un excelente indicador tanto de la poliarquía como de la libertad que tiene una sociedad con respecto al Estado. En particular, cabe afirmar con seguridad que el poder de una sociedad sobre el Estado depende en gran medida y primariamente de la autonomía del subsistema de partidos. Y ello es así porque es muy posible que la autonomía de otros subgrupos libere a una sociedad del Estado, pero no llegue a hacer que una sociedad tenga libertad para influir en el Estado.”<sup>42</sup>

Operan con carácter de subsistemas, o subclases pero en definitiva los partidos políticos son también medios de control social, no son simplemente entidades cuya descripción constitucional principia declarando que son “entidades de interés público,” tampoco puede restringirse a si son sistemas de partido (Partido de Estado) o sistemas de partidos, pertenecen a una realidad que combina acciones de dominación y de participación [...] dentro de la «casa del poder», un sistema de partidos representa un caso limitador de

---

<sup>41</sup> ANGUIANO, Arturo, *El ocaso interminable*, Ed. Era, México, 2010, p. 300.

<sup>42</sup> SARTORI, Giovanni, *Partidos y sistemas de partidos*, Trad. Fernando Santos Fontenla, Alianza Editorial, Madrid, 2000, p. 70.

independencia de subsistemas, pues el pluralismo de partidos actúa conforme al principio de que los partidos son organizaciones voluntarias, organizaciones creadas voluntariamente, igual que cualquier otra empresa privada, por ciudadanos particulares. No solo el pertenecer a ellos no es obligatorio, y no sólo se ofrece al ciudadano una opción entre las organizaciones existentes, sino que el sistema permite –pese a los gastos de ingreso- la creación voluntaria de nuevas organizaciones políticas. En este sentido, un sistema de partidos no sólo es un subsistema independiente, sino también abierto.”<sup>43</sup>

Sigue siendo hasta ahora tan necesario mantener a pesar de la crítica la idea de que no es ilegítimo el control social por más que incurra en imposiciones sobre las identidades individuales y colectivas, que era muy cierto lo que subrayaba Hobbes:

*[...] dado que el cumplimiento de la ley natural es necesario para la conservación de la paz y que para el cumplimiento de la ley natural es necesaria la seguridad, se ha de considerar qué es lo que puede prestar tal seguridad. A tal efecto no se puede pensar otra cosa sino que cada uno prepare para sí un auxilio idóneo por el cual el ataque de uno contra el otro se vuelva tan peligroso que ambos piensen que cohibir el ataque es más acertado para sí mismos que iniciarlo. Ahora bien, en primer lugar es manifiesto que el acuerdo de dos o tres en modo alguno puede prestar tal seguridad: la adición a la otra parte de uno o unos pocos de los hombres es suficiente para una victoria cierta e indudable y da el ánimo necesario para la agresión. Así pues, es necesario para la*

---

<sup>43</sup> *Ibíd.* 71.

*obtención de la seguridad que buscamos que el número de aquellos que convergen en ayuda mutua sea tan grande que la agregación de unos pocos hombres al enemigo no sea de importancia para la victoria de estos.*<sup>44</sup>

Indudablemente requerimos de esos sistemas de control social pero siempre y cuando se establezcan límites que permitan que el hombre pueda expresarse libremente, desafortunadamente cuando el control es ineficaz el estado pierde legitimidad. Porque no es capaz de solventar nuestro mínimo que es la seguridad. Una verdad de que la imposición es también una ley natural *“La mayoría de la gente todavía no se ha dado cuenta, pero, salvo una minoría, todos estamos en la cárcel. Los carceleros no son estúpidos, nos dejan andar por ahí sueltos, al aire libre, e ir a ver las películas que queremos, pero en muchos de los aspectos más importantes de la vida no somos libres.”*<sup>45</sup>

### **3.1. El Estado de derecho**

El Estado de Derecho consiste en limitar el poder político por medio de las normas jurídicas, en imponer procedimientos formales a los procesos políticos y sociales de trascendencia en una sociedad estatal, en suma consiste en el imperio de la ley. En el presente trabajo tengo por objeto analizar y estudiar de manera profunda todo lo concerniente al Estado de derecho, sus orígenes, su concepto, sus características, su actualidad.

Este apartado es el relativo a los orígenes y la evolución del estado de derecho, me concierne sin embargo, desde aquí relacionar ciertas ideas con

---

<sup>44</sup> HOBBS, Thomas, *op. cit.*, p. 176.

<sup>45</sup> GEORGE, Susan, sus crisis nuestras soluciones, p. 1.

las cuales el estado de derecho se encuentra fuertemente vinculado: “El estado de derecho es la institucionalización jurídico-política de la democracia. Con aquél se trata de convertir en legalidad (normas, Constitución) el sistema de valores (libertad como base) que caracteriza a la legitimidad democrática.”<sup>46</sup> Quiere decir que el estado de derecho actúa como agente de legitimación del Estado.

Es una condición históricamente previa a la democracia, se revela desde los antiguos: “La Antigüedad griega mantuvo el ideal del dominio de la ley frente al capricho despótico.”<sup>47</sup> El mismo gran autor con el que ahora me encuentro, transita hasta otra etapa donde la idea del estado de derecho pulula, aunque no en la forma como nosotros la conocemos en la actualidad, trata de la Edad Media: “[...] en la Edad Media cristiana las controversias sobre el constitutivo formal de la ley entre voluntaristas e intelectualistas contribuyen a perfilar las características de la racionalidad de la ley frente a los caprichos de la voluntad despótica.”<sup>48</sup>

Otro importante jurista Luis Legaz y Lacambra, halla importantes antecedentes dignos de ser incluidos en la idea del estado de derecho como lo constituye la doctrina escolástica: “[...] la doctrina escolástica sobre la justicia de la ley y la obligatoriedad en conciencia de las leyes injustas, y sobre todo la doctrina de la vinculación del príncipe por sus propias leyes, deben considerarse como jalones importantes en la etapa que ha conducido a la

---

<sup>46</sup> DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Barcelona, Taurus, 1998, p. 73.

<sup>47</sup> VERDU, Pablo Lucas, *Estado liberal de derecho y estado social de derecho*, Acta Salmanticensia, Salamanca, 1955, p. 8

<sup>48</sup> *Ídem*.

juridización racional del Estado y a la eliminación de la arbitrariedad.”<sup>49</sup>En esta cita tengo por una parte la importancia de la doctrina escolástica cuya notable influencia es evidente, y como se fue originando en el pensamiento teórico occidental la necesidad de limitar el poder de los soberanos por medio de las leyes.

No obstante, en estas dos etapas de la civilización occidental, no puede considerarse de ninguna forma, haya existido la idea del estado de derecho, en el entendido occidental, al que estamos acostumbrados y que por ende rige las actividades ciudadanas, políticas, jurídicas, sociales que requieren incesantemente la “legitimación” que el derecho solo da, en este sentido en esas etapas, como la feudal: “[...] es erróneo sostener con Bluntschli que también el Estado feudal era un Estado de Derecho (puesto que un entresijo de derechos subjetivos y privilegios impedía a veces toda acción política, toda intervención personal del monarca.”<sup>50</sup>

Se ha dado por sentado así que el estado de derecho donde “encuentra sus raíces de fondo es precisamente en la filosofía de la ilustración,”<sup>51</sup>es así que se puede hablar propiamente de una cultura del Estado de Derecho.<sup>52</sup> Aunque también existe otra denominación llamada “cultura de la legalidad.”Ya me encargaré de definir en sus respectivos apartados ambas.

*En los siglos XVII y XVIII el derecho penal constituyó el terreno en el que principalmente fue delineándose el modelo del estado de*

---

<sup>49</sup> LEGAZ Y Lacambra, Luis, Estado de derecho e idea de la legalidad en “*Revista de Administración Pública*”, I.E.P., Madrid, núm. 6 (septiembre –diciembre 1951). p. 73.

<sup>50</sup> LEGAZ y Lacambra, Luis, *El estado de derecho en la actualidad*, Ed. Reus, Madrid, 1934, p. 15.

<sup>51</sup> DÍAZ Elías, *op. cit.*, p. 73.

<sup>52</sup> *Ídem.*

*derecho. Fue con referencia al despotismo punitivo como el iusnaturalismo ilustrado llevó adelante sus batallas contra la intolerancia política y religiosa y contra el arbitrio represivo del ancien régime. Y fue sobre todo a través de la crítica de los sistemas penales y procesales como se fueron definiendo, ya lo veremos, los valores de la cultura jurídica moderna: el respeto a la persona humana, los valores «fundamentales» de la vida y de la libertad personal, el nexo entre legalidad y libertad, la separación entre derecho y moral, la tolerancia, la libertad de conciencia y de palabra, los límites a la actividad del estado y la función de tutela de los derechos de los ciudadanos como su fuente primaria de legitimación.<sup>53</sup>*

Aunque la cuna del liberalismo haya sido Inglaterra, la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano presupone el gigantesco paso que la modernidad da para consolidar el Estado liberal de Derecho, que como vemos el Estado de Derecho es solo una transición de la multifacética gama que tendrá el estado liberal, así observamos que la declaración declaraba en el artículo 16° una: *[...] sociedad en que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada carece de constitución.*” Como consecuencia no todas las sociedades tienen constitución en la medida en que no alcanzan la consistente institucionalización política y procesos de secularización que han moldeado al Estado moderno, y por lo mismo, aquellas sociedades en las cuales los requisitos formales del artículo 16° de la declaración francesa no se cumplan, no son constitucionales, no todo Estado

---

<sup>53</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Una teoría del garantismo penal*, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Ed. Trotta, Madrid, 2004, p. 24.

es pues Estado Constitucional o mejor dicho no todo Estado es estado de derecho porque se requiere de requisitos para serlo. El Artículo 16 de la declaración francesa establece dos de ellos: Uno la garantía de los derechos fundamentales del hombre y la separación o división de poderes y los Artículos 3 y 6 de la Declaración citada sostiene la absoluta primacía de la ley considerada como: “expresión de la voluntad general porque el principio de toda soberanía se finca en la nación.”<sup>54</sup>

Indudablemente la influencia de la escuela racionalista clásica del derecho natural fue un antecedente especial para entronizar el concepto occidental el imperio de la ley esto se refleja de manera ineludible en medio del tumulto ocasionado por la revolución francesa con una gran influencia del pensamiento iusnaturalista y la posición racionalista de las centurias XVII y XVIII sin embargo después avendría el positivismo liberal del siglo XIX, resumidos donde la dignidad y racionalidad del derecho natural del XVII –XVIII acaban por convertirse en atributos del Derecho positivo, la gama de los filósofos iusnaturalistas e ideólogos va desde Hugo Grocio, John Locke, Pufendorf, Rousseau o Kant que son quienes aportan sus especiales variantes de dicha evolución que parte desde el ius naturalismo racionalista al imperio de la ley positiva propia del Estado de Derecho.

El liberalismo, contiene en sus postulados principales la ascensión del individualismo y se identifica por el advenimiento de una sociedad burguesa-capitalista, impulsa el respeto a la legalidad sin exclusiones, ya que no excusa

---

<sup>54</sup> Artículo 16° Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Apéndice en JELLINEK, Georg, La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 2°, Trad. Adolfo Posada, Instituto de Investigaciones Jurídicas- Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, p. 199.

a los gobernantes de sus errores. El estado liberal de derecho sostiene el imperativo por antonomasia de que la ley es la condición principal de la soberanía de toda nación y no la voluntad o la decisión de un dictador o monarca absolutista, la batalla que se lleva a cabo por los ideólogos del estado liberal de derecho, por luchar por las libertades del hombre son indudablemente el mejor legado que nos deja el estado de derecho, no obstante dice Lucas Verdú, que: “El Estado de Derecho es el Estado Nacional que ha surgido tras lenta evolución rebasando las cuatro especies anteriores: Estado Patriarcal, Patrimonial, Teocrático y Despótico” .

El liberalismo político y económico representados por el Estado liberal de derecho tienen otra característica vinculatoria y que es la propiedad, así encontramos en el Artículo 17, la consideración de la propiedad como: “un derecho, inviolable y sagrado”.<sup>55</sup> La propiedad privada es otra de las características identificables del Estado liberal de derecho, e indelible de él hasta la fecha, la propiedad privada para los ideólogos del estado liberal de derecho es esencial para el libre desarrollo humano y no puede ser coartada por derecho alguno, salvo las limitaciones que imponga el estado y en el estado liberal de derecho el estado se encuentra en un nivel muy mínimo.

Esta distinción que se da mediante la propiedad es lo que ocasiona que empiece la colisión de las distintas ideologías políticas trasladadas al derecho, la propiedad es así la manzana de la discordia, ya que la propiedad es finalmente un medio de producción y el estado liberal de derecho privatiza los medios de producción a diferencia del socialista donde se socializan. Con ello tenemos

---

<sup>55</sup> Artículo 17° Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, apéndice disponible en JELLINEK, Georg, *op. cit.*, p. 199.

una gran transición que se da con la Revolución Francesa pues inicia no solamente la instauración de de nuevos regímenes políticos sino de nuevos regímenes sociales o de clase, decimos pues que los liberales, admiten y ocasionan el tránsito de una sociedad estamental a una sociedad clasista.

Que parte de un punto de vista institucional jurídico con el que se generaliza la formula de lo que posteriormente se llamaría estado de derecho, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano decía en su Artículo 16 que: la sociedad es que los derechos del hombre no está asegurada, ni la separación de poderes determinada carece de constitución. No toda sociedad tiene en rigor constitución y no podrán ser sistemas constitucionales de manera que no todo Estado es en consecuencia Estado Constitucional o mejor dicho, no todo estado es estado de derecho, pues para que sea se necesita de algunos requisitos. Dos requisitos son los que establece el Artículo 16 de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano: Garantía de los derechos fundamental del hombre y la separación y división de poderes.<sup>56</sup>

Los Artículos 3 y 6 de la citada Declaración, prescriben la absoluta primacía de la ley, “que es expresión de la voluntad general por cuanto que el principio de toda soberanía reside básicamente en la nación”. Se trata en todo caso del imperio de la ley positiva en tanto que fundamento de toda la construcción considerada sencillamente como normas que sanciona y publica el congreso situadas sobre los demás actos estatales esto es administrativas, judiciales y legislativas con rango inferior que deben subordinarse a aquellas.

---

<sup>56</sup> Apéndice, disponible en JELLINEK, Georg, *op. cit.*, p. 199.

La escuela racionalista clásica del derecho natural ha tenido como antecedente especial y directo la doctrina del imperio de la ley lo que se da con la revolución francesa que cuando del ius naturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII se llega al positivismo liberal del siglo XIX y es así como la dignidad y racionalidad del derecho natural del XVII-XVIII, vienen a convertirse en el siglo XIX en atributos del derecho positivo. Influyen en ello filósofos como Grocio, Locke, Puffendorf, Rousseau y Kant, es cierto que con algunos cambios pero siempre determinantes para ese desarrollo que parte del ius naturalismo racionalista que es propia del estado de derecho.

En este orden de ideas se puede afirmar, que no obstante las vicisitudes del liberalismo(sobre todo el individualismo y su defensa y apoyo a la sociedad burguesa capitalista) es reconocido como símbolo del espíritu moderno de frente a los absolutismos de todo tipo, es sin duda conquista histórica, son importantes su impulso al respeto la legalidad por gobernados y gobernantes, sostener que la ley es un producto de la soberanía de toda la nación y no decisión personal de un dictador o monarca absoluto, su defensa por los derechos y libertades del hombre son importantes aportes tomados en el concepto de estado de derecho.

Con todo y eso, las deficiencias del liberalismo las recoge la Declaración de 1789 que expresión ideológica del triunfo de la burguesía máxime cuando se apunta que la propiedad es un derecho inviolable y sagrado, según el Artículo 17, tal Declaración desde el contexto capitalista faculta al poco respeto por los derechos y libertades de las personas no poseedores de propiedades, mas bien, los proletarios y para mayor abundamiento parece como si la ley

fuera la expresión de la soberanía nacional (la nación como un todo) fue de la soberanía popular (soberanía perteneciente a todos los ciudadanos sin distinción).

Posteriormente, los ciudadanos se separaron en dos clasificaciones: activos y pasivos, misma que se basaba de acuerdo a su base impositiva que será la propiedad privada y solamente los ciudadanos activos serán parte del cuerpo electoral.

Algunos de los defectos o excesos del liberalismo no tienen remedio y son más graves con las propuestas que hace la filosofía de la reacción o contra revolución y es más creíble que aquellas falencias se superen en forma más acertada por la vía de la ampliación que lleva “a la democracia y como consecuencia al socialismo.”

Desafortunadamente el Estado Liberal de Derecho ha generado excesos que se han buscado corregir de manera parcial por la fórmula inclusiva del Estado Social de Derecho parece que se mejora, es decir corrección coherente y superación en el Estado Democrático de Derecho.

Dados los antecedentes se continúa empleando el esquema institucional del Estado de Derecho por considerársele todavía como conquista histórica válida, esquema que si bien surge con el liberalismo no se agota en él. Especialmente su firme posición contra los absolutismos su defensa de los derechos humanos.

Debe de tenerse en cuenta que no todos los contenidos del esquema del liberalismo tienen grado de permanentes en la historia pues su visión de la

libertad está agotada es el caso de su criterio de la libertad económica y a la vez su abstencionismo estatal.

Además, empelar la fórmula del estado de derecho relacionados con distintos contextos socioeconómicos e ideológicos (no los que corresponden al liberalismo clásico), hace imperiosa una aclaración de lo que se entiende por estado de derecho, porque se ha sostenido que: “no todo Estado por el hecho de ser tal, es ya necesariamente un Estado de Derecho, por lo que es necesario con mucha precisión definir las características fundamentales que deben corresponder a todo Estado de Derecho, para no incurrir en la desfiguración oscura del concepto”

El Estado de derecho como noción “representó, en sus prístinas manifestaciones en la experiencia histórica y doctrinal germana, la búsqueda de un ideal institucional o de una realidad espiritual, dirigida a proteger al ciudadano con su libertad, sus valores, así como sus derechos innatos y adquiridos frente al peligro de eventuales abusos por parte de los detentadores del poder político.”<sup>57</sup> Es el *Rechtsstaat*, la construcción germana del estado de derecho, como se le conoce a esta expresión “de origen inequívocamente germano, fue acuñada por Carl Th. Welcker en su obra *Die letzten Grunde von Recht, Staat and Strafe* que data de 1813.”<sup>58</sup>

La contraposición con la idea del estado absoluto, es un punto de partida sustancial para entender el moderno estado de derecho, pero no únicamente para dar cuenta de sus orígenes, sino que en un estado de derecho son más

---

<sup>57</sup> PÉREZ Luño, Antonio, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 213.

<sup>58</sup> *Ibidem.*, p. 219.

complejas las fórmulas de legitimación, esto es lo que puede entenderse de lo que dice Ferrajoli:

*En un estado absoluto en el que quod principi placuit no sólo tiene vigencia sino también validez, el derecho positivo no está en condiciones de dar respuesta alguna que no sea meramente formal cuando y «como» lo quiera el soberano- a los problemas de la legitimación. Fuera de ello, remite a criterios que son íntegramente de justificación externa o de justicia sustancial. En un estado de derecho, por el contrario, el derecho penal hace explícitas él mismo sus condiciones sustanciales de justificación, suministrando muchas respuestas desde dentro -por lo general mediante normas constitucionales- a las preguntas acerca del «cuándo» y el «cómo» de las prohibiciones, las penas y los juicios. Dependiendo del número y del carácter más o menos complejo y vinculante de estas respuestas, un sistema penal será más o menos garantista, más o menos limitado, más o menos justificado, más o menos «de derecho».<sup>59</sup>*

Invariablemente la particularidad más notable del estado de derecho es que éste “impone cauces normativos,”<sup>60</sup> indudablemente se ha caracterizado siempre por solicitar “garantías formales,”<sup>61</sup> el estado de derecho es un principio, que puede decirse es de matriz netamente occidental, supuso la transición de un estado previo, el modelo de estado absoluto, que en palabras de Pérez Luño: “El Estado absoluto cuya ideología quedaba perfectamente

---

<sup>59</sup> FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 362.

<sup>60</sup> PÉREZ Luño, *op. cit.*, p. 205.

<sup>61</sup> *Ídem.*

resumida en la famosa frase de Luis XIV “L’ Etat c’est moi” fue sustituido por el Estado de Derecho, que supuso una delimitación y reglamentación de las funciones del poder y la adopción de formas representativas; todo ello directamente orientado hacia la defensa de los derechos de los ciudadanos.”<sup>62</sup>

Una esquematización muy puntual con respecto de las “exigencias básicas e indispensables, a todo auténtico Estado de Derecho,”<sup>63</sup> se concretan de la manera siguiente:

- a) Imperio de la ley: como expresión de la voluntad general
- b) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial
- c) Legalidad de la Administración: actuación según la ley y suficiente control judicial
- d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico- formal y efectiva realización material.<sup>64</sup>

Para Elías Días, la primera exigencia, la del imperio de la ley, “[...] constituye la nota primaria y fundamental del Estado de Derecho (Rule of Law). En el contexto ideológico-político en que tiene sentido y aplicabilidad la noción del Estado de Derecho, es decir en el contexto que arranca del liberalismo y culmina en la democracia y el socialismo.”<sup>65</sup>

Interpretando la siguiente cita de Ferrajoli, podríamos suponer que el estado de derecho supone un salto cuantitativo, de la historia jurídica y social de Occidente: “La novedad histórica del estado de derecho respecto a los

---

<sup>62</sup> PÉREZ Luño, *op., cit.*, p. 213.

<sup>63</sup> Días Elías, *op cit.*, p. 31.

<sup>64</sup> *Ídem.*

<sup>65</sup> *Ibidem.*, pp. 31-32.

demás ordenamientos del pasado reside en haber incorporado, transformándolas en normas de legitimación interna por lo general de rango constitucional, gran parte de las fuentes de justificación externa relativas al «cuándo» y al «cómo» del ejercicio de los poderes públicos.”<sup>66</sup> Dentro de esa novedad predeterminada por el Estado de derecho, se da por procesos de legitimación interna y externa que caracterizan obviamente al estado de derecho, es decir la separación entre derecho y moral, o también entre justicia y validez.<sup>67</sup>

Es por ello que para comprender bien el estado de derecho, es urgente saber definir claramente en qué consisten las normas jurídicas, por lo tanto la teoría general del derecho es conceptualmente consustancial: “Las normas vigentes en un estado de derecho pueden ser en definitiva, además de eficaces o ineficaces, también válidas o inválidas, es decir, jurídicamente legítimas en el plano formal pero no en el sustancial.”<sup>68</sup>

El estado de derecho integra una compleja estructura jurídica, tan compleja que llega hasta la necesidad de saber:

*[...] distinguir entre mera legalidad y estricta legalidad, poniendo en relación la primera de ellas con la legitimación jurídica formal subsiguiente a la vigencia de las normas producidas, y la segunda con la legitimación jurídica sustancial que deriva de los vínculos que condicionan la validez de las normas vigentes a la tutela del resto de los derechos fundamentales incorporados también a las constituciones: no a*

---

<sup>66</sup> FERRAJOLI, Luigi *op cit.*, p. 354.

<sup>67</sup> FERRAJOLI, Luigi, *op., cit.*, p. 354.

<sup>68</sup> FERRAJOLI, Luigi, *op, cit.*, p. 359.

*la garantía de la libertad, que en materia penal supone la taxatividad y por tanto la verificabilidad y refutabilidad empíricas de las hipótesis de delito, sino a las garantías de otros bienes o derechos fundamentales, ya sean de libertad o sociales, que pueden no tener nada que ver con el principio de taxatividad. En efecto, en el estado de derecho tiene un valor teórico general el principio de sujeción no sólo formal sino también sustancial de la ley (ordinaria) a la ley (constitucional), del que resulta la diferente estructura lógica de las implicaciones mediante las cuales hemos formulado el principio de mera y el de estricta legalidad.<sup>69</sup>*

En efecto, en el estado de derecho tiene un valor teórico general el principio de sujeción no sólo formal sino también sustancial de la ley (ordinaria) a la ley (constitucional), del que resulta la diferente estructura lógica de las implicaciones mediante las cuales hemos formulado el principio de mera y el de estricta legalidad. Esta sujeción sustancial se concreta en las diferentes técnicas garantistas a través de las cuales el legislador y el resto de los poderes públicos son puestos al servicio, mediante prohibiciones u obligaciones impuestas bajo pena de invalidez, de la tutela o satisfacción de los diferentes derechos de la persona.<sup>70</sup>

Como ya se señaló en la conceptualización de las exigencias relativas a la idea del Estado de Derecho, una de estas y que constituye además de ser su mutua exigencia, una de las causas que originaron el advenimiento de esta idea, son los derechos fundamentales que en un inicio eran definidos únicamente como derechos humanos, estos derechos, se encuentran regidos

---

<sup>69</sup> FERRAJOLI, Luigi, *op, cit.*, p. 381.

<sup>70</sup> FERRAJOLI, *op, cit.*, p. 381.

por dos principios-valores que corresponden al pensamiento humanista, la libertad y la igualdad:

*Todos los derechos del hombre se sitúan en dos grandes horizontes de la vida colectiva, ambos bastante exigentes y no fácilmente dispuestos a ceder para dejarse sitio. Horizontes, hay que añadir, que han de tenerse en cuenta para comprender las declaraciones constitucionales de derechos, pues, en verdad, si existe un sector del derecho constitucional donde el análisis exclusivamente iuspositivista resulta estéril ese es, precisamente, el de los derechos.<sup>71</sup>*

No es profuso saber que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, fue otro salto evolutivo en materia de estado de derecho, puedo ver así que el concepto estado de derecho, derechos fundamentales, declaraciones, en especial la de 1789 están íntimamente interrelacionados, en este tenor Pérez Luño opina:

*Ahora bien si es innegable la dependencia histórica del Estado de Derecho de las declaraciones de derechos humanos, no es menos cierto que éstas no pueden alcanzar su formulación positiva al margen del ordenamiento jurídico del Estado. Si bien los derechos fundamentales encarnan, a su vez, los principios inspiradores de toda la política estatal. Por lo que cumplen una misión de fundamento y límite de todas las normas que organizan el funcionamiento de los poderes públicos, y, en suma, de todas*

---

<sup>71</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trad. Marina Gascón, Ed. Trotta, Madrid, 1997, p. 76.

*las experiencias concretas de juridicidad surgidas en el seno del ordenamiento en que se formulan.*<sup>72</sup>

Ferrajoli, también coincide en esto, los derechos fundamentales, son la columna que sustenta al Estado de derecho: “[...] la construcción de las paredes maestras del estado de derecho que tienen por fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas de ejercicio arbitrario del poder, particularmente odioso en el derecho penal.”<sup>73</sup>

Pero no solamente los valores de libertad e igualdad son interdependientes, existe otro valor que ha afectado de manera particular la forma en cómo el derecho se ha implementado en las sociedades, en ese tenor Ferrajoli también considera que:

*[...] el nexa entre la legalidad y libertad -que es uno de los elementos fundantes de la estructura del estado de derecho fue expresamente sancionado por el artículo 5 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y recuperado después por el artículo 7 de la Constitución francesa de 1795: Todo lo que no es prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ésta no ordena.*<sup>74</sup>

Por lo tanto el estado de derecho moderno, no ha tenido otra alternativa, más que tener en su esencia, la finalidad de proteger y garantizar mediante normas jurídicas, los derechos fundamentales: “El fundamento político o externo del moderno estado de derecho está en efecto en su función de

---

<sup>72</sup> PÉREZ Luño, Antonio, *op. cit.*, p. 213.

<sup>73</sup> FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 13.

<sup>74</sup> *Ibidem.*, p. 72.

garantía de los derechos fundamentales mediante la sanción de la anulabilidad de los actos inválidos: de las leyes, por violación de las normas constitucionales; de los actos administrativos y decisiones judiciales, por violación de las leyes constitucionalmente válidas.”<sup>75</sup>

Solo, que no podemos cuadrificar el estado de derecho, tengo que advertir desde esta postura, que el estado de derecho contiene en si diferentes influencias que determinan la forma en cómo el estado de derecho se desenvuelve, por una parte está una tendencia, postura, escuela jurídica que llevó al estado de derecho hasta sus últimas consecuencias, en los dos aspectos más importantes que son la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, la otra tendencia el iusnaturalismo, por eso es que el estado de derecho es muy complejo, no basta con saber que se identifica por la preeminencia de normas jurídicas frente a lo político, sino por el “método” en que estas normas son argumentadas, interpretadas y aplicadas, por su “legitimación.”

El estado de derecho corresponde por lo tanto a una estructura más compleja, para ello, tenemos que tomar como base esa estructura normativa, como se producen las normas, como se argumentan, como se interpretan, como se aplican:

*[...] el estado de derecho se caracteriza precisamente por esta posible divergencia, consecuencia de la complejidad estructural de sus normas acerca de la producción normativa. En él, por consiguiente, una norma existe, está vigente o pertenece al derecho positivo no sólo si es válida e*

---

<sup>75</sup> *Ibidem.*, p. 356.

*ineficaz, es decir, no aplicada, sino también si es inválida y eficaz, al menos hasta que se declare su invalidez. El concepto de «vigencia» tiene en suma un significado extensional más amplio que el de «validez» y que el de «eficacia», y es predicable con independencia del uno y del otro, aunque quizá no con independencia de los dos a la vez. Por decirlo mejor, no corresponde siquiera, como la validez y la eficacia, a una categoría de calificación teórica, sino que es más bien una categoría meta-teórica de la semántica de la teoría del derecho que designa la existencia de lo que es denotado por «norma jurídica», es decir, la referencia empírica de la noción teórica de «norma».<sup>76</sup>*

Actualmente, el estado de derecho se encuentra en medio de una particular transformación, en su momento, se pensaba que el estado social de derecho podría haber sido la manifestación más importante, hoy se habla de estado constitucional de derecho, pero sigue aún vigente, como la realidad lo comprueba, el estado liberal de derecho, que si bien, se caracteriza por tener entre sus fundamentos los derechos individuales, también entran allí las fundamentaciones para los mercados o los poderes *salvajes*:<sup>77</sup>

*[...] modelo ideal del estado de derecho, entendido no sólo como estado liberal protector de los derechos de libertad, sino como estado social, llamado a proteger también los derechos sociales; en segundo*

---

<sup>76</sup> FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 360.

<sup>77</sup> Ver FERRAJOLI, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, 2011: Para Ferrajoli los poderes salvajes son: "...en fin como escribió Montesquieu, es un dato de experiencia eterna que los poderes, libres de límites y controles tienden a concentrarse y a acumularse en formas absolutas: a convertirse, a falta de reglas, en poderes salvajes. De aquí la necesidad no solo de defender sino también de repensar y refundar el sistema de las garantías constitucionales. En efecto, pues – es mi tesis- únicamente el reforzamiento de la democracia constitucional, a través de la introducción de nuevas garantías específicas de los derechos políticos y de la democracia representativa, permitirá salvaguardar y refundar una y otra," p. 24.

*lugar, presentándolo como una teoría del derecho que propone un iuspositivismo crítico contrapuesto al iuspositivismo dogmático; y, por último, interpretándolo como una filosofía política que funda el estado sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos y que precisamente del reconocimiento y de la efectiva protección (no basta el reconocimiento) de estos derechos extrae su legitimidad y también la capacidad de renovarse sin recurrir a la violencia subversiva.*<sup>78</sup>

Existen sectores, del mundo jurídico, que no consiguen distinguir dada la cultura de la legalidad extremista, que el estado de derecho es completamente derecho positivo, pero también invoca principios y valores, el estado de derecho es un producto social y como tal implica un fenómeno del cultura, de tal manera que el estado de derecho no se caracteriza únicamente por los procedimientos formales para producir, interpretar y aplicar las normas jurídicas, si bien la positivación del derecho es el fenómeno jurídico más importante y trascendente, los nuevos canales de argumentación y de interpretación jurídica en base a principios y valores, proponen una realidad, la de un derecho de textura abierta, inclusivo, extensivo y con un contenido amplio; sin embargo, debido a razones de cultura jurídica o formativa, en las escuelas de derecho sigue imperando la identificación del estado de derecho con positivismo jurídico, o todo lo que la corriente positivista implique, Ferrajoli esclarece esta laguna que tanto entorpece las actividades de los operadores jurídicos y del propio estado:

---

<sup>78</sup> FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 16.

*El resultado de este proceso de positivación del derecho natural ha sido una aproximación entre legitimación interna o deber ser jurídico y legitimación externa o deber ser extrajurídico, es decir, una juridificación de éste mediante la interiorización en el derecho positivo de muchos de los viejos criterios y valores sustanciales de legitimación externa que habían sido expresados por las doctrinas ilustradas del derecho natural.*

*Si hubiera que valorar los ordenamientos jurídicos de los estados modernos por los principios generales enunciados en sus constituciones, serían bien pocas las críticas que cabría formular contra ellos desde un punto de vista externo, es decir, desde el punto de vista ético-político o de la justicia. De la Declaración de derechos de 1789 en adelante, todos los textos constitucionales –de la Constitución italiana a las del resto de los países europeos, de la de los Estados Unidos a las de la Unión Soviética y el resto de los países socialistas, y hasta las Constituciones de los países del tercer mundo- han incorporado de hecho gran parte de los principios de justicia tradicionalmente expresados por las doctrinas del derecho natural.<sup>79</sup>*

Peter Häberle, uno de los máximos exponentes del Estado social, avista esta nueva transición, del estado de derecho hacia el modelo de estado constitucional, que no anula el primero, objeto de mi investigación, la constitución es un concepto que tiene sus propios contenidos y antecedentes como elemento particular, pero es sobre todo norma, y norma jurídica de

---

<sup>79</sup> FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 356.

derecho positivo, la constitución es derecho incluso en sentido estricto, sin embargo el nuevo modelo de estado de derecho constitucional, que resume la idea germana del *Rechtsstaat* y el *Rule of Law* anglosajón, ambas ideas condensadas en el constitucionalismo moderno que no deja de lado el estado de derecho, sino que lo concreta hacia otras fuentes jurídicas, formantes, es decir hacia la justicia jurídica:

*La Constitución escrita constituye un óptimo regulador variable.*

*La lista de temas del Estado constitucional está abierta. Ciertamente, en dicho Estado deben satisfacer un “mínimo” tanto los textos constitucionales como los temas que deben tratarse en ellos en una cierta época, del mismo modo como debe existir un inventario básico de las tareas necesarias del Estado. Así como hablamos de un “ bloc des idées incontestables.” siguiendo a M. Hauriou, podemos también partir de un “ bloc des textes incontestables” , entre los que se encuentran textos clásicos, como el de Montesquieu sobre la división de poderes, que corresponden a cada ejemplo del “ tipo Estado constitucional” , pero también el principio del Estado de derecho. Este principio ha hecho carrera en todo el mundo, en parte en los textos constitucionales, en parte como tema, incluso en las nuevas Constituciones de Europa oriental y en África del Sur, en conexión o en correspondencia con el “rule of law” angloamericano.<sup>80</sup>*

El estado de derecho es más complejo de lo que el común denominador, hablando de profesionales jurídicos suele pensar, algunos creyeron ver en

---

<sup>80</sup>HÄBERLE, Peter, *El estado constitucional*, Trad. Héctor Fix-Fierro, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, p. 5.

expresiones como el estado social y el estado constitucional, un alarde de superación del concepto de estado de derecho, muy perjudicado y deslegitimado, por conductas de profesionales jurídicos, consecuencias de la enseñanza del derecho y de la aplicación del derecho, que han generado que el derecho no siempre funcione como una herramienta para enfrentar las injusticias, sino que aun las justifica, es por ello que se fueron dando las transformaciones, las propias ideas de Constitución, constitucionalismo de los derechos, defensa de la constitución, garantismo, neoconstitucionalismo, tratados internacionales, internacionalización de los derechos humanos, control constitucional, no son sino frutos de la modernización a la que el complejo estado de derecho se ha tenido que adaptar, el estado de derecho es la columna vertebral de esas transformaciones:

*Así, tras la fachada del estado de derecho, se ha desarrollado un infraestado clandestino, con sus propios códigos y sus propios impuestos, organizado en centros de poder ocultos y a menudo en connivencia con los poderes mafiosos, y, por consiguiente, en contradicción con todos los principios de la democracia: desde el de legalidad al de publicidad y transparencia, del de representatividad a los de responsabilidad política y control popular del funcionamiento del poder.<sup>81</sup>*

---

<sup>81</sup> FERRAJOLI, Luigi, *op cit.*, p. 9

## Capítulo II La seguridad en relación con el estado de derecho y el control social

### 1. La función de seguridad estatal

Mi tesis que lleva por título “*El control social en el estado de derecho: un enfoque criminológico,*” pretende estudiar los distintos elementos que operan al interior del estado de derecho generando un sistema que es el Estado de Derecho regido a su vez por subsistemas entre los cuales se encuentra la seguridad. La seguridad es un concepto que como veremos es sumamente amplio y engloba una gran cantidad de obligaciones estatales, obligaciones que este tiene de satisfacer a la ciudadanía en general necesidades de naturaleza colectiva que inciden en el bienestar. No las enumero aquí porque eso será lo que estudiaremos posteriormente, solo puedo adelantar que la seguridad implica, por supuesto un control social, control que solo se explica a la luz de los orígenes del estado de derecho:

*No obstante, la concepción del Estado obligado a garantizar los derechos de las personas, fue el resultado de esa visión del hombre libre, con capacidad de contratar. En esa relación, el Estado tenía que regir se por normas humanas de derecho, ya no religiosas, de manera que los de tentadores del poder político, sólo podrían hacerlo que jurídicamente estaba previsto en la ley promulgada. Entre sus obligaciones se estableció, por primera vez, el respeto a los llamados*

*derechos ciudadanos y de las garantías fundamentales de las personas, que identificaban el nuevo poder contractual.*<sup>82</sup>

El objeto metodológico del presente capítulo es estudiar a la seguridad como sector integrante del Estado de Derecho. La seguridad es para el Estado una función y una obligación<sup>83</sup>, para el ciudadano es un derecho. Así la seguridad conforma un concepto amplio que abarca tres sectores: El primero la seguridad jurídica siempre muy ligado al Estado de Derecho, el segundo la seguridad nacional e interior y el tercero la seguridad pública.

Los tres sectores integran de manera amplia el esquema de la seguridad estatal, son correlativos y guardan entre sí relaciones de codependencia e interdependencia. Aunque cada una ofrece una especialidad interesante, la comprensión de la seguridad no puede darse sin un concreto estudio de los sectores que integran el sistema de seguridad.

En el presente trabajo que tiene por objeto conformar mi segundo capítulo de tesis y que tiene por título “*La seguridad en relación con el estado de derecho y el control social,*” será un análisis de los tres sectores mencionados pero que vincularé a un caso comparado. Mi objetivo metodológico se encuentra concretamente delimitado.

---

<sup>82</sup> SÁNCHEZ Sandoval, Augusto, *Sistemas ideológicos y control social*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2008, p. 137.

<sup>83</sup> RINNESSI, Antonio Juan, *El deber de la seguridad*, Zal-Culzoni, 2007. La obligación de seguridad viene a encontrarse un sujeto determinado que debe un comportamiento valorable económicamente a favor de otro sujeto. Se caracteriza a demás por la patrimonialidad de la prestación, de la presencia de dos o más sujetos, y a la existencia de un interés del acreedor a la prestación. Nace como consecuencia de la ampliación del ámbito del contrato por el fenómeno que se denomina inflación obligatoria.

Según ciertos indicadores principalmente los del PNUD de las Naciones Unidas,<sup>84</sup> pero también otro importante como lo es el Índice de Desarrollo Democrático en América Latina por la Fundación Konrad Adenauer, en cual se advierte que: “Entre las grandes amenazas a la democracia latinoamericana se encuentran la inseguridad y el narcotráfico.”<sup>85</sup> Una de las debilidades que encuentra el informe y que nos restan puntos en la calificación por el desarrollo democrático es efectivamente la inseguridad, el informe sin embargo, destaca que países en proceso de pujanza como Brasil no están muy distantes del clima de inseguridad que embarga a la región: “Brasil y México, los dos países más grandes, junto a otros más pequeños de la región, no logran superar un fuerte clima de violencia e inseguridad, ante el alto número de víctimas. Esta situación afecta derechos y libertades fundamentales, e incluso impacta –por acción u omisión– en el sistema político institucional.”<sup>86</sup>

## **2. Las dimensiones de la seguridad como fin esencial del estado de derecho**

La seguridad es un fin esencial del Estado, éste debe su legitimidad a la obligación inherente de proporcionarla a la ciudadanía. Recientemente se ha retomado la idea de la seguridad pero acordes a los tiempos actuales que

---

<sup>84</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD, Informe Regional de Desarrollo Humano, 2013-2014, Seguridad ciudadana con rostro humano. Diagnóstico y propuestas para América Latina, Centro Regional de Servicios para América Latina y el Caribe, Dirección Regional para América Latina y el Caribe, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Nueva York, 2013, p. 265. Según el Informe del PNUD: “La presencia de instituciones fuertes debe ir acompañada de una política de seguridad ciudadana que coloque al centro la integridad física y material de las personas, así como el respeto a sus derechos humanos. Así, el informe subraya que el éxito de una política de seguridad debe medirse no solamente por su impacto en la reducción de los niveles de delito y violencia, sino por su capacidad de garantizar los derechos y libertades de todos los ciudadanos y fortalecer los procesos de inclusión social. En este sentido, tanto el desarrollo humano como el apego a los derechos humanos deben ser entendidos como un medio y como un fin de las políticas de seguridad ciudadana,” p. 111.

<sup>85</sup> Índice de Desarrollo Democrático en América Latina por la Fundación Konrad Adenauer, p. 6.

<sup>86</sup> Índice de Desarrollo Democrático en América Latina por la Fundación Konrad Adenauer, p.10-11.

vivimos donde los derechos humanos conforman un eje conductor. Es así que el artículo tercero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra el derecho de todo individuo a la seguridad, pero ¿entonces que entendemos por seguridad?

*La seguridad supone, entre otras cosas, que hay una serie de normas positivas, perfectamente cognoscibles, que señalan con exactitud las consecuencias de un acto jurídico y le aplican una sanción en caso de incumplimiento; que delimitan con claridad la situación jurídica de los diversos miembros de la comunidad tanto gobernantes como gobernados y reducen el margen de la arbitrariedad administrativa y judicial; y que dan cauce sereno y estable al desenvolvimiento a veces demasiado espontáneo e impetuoso de la vida social y política. El Estado mismo, en cuanto autoridad y poder coactivo, está sometido a las normas jurídicas.<sup>87</sup>*

Para que la seguridad se sistematice en la actuación estatal requiere de un esquema legislativo previo. Dado que en el primer capítulo de mi tesis ya discutí los diferentes medios de control social que posee todo *Estado de Derecho* ahora me corresponde enfocarme a mi tema principal: la seguridad. Pero definirla será laborioso ya que la seguridad en los Estados actuales de sociedades complejas requiere sistematizarse, requiere, un marco de legalidad que regule las facultades y prerrogativas que el Estado tiene a través de sus órganos competentes en materia de seguridad, y la seguridad tiene, por cierto distintos ángulos:

---

<sup>87</sup> GONZÁLEZ Uribe, Héctor, *Teoría política*, Porrúa, 2ª. ed., México, 1977, págs. 201-204.

Se desarrolló un nuevo discurso en torno al modelo de seguridad. Para la última década del siglo XX el punto principal en materia de seguridad era el fomento de la cooperación interamericana en materia de información, este nuevo sentido de seguridad se ajustaba a las recientes transformaciones, en particular a la idea de democratización y libre comercio.<sup>88</sup>

Ese marco legal hoy en día también se ha complicado, ya que además se necesita un marco constitucional. Incluyendo además los tratados internacionales, vale la pena voltear hacia la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos aprobada en este año, que establece la obligatoriedad de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Y como ya dijimos la seguridad es considerada y con razón un derecho humano o fundamental. No obstante, esta reforma fue aprobada a la par de la Ley de Seguridad Nacional. Decimos a la par por la proximidad de las fechas pues acaecieron en el mismo año.

Existen varias “acepciones” de la noción de seguridad, finalmente ésta se revela como un concepto laxo por lo que es ante todo un subsistema del control social, por un lado tenemos la acepción relativa a la *seguridad jurídica*, posteriormente, la noción de *seguridades nacionales e interior* y la tercera: *seguridad pública*, estudiaré a estos tres sectores que la integran como conjunto pues el objeto metodológico de estudio del presente capítulo es estudiarla como subsistema dependiente del control social en el estado de derecho, por lo tanto a la:

---

<sup>88</sup> CARROJAL Martínez, José Enrique, *La seguridad dentro del estado de garantía*, Bogotá: ILSA 2008.

*Seguridad se agregan explícita o implícitamente adjetivos como “nacional, pública, ciudadana”, dándosele una connotación colectiva y no personal de la seguridad. Es decir no se trata propiamente de la seguridad de los derechos individuales, cualquiera sea su posición en el contexto social, sino de seguridad de la nación, de la comunidad estatal o de la ciudad.<sup>89</sup>*

Ha surgido en años recientes un concepto denominado “sociedades de riesgo” acuñado por Ulrich Beck, donde expone su tesis de la “sociedad (industrial) del riesgo, se pudiera oponer que tiene de relación riesgo, cuando Beck lo une al adjetivo industrial y habla del mundo material y de la naturaleza, con los problemas tradicionales que nosotros entendemos de seguridad, generalmente los enfocamos desde el ángulo de la criminalidad, pues allí es donde está la clave a la seguridad le conciernen problemas que están concatenados entre sí que dependiendo de la gravedad que tengan y de su ámbito espacial de influencia pueden pasar de ser meros problemas de seguridad pública a problemas de seguridad nacional, o en determinados momentos convertirse en problemas que dejan a las personas en incertidumbre jurídica, por lo tanto Ulrich Beck nos es útil para entender la importancia que tiene replantear el problema de la seguridad:

*A medida que aumenta la sensibilidad pública ante los riesgos, surge una necesidad política de investigación tranquilizante. Hay que asegurar científicamente la función permanente de legitimación de la política. Pero en aquellos aspectos en que los riesgos son reconocidos socialmente*

---

<sup>89</sup> SÁNCHEZ Sandoval, Augusto, *Seguridad Pública y la teoría de los sistemas en la sociedad del riesgo*, Ed. Porrúa, México, 2007.

*(como la destrucción de bosques) y se reclama la ayuda responsable políticamente, quizá en el sentido de las promesas electorales, queda patente la impotencia autoimpuesta de la política.<sup>90</sup>*

De esta manera estamos en condiciones de entender el problema de seguridad no solo como un problema fundacional del Estado, que legitima que este ejerza el monopolio de la fuerza, sino que además es un problema que involucra la coordinación de los tres órganos del poder público a través de los órganos legislativos, quienes deben legislar normativas jurídicas con un meticuloso diseño institucional y legal; el ejecutivo como órgano del poder público es el órgano ejecutor de las leyes, es él, quien conforme al principio de separación de poderes le corresponde la dirección de la acción política en materia de seguridad, asimismo el poder judicial como órgano del poder público, en su función, es el máximo garante del orden constitucional en el ámbito de su respectivas facultades. Aclaro, no obstante que esta situación de la seguridad atañe a los tres esquemas de seguridad. En un estado de derecho democrático, donde la separación de poderes se encuentra bien establecida, el marco entre la función legislativa y la función ejecutiva en materia de seguridad en todas sus expresiones, se encuentra consensuado, delimitado a un marco constitucional y democrático, que tiene como fines y no como medios el respeto y la protección de los derechos humanos de sus ciudadanos.

La tesis anterior de Beck de la sociedad en riesgo, recuerda al informe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Humano, que habla de los riesgos a los que están expuestas las sociedades actuales y siguiendo con

---

<sup>90</sup> BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1998, p. 280.

el tema de los riesgos, creo que es útil advertir que “El factor riesgo como presupuesto habilitante de la seguridad supone una situación extraordinaria que justifica la intervención. Ahora bien esta situación en que pueden utilizarse medios extraordinarios no hay que confundirla con una situación excepcional sino que pueden producirse con habitualidad.”<sup>91</sup>

Quiero desarrollar aquí, la valoración que de seguridad han hecho las Naciones Unidas, en sus Informes sobre el desarrollo humano, en materia de seguridad los informes que destacan el tema son: 1994 Nuevas dimensiones de la seguridad humana y 2005 La cooperación internacional ante una encrucijada: ayuda al desarrollo, comercio y seguridad en un mundo desigual, en el Informe de desarrollo humano 2011, en el tema de la seguridad aportan:

*Para simular los riesgos ambientales, se utiliza el escenario de difícil situación medioambiental formulado por Hughes, Irfan y otros (2011). Los factores de desigualdad e inseguridad se modelan mediante el escenario de seguridad primero creado por el PNUMA (PNUMA 2007). Este escenario incluye: tensiones socioeconómicas y ambientales, inseguridad económica y personal, desigualdad considerable a nivel de hogares y mundial, elevados niveles de proteccionismo, obstáculos a la migración y más militarismo y conflictos.*<sup>92</sup>

Estos fenómenos sociales me llevan a adelantar que el tema de la seguridad en un Estado implica más que meros asuntos de conflictos armados y elevadas tasas de criminalidad, la seguridad como finalidad estatal y anhelo

---

<sup>91</sup> AGUADO I CUIDOLÁ, Vincenc, *Derecho de la seguridad pública y privada*, Aranzandi, Madrid, 2007, p. 49.

<sup>92</sup> PNUD Informe sobre desarrollo humano, p. 114.

ciudadano incluye diversas variables que divididas sistemáticamente en los tres sectores que integran mi trabajo, puedo afirmar constituyen uno de los puntos torales que califican de legítimo a un Estado: Satisfacer las necesidades de sus habitantes en el tema de la seguridad, y posteriormente resolver los problemas sucesivos que tienen que ver con el tema de la calidad de vida y por ende el desarrollo humano. Es así que la seguridad es definitivamente un indicador sustancial para calificar el nivel de desarrollo humano alcanzado por una sociedad, por lo tanto la merma en los niveles de seguridad nos da una idea de la inestabilidad y el riesgo social que hace peligrar a una sociedad.

En materia constitucional, para el caso de México, una de las reformas de más impacto en el nivel constitucional en materia de seguridad fue la relativa al artículo 21 constitucional el cual a la letra dice: “La investigación de los delitos corresponde al ministerio público y a las policías, las cuales actuaran bajo la conducción y mando de aquel en el ejercicio de esta función.”<sup>93</sup> Esta reforma constitucional data de junio de 2008. Además el marco legal en materia de seguridad se integra por la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, la Ley Federal de Seguridad Privada y la Ley de Seguridad Nacional. También entre otros instrumentos legales, también se encuentran la Ley de la Policía Federal, el Reglamento Interno de la Policía Federal.

## **2.1. Seguridad jurídica**

Componente del sistema de seguridad estatal, en México y en el mundo la seguridad jurídica se ubicó en el rubro de las garantías de seguridad jurídica. Uno de los juristas que más estudiaron el tema de las garantías de seguridad

---

<sup>93</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Art. 21.

jurídica teniendo un alto impacto en el mundo jurídico y en el sistema político en general fue Don Ignacio Burgoa Orihuela, quien al respecto escribió que las garantías de seguridad jurídica se refieren al: “conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado.”<sup>94</sup>

Otro de los especialistas en el tema Don Juventino V. Castro gran jurista mexicano, en su obra garantías y amparo, aborda las garantías de la seguridad jurídica divididas en dos órdenes: Garantías del orden jurídico y garantías de procedimientos. Definiéndolas de manera sucinta en palabras de propio Juventino V. Castro: “Las garantías del orden jurídico, comprenden a las diversas garantías de igualdad, de competencia, de justicia y de propiedad. Las garantías de procedimientos, se refieren a la irretroactividad, la legalidad, la exacta aplicación de la ley y a las garantías dentro de los procedimientos judiciales.”<sup>95</sup>

Una fuente jurídica importante para entender mejor la seguridad jurídica y que es sumamente importante y es la jurisprudencia, a tal efecto adjuntaremos unas tesis jurisprudenciales:

#### *GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA, QUÉ SE ENTIENDE POR.-*

*La garantía de seguridad jurídica prevista en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no debe entenderse en el sentido de que la ley ha de señalar de manera especial*

---

<sup>94</sup> BURGOA Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, Porrúa, 6ª. ed., México, 1970, p. 494.

<sup>95</sup> CASTRO V., Juventino, *Garantías y amparo*, Porrúa, México, 2002, p. 41.

*y precisa un procedimiento para regular cada una de las relaciones que se entablen entre las autoridades y los particulares, sino que debe contener los elementos mínimos para hacer valer el derecho del gobernado y para que, sobre este aspecto, la autoridad no incurra en arbitrariedades, lo que fácilmente explica que existen trámites o relaciones que por su simplicidad, sencillez o irrelevancia, no requieren de que la ley pormenore un procedimiento detallado para ejercitar el derecho correlativo. Lo anterior corrobora la ociosidad de que en todos los supuestos la ley deba detallar en extremo un procedimiento, cuando éste se encuentra definido de manera sencilla y suficiente para evidenciar la forma en que debe hacerse valer el derecho por el particular y las facultades y obligaciones que le corresponden a la autoridad.<sup>96</sup>*

La jurisprudencia anterior aborda el concepto de garantía de seguridad jurídica enfatizando en que la mencionada garantía contenida en nuestro artículo 16 constitucional, contiene los “elementos mínimos” para que el ciudadano pueda reclamar sus derechos, esta garantía delimita así las funciones de la autoridad y el derecho del gobernado-ciudadano por lo que es en sí misma una garantía. Es importantísimo subrayar que la seguridad jurídica no solo es una obligación de la autoridad judicial sino de todas las autoridades proporcionarla, esto porque el ciudadano padece desafortunadamente las arbitrariedades de la autoridad, por lo tanto el Derecho a la seguridad jurídica conlleva a garantías que mediante un juicio o procedimiento administrativo puedan ser respetados.

---

<sup>96</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, julio de 2002, página 449, Segunda Sala, tesis 2a. LXXV/2002.

*DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL ARTÍCULO 40 DE LA LEY DE LA MATERIA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA.-*

*El artículo 16, párrafo primero, de la Constitución Federal establece la garantía de seguridad jurídica, consistente en que todo acto de autoridad debe estar fundado y motivado, garantía que no contraviene el artículo 40 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, aun cuando no establece reglas concretas para que el Juez, en ejercicio de sus facultades, valore la imputación formulada por los diversos participantes en el hecho delictuoso investigado y demás personas involucradas en la averiguación previa, a fin de tener por comprobados "los elementos del tipo penal y la responsabilidad del inculpado", dado que la valoración de mérito no debe ser arbitraria o caprichosa, sino con prudencia, sensatez y buen juicio, es decir, el juzgador, en ejercicio de su arbitrio judicial, debe establecer si hay adecuación entre los hechos atribuidos a los inculcados y el ilícito que se les imputa. Además, el Juez debe motivar adecuadamente por qué la imputación respectiva es eficiente y suficiente para tener por probados "los elementos del tipo penal y la responsabilidad del inculpado", esto es, está obligado a exponer pormenorizadamente los razonamientos idóneos para justificar la determinación que al respecto pronuncie. En tales circunstancias, las disposiciones del numeral 40 no contravienen la garantía de seguridad jurídica contemplada en el párrafo primero del artículo 16 constitucional,*

*pues no facultan al juzgador a valorar arbitrariamente los elementos probatorios a que el propio precepto se refiere.*<sup>97</sup>

Esta jurisprudencia me es útil para comprender que aun en estos delitos el juzgador no debe valorar pruebas arbitrariamente, por lo que esta es una adecuada interpretación de la seguridad jurídica en todo estado de derecho. Sobre la seguridad jurídica Zafaroni tiene “[...] efectos de rodear de amplias garantías su aplicación, por las consecuencias que ésta puede tener, tanto para el sujeto como para terceros, pero no son manifestación de coerción penal ni tienen el carácter de "sanciones".”<sup>98</sup>

## **2.2. Seguridad nacional e interior**

El tema de la seguridad nacional ha sido uno de los conceptos de matiz político más trascendentales del siglo XX. Desde las primeras páginas del *Federalista*,<sup>99</sup> una de las obras cumbres del constitucionalismo norteamericano y la primera de su tipo, es posible avistar la idea sugerente de la seguridad nacional en las letras vertidas por los padres fundadores. No obstante el concepto de manera explícita surgió en Estados Unidos posterior a la segunda guerra mundial. Replanteándose en la década de los setenta del siglo XX.<sup>100</sup>

Una de las definiciones propuestas para la seguridad nacional es la que desarrolla Luis Herrera-Lasso, consistente en “el conjunto de condiciones necesarias para garantizar la soberanía, la independencia y la promoción del

---

<sup>97</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, julio de 2002, página 7, Pleno, tesis P. XXVIII/2002.

<sup>98</sup> ZAFARONI, Eugenio, *Tratado de Derecho Penal*, Argentina p. 25.

<sup>99</sup> HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John, *El federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, 430 p.

<sup>100</sup> THORUP L. Cathryn, La formulación de la agenda de seguridad nacional para la década de los noventa, AGUAYO, Sergio, BAGLEY, Bruce, en *En busca de la seguridad perdida Aproximaciones a la seguridad mexicana*, 2ª, Siglo XXI, México, 2002, p. 97.

interés de la nación, fortaleciendo los componentes del proyecto nacional y reduciendo al mínimo las debilidades o inconsistencias que pueden traducirse en ventanas de vulnerabilidad frente al exterior.”<sup>101</sup>

Jorge Bustamante entiende a la seguridad nacional “como aquello que sea definido como tal por los órganos del Estado. En México, se deriva de la justificación legal para la movilización de las fuerzas armadas frente a amenazas internas o externas. De esta forma se entiende como amenaza cualquier hecho cuya dirección previsible o cuyos efectos concretos impida la vigencia de los preceptos constitucionales.”<sup>102</sup>A continuación transcribo una jurisprudencia donde se justificó la participación de las fuerzas armadas en materia de seguridad pública, función que inicialmente se atribuía a la función administrativa del Estado, a través de la función policial a nivel federal, estatal y municipal, esta función se ejerce a través de la administración pública centralizada, esta función en los últimos años, se ha compartido también con las fuerzas castrenses, quienes: “aun cuando no tengan funciones ejecutivas, tendrán que examinar, programar y tomar decisiones sobre todos los aspectos de la seguridad pública.”<sup>103</sup>

*SEGURIDAD PÚBLICA. LA PARTICIPACIÓN DE LOS SECRETARIOS DE LA DEFENSA NACIONAL Y DE MARINA EN EL CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA, NO VIOLA EL ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL.-*

---

<sup>101</sup> HERRERA Lasso, Luis, Balance y perspectivas en el uso del concepto de la seguridad nacional en el caso de México, del libro *En busca de la seguridad perdida op., cit.*, p. 391.

<sup>102</sup> BUSTAMANTE, Jorge, México Estados Unidos: Migración indocumentada y seguridad nacional. *En busca de la seguridad perdida op. cit.*, p. 348.

<sup>103</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XI, abril de 2000, página 556, Pleno, tesis P./J. 39/2000; véase la ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo III, marzo de 1996, página 351.

*La interpretación gramatical y causal teleológica de la adición del artículo 21 constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1994, en cuanto dispone la coordinación de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios en un Sistema Nacional de Seguridad Pública, lleva a la conclusión de que el precepto no excluye a ninguna autoridad que, de acuerdo con sus atribuciones, tenga alguna relación con ella y que su propósito es lograr una eficiente coordinación entre todas las autoridades de los tres niveles de gobierno, para lograr dicha seguridad pública en todas sus dimensiones, entre ellas, enfrentar con mayor capacidad la delincuencia organizada. El Consejo Nacional de Seguridad Pública es una instancia consultiva que no usurpa facultades constitucionales, ni legales, de ninguna autoridad; por ello, no existe razón para considerar como violatoria del numeral 21 de la Ley Fundamental, la participación de los secretarios de la Defensa Nacional y de Marina en el Consejo Nacional de Seguridad Pública, como lo ordenan las fracciones III y IV del artículo 12 de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de diciembre de 1995, tomando en consideración, además, que las leyes orgánicas del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos y de la Armada, señalan, dentro de sus atribuciones, numerosas funciones relacionadas con la seguridad pública, por lo que la participación en el referido consejo, de los secretarios de la Defensa Nacional y de Marina, quienes dirigen esos cuerpos, se justifica, puesto que aun cuando no tengan*

*funciones ejecutivas, tendrán que examinar, programar y tomar decisiones sobre todos los aspectos de la seguridad pública.*<sup>104</sup>

Debido a las circunstancias actuales consecuencia de la guerra contra el crimen organizado liderada por el Presidente Constitucional en funciones durante el periodo 2006-2012, Felipe Calderón su política en materia de seguridad suscitó diversas discrepancias en torno a si es adecuado o no que los efectivos de las fuerzas armadas y de la marina estén desplegados en las calles. La jurisprudencia en cuestión es anterior al proceso calderonista., pues data del año 2000, en tanto que la llamada “guerra contra el narcotráfico” se considera inaugurada el 12 de diciembre de 2006.

Pero es importante observar como siempre ha generado desconfianza la participación de estos cuerpos en funciones operativas o de prevención de seguridad pública, la interpretación jurídica se asienta en el principio de coordinación contenido en el artículo 21 constitucional, y podemos avistar así que “en asuntos de seguridad pública.” Es pertinente la colaboración hablando de un estado federal como lo es México de los tres niveles de gobierno.

### **2.3. Seguridad Pública**

A la seguridad pública se la concibe como “el conjunto de actividades, programas, medios y técnicas establecidas por el Estado, cuyo fin directo e inmediato, es el encaminar la diligenciación, valorativa y evaluativa de estos

---

<sup>104</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XI, abril de 2000, página 556, Pleno, tesis P./J. 39/2000; véase la ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo III, marzo de 1996, página 351.

programas que representan la regulación, la prevención y el control del delito.”<sup>105</sup>

En consecuencia, la seguridad pública implica el análisis sistemático por parte de los especialistas en la materia y también de los cuerpos de seguridad pública que la integran en cuanto al manejo de aspectos tales como la prevención del delito, la protección, la seguridad y custodia, el fenómeno delincencial en cuanto a las causas que lo ocasionan, la corrupción del aparato policial o ministerial.<sup>106</sup>

La seguridad pública requiere para su desempeño la puesta en marcha de programas gubernamentales tocantes a la prevención de la criminalidad, la seguridad, la investigación, sanción, rehabilitación, custodia, vigilancia, auxilio, evaluación periódica, anual y semestralmente del programa que esté en vigor. Debido a que la seguridad pública es también un sector o subsistema que opera dentro de la finalidad esencial del Estado que es la obtención de la seguridad, la seguridad pública se sistematiza además de los programas en principios, resaltando por ejemplo el principio de legalidad, eficacia, profesionalismo y honradez. Se han añadido cada vez más principios como el de equidad de género.

Para que la seguridad pública opere también necesita de reglas, el principio de legalidad nos conlleva a la supeditación del aparato de seguridad pública a las reglas y principios de todo estado de derecho. También en los estados modernos actuales. La seguridad pública tiene que trabajar bajo un sistema de coordinación o que es lo mismo cooperación. Estos *niveles* por

---

<sup>105</sup> MARTÍNEZ Garnelo, Jesús, *Seguridad pública nacional*, Ed. Porrúa, México, 1999, p. 57.

<sup>106</sup> *Ibíd.*, p. 57.

ejemplo en México se clasifican bajo el esquema federativo compuesto de tres niveles de gobierno: Federal, estadual y municipal.

Según Pedro Peñaloza: “La seguridad pública como es apreciada en la teoría jurídica, es un servicio que corresponde prestar al Estado, en beneficio de los habitantes.”<sup>107</sup> El autor anterior habla también de un novel concepto que hoy en día con situaciones extremas como la que se está viviendo en México con el crimen organizado se plantea como una propuesta seria, esta es la seguridad ciudadana:

*La seguridad ciudadana tiene como objetivo primordial lograr condiciones sociales de civilidad que propicien relaciones pacíficas entre las personas es decir, que ese objetivo consiste en promover la reducción del conflicto social y su canalización a formas de solución no punitiva y ciudadanizada. No está reducida a la función policial, por el contrario, concita toda la capacidad del Estado y de la sociedad civil dirigida a superar las estructuras que propician la pauperización y desesperanza de las mayorías y el beneficio de pocos con la consecuente concentración de poder económico que conlleva a la utilización de las instituciones del Estado.*<sup>108</sup>

El concepto de seguridad ciudadana comparativamente lo podemos observar en el artículo 104 de la Constitución Española de 1978 se diferencia de la seguridad pública, aunque obviamente es una consecuencia de esta

---

<sup>107</sup>PEÑALOZA, Pedro José, *Seguridad Pública: voces diversas en un enfoque disciplinario*. Ed. Porrúa, México, 2005.

<sup>108</sup> *Ibíd.*

última, en el sentido de que se encuentra comprendida en la amplitud de la seguridad pública.<sup>109</sup>

Por tanto, la seguridad ciudadana: “constituye un bien constitucionalmente protegido –en España- que es el resultado del libre ejercicio de los derechos y libertades públicas [...] la seguridad ciudadana habrá que interpretarse, precisamente de conformidad con los mismos.”<sup>110</sup>

*[...] no es pues un derecho fundamental. Es una aspiración, un deseo social e individual, un resultado de la eficacia de la protección policial. En ningún caso un valor primero o superior porque, como decía ROUSSEAU, también se vive tranquilo en los calabozos. Lo importante, según esto, es que los calabozos estén ocupados por verdaderos culpables o al menos por ciudadanos con racional sospecha de haber cometido un injusto.*<sup>111</sup>

A continuación adjuntaremos unas jurisprudencias de manera esquemática la primera aborda la interpretación acerca de si el ejército, la fuerza aérea y la armada pueden intervenir en acciones civiles y la segunda relativa a la seguridad pública. Conviene añadir que estas funciones estatales siempre estarán limitadas por el respeto y goce de los derechos humanos.

*EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. SI BIEN PUEDEN PARTICIPAR EN ACCIONES CIVILES EN FAVOR DE LA SEGURIDAD*

---

<sup>109</sup> AGUADO I CUDOLÁ, Vicenc, *Derecho de la seguridad pública y privada*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2007, p. 50.

<sup>110</sup> *Ibíd.*

<sup>111</sup> Voto particular del Magistrado C. De la Vega Benayas respecto a la STC 341/1993 de 18 de Noviembre que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la LOPSC.

*PÚBLICA, EN SITUACIONES EN QUE NO SE REQUIERA SUSPENDER LAS GARANTÍAS, ELLO DEBE OBEDECER A LA SOLICITUD EXPRESA DE LAS AUTORIDADES CIVILES A LAS QUE DEBERÁN ESTAR SUJETOS, CON ESTRICTO ACATAMIENTO A LA CONSTITUCIÓN Y A LAS LEYES.- Del estudio relacionado de los artículos 16, 29, 89, fracción VI, y 129, de la Constitución, así como de los antecedentes de este último dispositivo, se deduce que al utilizarse la expresión "disciplina militar" no se pretendió determinar que las fuerzas militares sólo pudieran actuar, en tiempos de paz, dentro de sus cuarteles y en tiempos de guerra, perturbación grave de la paz pública o de cualquier situación que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, fuera de ellos, realizando acciones para superar la situación de emergencia, en los términos de la ley que al efecto se emita. Es constitucionalmente posible que el Ejército, Fuerza Aérea y Armada en tiempos en que no se haya decretado suspensión de garantías, puedan actuar en apoyo de las autoridades civiles en tareas diversas de seguridad pública. Pero ello, de ningún modo pueden hacerlo "por sí y ante sí", sino que es imprescindible que lo realicen a solicitud expresa, fundada y motivada, de las autoridades civiles y de que en sus labores de apoyo se encuentren subordinados a ellas y, de modo fundamental, al orden jurídico previsto en la Constitución, en las leyes que de ella emanen y en los tratados que estén de acuerdo con la misma, atento a lo previsto en su artículo 133.<sup>112</sup>*

---

<sup>112</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XI, abril de 2000, página 552, Pleno, tesis P./J. 36/2000; véase la ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo III, marzo de 1996, página 351.

Mucho ha cambiado el México constitucional donde se dictó esta jurisprudencia y el México actual, por ejemplo se cita el artículo 133 constitucional que ya concedía jerarquía a los tratados internacionales pero la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 2011, coloca a los tratados internacionales a la par de la constitución. También hacen –el tribunal- una interpretación expresa de que la intervención de los efectivos militares se hace a solicitud expresa de la autoridad civil, como apoyo a los elementos de seguridad pública. Ahora trasladados al México de 2011, tenemos una reforma constitucional que no dejar lugar a dudas a la interpretación jurídica y actuación de las autoridades –civiles y militares- con apego a los criterios de derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales.

En México, ante la presencia de una Ley de Seguridad Nacional reformada tampoco se supone por lo menos legalmente quedan dudas al respecto de la validez de la actuación de efectivos militares en tarea de seguridad pública, pero claro, como apoyo auxiliar.

Respecto del término disciplina militar, debo comentar que debido a todo el significado que entraña el término “disciplina militar”, en cuestión de preparación y formación, táctica, logística es de esperarse que si existe una profunda diferencia en la forma de ver el combate y la violencia entre las autoridades civiles y militares que ocasiona ciertas discrepancias. Hoy día podemos ver que la situación del mando único no se resuelve en México, y que hay sectores de la clase política, que no están de acuerdo con la tesis de que

las autoridades militares no solo actúan en tiempos de emergencia nacional, sino en la vida cotidiana.

*SEGURIDAD PÚBLICA. SU REALIZACIÓN PRESUPONE EL RESPETO AL DERECHO Y EN ESPECIAL DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES.-*

*Del análisis sistemático de los artículos 16, 21, 29, 89, fracción VI, 129 y 133, de la Constitución, así como 2o., 3o., 5o., 9o., 10, 13 y 15, de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública; 1o., 2o., 3o., 10 y 11, de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, y 1o., 2o., 9o. y 10, de la Ley Orgánica de la Armada de México, se deduce que el Estado mexicano, a través de sus tres niveles de gobierno y de todas las autoridades que tengan atribuciones relacionadas, directa o indirectamente, con la seguridad pública, deben coadyuvar a lograr los objetivos de ésta, traducidos en libertad, orden y paz pública, como condiciones imprescindibles para gozar de las garantías que la Constitución reconoce a los gobernados. El examen de los diferentes preceptos citados, con los demás elementos que permiten fijar su alcance, lleva a concluir que, jurídicamente, los conceptos de garantías individuales y seguridad pública no sólo no se oponen sino se condicionan recíprocamente. No tendría razón de ser la seguridad pública si no se buscara con ella crear condiciones adecuadas para que los gobernados gocen de sus garantías; de ahí que el Constituyente Originario y el Poder Reformador de la Constitución, hayan dado las bases para que*

*equilibradamente y siempre en el estricto marco del derecho se puedan prevenir, remediar y eliminar o, al menos disminuir, significativamente, situaciones de violencia que como hechos notorios se ejercen en contra de las personas en su vida, libertad, posesiones, propiedades y derechos. Por ello, sería inadmisibles en el contexto jurídico constitucional interpretar la seguridad pública como posibilidad de afectar a los individuos en sus garantías, lo que daría lugar a acudir a los medios de defensa que la propia Constitución prevé para corregir esas desviaciones. Consecuentemente, por el bien de la comunidad a la que se debe otorgar la seguridad pública, debe concluirse que resulta inadmisibles constitucionalmente un criterio que propicie la proliferación y fortalecimiento de fenómenos que atenten gravemente contra los integrantes del cuerpo social, así como de cualquier otro que favoreciera la arbitrariedad de los órganos del Estado que, so pretexto de la seguridad pública, pudieran vulnerar las garantías individuales consagradas en el Código Supremo. Por tanto, debe establecerse el equilibrio entre ambos objetivos: defensa plena de las garantías individuales y seguridad pública al servicio de aquéllas. Ello implica el rechazo a interpretaciones ajenas al estudio integral del texto constitucional que se traduzca en mayor inseguridad para los gobernados o en multiplicación de las arbitrariedades de los gobernantes, en detrimento de la esfera de derecho de los gobernados.<sup>113</sup>*

---

<sup>113</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XI, abril de 2000, página 557, Pleno, tesis P. /J. 35/2000; véase la ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo III, marzo de 1996, página 351.

Esta jurisprudencia tiene un toque neoconstitucional, porque prevé que la seguridad pública solo tiene el límite del respeto a las garantías individuales, aunque hoy en día con la reforma constitucional, la denominación garantías individuales cambia a “Derechos humanos y garantías.” Sin embargo la intención del constituyente permanente es seguir manteniendo la esencia de que los derechos humanos son un dogma constitucional, y por ende la base sobre la cual se asienta todo nuestro ordenamiento constitucional. Pudiera decir así que el ordenamiento jurídico no solo se ha constitucionalizado sino que más nuestro ordenamiento jurídico únicamente se legitima sobre la idea de que los derechos fundamentales y las garantías son la referencia inevitable bajo la cual deben regirse nuestras autoridades para resolver en el ámbito de sus atribuciones y competencias.

*SEGURIDAD PÚBLICA Y TRÁNSITO EN LOS MUNICIPIOS. EN PRINCIPIO, SON MATERIAS RESERVADAS CONSTITUCIONALMENTE A ELLOS.-*

*Las interpretaciones histórica, causal-teleológica y gramatical de la fracción III del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos llevan a concluir que las materias de seguridad pública y tránsito están reservadas por el inciso h) de dicho precepto al ámbito municipal con las excepciones, en primer lugar, de los casos en que "fuere necesario y lo determinen las leyes" en que podrá tener intervención el Gobierno Estatal, lo que se deriva del párrafo primero de la fracción citada; y, en segundo, cuando tratándose de la residencia habitual o transitoria del Ejecutivo Federal o de los gobernadores de los*

*Estados a ellos corresponda el mando de la fuerza pública, lo que deriva de la reserva que en este aspecto se establece expresamente en la fracción VII del dispositivo constitucional de que se trata.*<sup>114</sup>

El Estado Mexicano es una federación y el federalismo se caracteriza por la idea de la descentralización política, una de las funciones públicas que el estado descentraliza es precisamente la función de seguridad pública, existe una coordinación de la función de seguridad pública en los tres niveles de gobierno pero a su vez el municipio mexicano con su inherente autonomía sostiene esta importante función.

La seguridad pública tiene entre sus principales objetivos la preservación del orden público, el orden público es una noción que: “[...] no opera genéricamente en la habilitación de poderes de policía; lo hace de forma concreta cuando el ordenamiento le llama. Y lo hace además, con un contenido material, no ideal, conectado con una situación de hecho caracterizada por la ausencia de perturbaciones que pongan en peligro las personas o los bienes.”<sup>115</sup>

Concretamente uno está en condiciones de hablar de seguridad pública cuando toma en cuenta que se trata una función pública estatal que concierne a las personas pero también a sus posesiones:

*[...] una actividad dirigida a la protección de personas y bienes. Ahora bien, lo que singulariza a esta actividad respecto a otras reside en el*

---

<sup>114</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo IV, noviembre de 1996, página 330, Pleno, tesis P./J. 69/96. véase la ejecutoria en la página 250 de dicho tomo; véase la ejecutoria en la página 250 de dicho tomo.

<sup>115</sup> LLOP Barcelona, J., *Policía y constitución*, Ed. Tecnos, Col. Temas Claves de la Constitución española, Madrid, 1997, p. 207.

*hecho de que la protección tiene como finalidad aún más específica la de evitar grandes riesgos potenciales de alteración del orden ciudadano y de la tranquilidad pública. Para evitar dichos riesgos se habilita la realización de una serie de medidas que inciden en el ámbito de los derechos y libertades de los ciudadanos y que permite el uso de la fuerza por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad.*<sup>116</sup>

Refiriéndome a mi país: México, puedo ahora comentar que el marco constitucional y legal al que aludí en el aparatado donde desarrollo el concepto teórico-global de seguridad, se tiene un contexto denominado “sistema nacional de seguridad pública”, este sistema tiene su origen en las reformas constitucionales de 1994 año cuando: “[...] se reformaron los artículos 21 y 73 de la Constitución con el propósito de crear un Sistema Nacional de Seguridad Pública (SNSP) para aplicar una política nacional e integral de seguridad interior.”<sup>117</sup>

Para entender mejor ello debo ahora hablar de los objetivos, que perseguían la teleología de: “[...] conformar un ente que coordinara a las autoridades en los tres niveles de gobierno (federal, estatal y municipal) para profesionalizar el personal de seguridad pública, para modernizar la plataforma tecnológica y para sistematizar e intercambiar información sobre distintos cuerpos policiacos.”<sup>118</sup>

Una valoración que extrae el autor en comentario es que “El SNSP constituye tal vez el esfuerzo más importante realizado desde la órbita federal

---

<sup>116</sup> AGUADO I CUIDOLÁ, Vicenc, *op., cit.*, p. 49.

<sup>117</sup> BERGMAN, Marcelo, *Seguridad pública y Estado en México*, Fontamara, México, 2007, p.

51.

<sup>118</sup> *Ídem.*

con el objetivo de impulsar una mayor capacidad de los estados para combatir la delincuencia.”<sup>119</sup>

Aquí quisiera detenerme en la idea de que se entiende por delincuencia, pero no solo en la definición llana de este problema, sino en que constituye las conductas antijurídicas, culpables y punibles, o sea delitos que el Estado a través de las instancias acreditadas persigue y sanciona, esos comportamientos sancionables son aquellos susceptibles de rechazo, manifestándose en el hecho de que: “La reprochabilidad del comportamiento radica, sobre todo, en el hecho de que expresa una actitud contraria a esos valores y en ello se encuentra su significado simbólico”.<sup>120</sup>

### **3. Policía y Estado de Derecho**

La función policial, aparece en los orígenes del estado de derecho como una actividad de vigilancia, con un marcado origen burocrático-militar,<sup>121</sup> paralelamente, las sociedades modernas atraviesan un origen muy cercano al nacimiento de la policía, paradójicamente, aunque la función policial se incorpora tempranamente en el estado de derecho, su función primordial es una función criminal, con una actividad: “preventiva y represiva del delito.”<sup>122</sup> Precisamente el Estado Administrativo fue un Estado Policía. En su origen, se fue consolidándose como un poder administrativo cuya característica principal

---

<sup>119</sup> *Ibíd.*, p. 52.

<sup>120</sup> BARATTA, Alessandro, *Criminología y sistema penal. Compilación in Memoriam*, Euros Editores, Buenos Aires, 2006, p. 4.

<sup>121</sup> MENDIETA, Ernesto, JIMENEZ, Samuel, GONZÁLEZ Ruíz, Samuel, BUSCAGLIA, Edgardo, VENTURA, Fernando, ZINGERMAN, Gleb, *La fuerza de la razón y la razón de la fuerza. El uso legítimo de la violencia*, Instituto Nacional de Ciencias Penales INACIPE, México, 2009, p. 39.

<sup>122</sup> *Ibíd.*, p. 38.

es la facultad de coacción sobre quienes transgredan las normas de derecho que requieran semejante clase de sanciones.<sup>123</sup>

En su actuación será inevitable el uso de la fuerza explícito, para reordenar las conductas antijurídicas que alteren el orden social, limitado su actuación por el principio de legalidad e incapaz de transgredir los límites de la justicia. De alguna forma cumplió desde su inicio una función civilizadora y adaptativa entre las costumbres públicas y privadas. Así es innegable que la facultad-poder policial, se encuentra imbricada entre la aparición de la Ilustración y del Estado moderno personificado por el advenimiento de los estados-nación. No en vano daría lugar al estado de derecho administrativo ya que coordina relaciones de poder local, inherente a cada Estado. Por lo tanto la institución policial es una institución que racionaliza el uso de la fuerza y se legitima de acuerdo a los cánones establecidos por el estado de derecho. También sería amigable con el estado liberal, ambos se coordinarían muy bien, se retroalimentan y se tomarían la tarea de ser garantes del triunfo de la democracia. En palabras del administrativista José Luis Villarreal Palasí

*[...] El título de intervención que va a dar nombre a un período del Estado moderno será la “politia” y su origen está en la pax pública del derecho regio. La doctrina de la pax publica no es una pura doctrina política, sino una construcción muy útil y práctica para consolidar el poder en manos del príncipe debía realizar eran tan menguados que ni siquiera le correspondía la defensa frente a terceros, ya que tal defensa*

---

<sup>123</sup> La función policial inicialmente se dirigió a consolidarse como una especie de “juez metalegal”, su “eficacia represiva” se ha distinguido por “una pauta concreta de selección, de control, de criminalización.”En ello radica que la función policial siempre se ha caracterizado por un componente autoritario, antagónico a la sociedad. *Ibidem.*, p. 39.

*correspondía a los gremios y municipios. La artera labora de los juristas será, precisamente, ir ampliando poco a poco esa competencia.”<sup>124</sup>*

*Continúa Villar Palasí diciendo que: “Esta construcción sutil, que es aplicada a pocos supuestos –ríos y caminos- pasa íntegra al Estado-policía llegando incluso a justificarlo. Puetter definirá así la policía en una expresión famosa: *Ea suprema potestatis pars quae exercetur cura avertendi mala futura dicitur politia, promovendae salutis cuta proprie non est politia*, con lo que aquella actividad que mira a promover la salud pública, el bienestar o a fomentar la actividad particular, ya no es policía administrativa.”<sup>125</sup>*

Esto rescata los puntos a favor de la policía y que tienen sus orígenes precisamente en los albores del Estado policía: “Con ello la policía será, pues el fin fundamental del Estado moderno en una etapa que se denominará por tanto, Estado-Policía y que perdura en casi toda España hasta fines del siglo XVIII y en Alemania hasta el siglo XIX.”<sup>126</sup>

Las aportaciones del Estado policía según Villar Palasí y que podemos encauzar al día de hoy para entender mejor el tema de la omisión policíaca es lo que sigue:

1. La aparición de los ejércitos y el desarrollo del concepto de intervención del poder público: [...] asegura con la aparición de ejércitos permanentes de una parte, y las curias regias centralizadas, de otra, tiene la politia como móvil de actuación y como límite; la politia será, al fin, una

---

<sup>124</sup> VIILLAR Palasí, José Luis, *Apuntes de derecho administrativo*, UNED, Madrid, 1974, p. 79-80.

<sup>125</sup> *Ídem.*

<sup>126</sup> *Ídem.*

elaboración doctrinal que, al dotar de un contenido cada vez más flexible la idea medieval de la pax publica, terminará siendo un título genérico de intervención del poder público.<sup>127</sup>

2. La idea del territorio aunada al desarrollo del Estado absoluto como génesis de las naciones europeas y del nacionalismo: [...] la idea de territorio como justificadora de la competencia y delimitadora de su alcance. Con ello, la retahíla de títulos con que aparecen los monarcas (marqués de X, conde de Y, barón de Z...), incluso en el Estado absoluto. Es un nuevo vestigio del concepto de imperio durante toda la edad media. El cambio administrativo más importante, en este sentido, arranca del decreto de Nueva Planta, de 16 de enero de 1716, con el que, por influjo de los consejeros de Felipe V [...], las secretarías de estado serán las piezas clave de la administración de los Borbones.<sup>128</sup>

3. El desarrollo de la función administrativa estatal, que tiene en el estado policía su más primigenia expresión: [...] todas las normas de actuación de las autoridades administrativas no son normas que se dirijan a los particulares, así, las instrucciones dictadas a los corregidores para que desarrollen su actividad.<sup>129</sup>

4. El concepto del dominio estatal, y la justificación del estado policía: [...] el surgimiento y la utilización general de la doctrina del dominio

---

<sup>127</sup> *Ibíd.* p. 81

<sup>128</sup> *Ídem.*

<sup>129</sup> *Ídem.*

eminente. En la confusión medieval entre derecho público y privado, el término dominio eminente había sido utilizado ya para casos concretos por los pos-glosadores. Pero es en el Estado Policía cuando este término adquiere caracteres de doctrina general. [...] Es justamente esta doctrina del super eminente imperio –super eminente potestas- la que sirve de justificación al Estado Policía para la construcción del dominio eminente con lo que no es paradójico, sino consecuente al sentido de continuidad del derecho.”<sup>130</sup>

#### **4. Relación con caso comparado**

Uno de los países más lastimados como consecuencia de la proliferación del Crimen Organizado lo fue y lo es Colombia, hay quienes afirman que Colombia presenta una serie de “retrocesos”<sup>131</sup> en lo concerniente a su “sistema de garantías constitucionales y de derecho, como producto del modelo de lucha contra los grupos armados no estatales, implantado en el gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002-2004).”<sup>132</sup>

Justamente, Colombia a pesar de haber generado ciertas críticas, presenta una situación muy particular posee una Corte Constitucional a diferencia de México, donde la Suprema Corte de Justicia ostenta dos monopolios de interpretación jurídica: el control de la legalidad y el control de la constitucionalidad.

---

<sup>130</sup> *Ídem.*

<sup>131</sup> CARVAJAL Martínez, José Enrique, *La seguridad dentro del estado de garantías*, Bogotá, ILSA, 2008, p. 73.

<sup>132</sup> *Ídem.*

*FUERZAS MILITARES-Misión que cumplen sus integrantes es de carácter instrumental*

*De conformidad con la Constitución, la misión que están llamados a cumplir los integrantes de las Fuerzas Militares es de carácter instrumental, en el sentido de que se trata de cuerpos armados destinados, a la luz del artículo 217.2 superior, a la defensa de la soberanía nacional, la independencia, la integridad del territorio y del orden constitucional cuyo soporte básico y fundamental lo constituye la defensa y la protección de los derechos humanos.<sup>133</sup>*

*PROCESO DE EVALUACION Y CLASIFICACION DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LAS FUERZAS MILITARES-Sus disposiciones deben propender por la consecución de los fines estatales*

*La evaluación de un oficial o de un suboficial de las Fuerzas Militares se define como un proceso continuo y permanente, por medio del cual se determina el desempeño profesional y el comportamiento personal del evaluado, con apoyo en información procedente de distintas fuentes y de acuerdo con los indicadores establecidos en los formatos de evaluación.<sup>134</sup>*

Con estos ejemplos jurisprudenciales deseo constatar que es cierto lo sostenido por el autor en curso: “[...] La corte constitucional, en algunos momentos, ha desempeñado un papel importante en la defensa de las

---

<sup>133</sup> Sentencia C-872/03 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-872-03.htm>

<sup>134</sup> Sentencia C-872/03 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-872-03.htm>

garantías y los derechos democráticos.”<sup>135</sup> Queremos apuntar que ello indica que la presencia de estos organismos jurisdiccionales sea cual sea su naturaleza permiten ver la interacción constante que hay en estos tres ángulos de la seguridad, recuérdese que la seguridad es un espectro muy amplio.

*Los problemas que el narcotráfico produce en cada sociedad son diferentes y eso vuelve difícil la elaboración de una política exterior común, más allá de la retórica de la colaboración. La forma en que el tema es procesado frente a los Estados Unidos es diferente en cada caso, de la misma manera que las políticas de los gobiernos frente a sus respectivas sociedades.*<sup>136</sup>

Nuevamente recapitulo sobre el tema de mi tesis “El control social en el estado de derecho: un enfoque criminológico” y afirmo que el derecho si bien es un instrumento más del control social, tiene a su favor que racionaliza al poder, a través de la norma y de los controles que esta contiene. Uno de los controles en el sistema del Estado de Derecho es la “Seguridad”, la cual es para el estado una función inherente y legitimadora, y para el ciudadano indudablemente un derecho:

*[...] el Estado de derecho debe ser entendido con un "principio directivo" que requiere una concreción de sus detalles en cada situación dada. Es claro, sin embargo, que el Estado de derecho se caracteriza —al menos— por garantizar la seguridad de los ciudadanos, mediante una vinculación de la actualización del Estado a normas y principios jurídicos*

---

<sup>135</sup> Del Estado de garantías al estado de seguridad, p. 73.

<sup>136</sup> BONILLA, Adrián, *Percepciones de la amenaza a la seguridad nacional de los países andinos: regionalización del conflicto colombiano y narcotráfico*, CLACSO, p. 155.

*de justicia conocidos de tal manera que la misma resulte en todo caso comprensible. En lo demás, se sostiene en la actualidad que el Estado de derecho es una "forma de racionalización de la vida estatal".<sup>137</sup>*

Por lo tanto el límite de la actuación del estado para proporcionar seguridad, sea por criminalidad o por cualquier otra causa que se convierta en amenaza para los particulares, queda zanjado por los derechos humanos, como coto vedado, para los excesos de la función policial o del macro - aparato estatal de seguridad, ello queda confirmado en México con la reciente reforma constitucional en materia de estados de excepción, transcribo únicamente el párrafo referente a los derechos que no pueden ser restringidos ni suspendidos contenidos en el segundo párrafo del artículo 29 de nuestra Carta Magna:

*En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.<sup>138</sup>*

---

<sup>137</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal y estado de derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 103.

<sup>138</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Art. 29.

Augusto Sánchez Sandoval, considera que la seguridad tiene que responder a una política pública, se debe llevar a cabo como una técnica gubernamental que programará políticas públicas para mantener el orden y la seguridad ciudadana, ello con el fin de fomentar un equilibrio en la relación Estado/sociedad, Autoridades/ciudadanos.

*[...] la manifestación de una política de acción gubernamental, cuyo cumplimiento de sus atribuciones y funciones da nacimiento a una situación de equilibrio en las interrelaciones personales y entre las autoridades con los ciudadanos, que se denomina orden público, y consistente en la situación exterior de tranquilidad en una comunidad y que se traduce en el orden de la calle, de las áreas rurales y del Estado mismo, con el fin de salvaguardar la integridad, los intereses y bienes, tanto de las personas, como de las entidades públicas y privadas.<sup>139</sup>*

En la academia como en el sector político, y propiciado también por los medios de comunicación suelen confundirse los conceptos de seguridad y de riesgo, se suelen alterar los presupuestos de la seguridad con los presupuestos del riesgo dejando a la ciudadanía en un estado ideológico de indefensión, pues se carece de una adecuada definición conceptual de seguridad ciudadana y de los medios para lograrla. La política de seguridad suele perfilarse como contradictoria del disfrute de derechos y libertades constitucionales y de derechos humanos, y ello produce problematizaciones del fenómeno, más altas y más complejas, entonces:

---

<sup>139</sup> SÁNCHEZ Sandoval, Augusto, *op. cit.*, p.

*La seguridad no implica la ausencia de riesgo, indica sólo la dislocación del riesgo a niveles más altos y por ello, más complejos. En este sentido la seguridad es una estrategia de ocultamiento del riesgo. Es decir, el futuro ocurrirá como tal, sólo que pretendemos modificarlo, aunque en el mundo de lo concreto ocurra lo contrario a nuestras expectativas... El riesgo es la posibilidad de futuro que pudo haber sido diferente, si se hubiese tomado una decisión diversa a la que se tomó para evitarlo. Esto significa que si se conoce el riesgo que se quiere evitar tomando una decisión, no se conoce el riesgo que se corre, con la decisión que se toma para evitarlo.<sup>140</sup>*

Estos riesgos correspondientes a factores internos y externos que de forma muy directa nos afectan como sociedad mexicana, evidentemente se resolverán con efectivas políticas en materia de seguridad, que no son otra cosa que esas “políticas de acción gubernamental” sobre las que habla Augusto Sánchez Sandoval, y entender como dice Baratta que el conflicto “[...] debe ser considerado como una consecuencia de las relaciones políticas de dominio.”<sup>141</sup>

Por lo tanto es tarea de las autoridades comprender que la seguridad no solo implica represión de las conductas que se clasifican como criminales o atentatorias contra los intereses fundamentales del Estado, en el caso de que constituyan problemas de seguridad nacional, sino que se requieren políticas públicas en materia de seguridad que no únicamente repriman y sancionen sino que también prevengan.

---

<sup>140</sup> GONZÁLEZ, V. A., “La teoría de sistemas y la seguridad pública”, *Revista Iter Criminis*, núm. 1, México, 1998, p. 132.

<sup>141</sup> BARATTA, Alessandro, *op. cit.*, p. 269.

## SEGUNDA PARTE

### Capítulo III Los derechos fundamentales como eje central del control social en el estado de derecho moderno

#### 1. Los derechos fundamentales en el constitucionalismo moderno

Los derechos humanos son una idea moderna, fruto del encuentro del racionalismo occidental de las ideas de la ilustración y en el siglo XXI, fuertemente arraigado con los procesos de descolonización de la segunda mitad del siglo XX, los eventos catastróficos de las dos guerras mundiales, pero especialmente de la primera fueron imponiendo la necesidad de la creación de un orden internacional de derechos que amparará un catálogo amplio de derechos de la persona humana, sin distinciones de cualquier condición social.<sup>142</sup>

Los derechos fundamentales y los derechos humanos, cada uno en su órbita nacional e internacional, finalmente se han visto en medio de una evolución portentosa que es: la irrupción de la globalización económica, política y social y los procesos de integración que le han sucedido. En el siglo XXI los derechos fundamentales son una idea que se ha ido imponiendo lentamente

---

<sup>142</sup> Los eventos bélicos productos de la Segunda Guerra Mundial, derivaron una necesidad, un consenso entre las naciones por establecer un sistema internacional de protección del individuo, de este modo: “el derecho internacional clásico desarrolló varias doctrinas e instituciones con el objeto de proteger diversos grupos de seres humanos: esclavos, minorías religiosas, étnicas y culturales; poblaciones indígenas; extranjeros; víctimas de violaciones masivas de derechos humanos; combatientes de guerra...Estas doctrinas e instituciones han influido en la creación del derecho internacional de los derechos humanos, puesto que en el fondo, reconocían que los individuos tenían derechos como seres humanos y que esos derechos debían ser protegidos por el derecho internacional.” Véase ISA, Felipe, ORÁ ORÁ, Jaime, *La declaración universal de los derechos humanos. Un breve comentario en su 50 aniversario*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1997, p. 36.

comienzan con la declaración universal de los derechos humanos de 1948 que en su quinto párrafo designa:

*Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.*<sup>143</sup>

Con la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se da un paso importante en el camino de la elaboración de un catálogo universal y amplio de derechos humanos, se coloca como pilar de la humanidad la dignidad humana, como un principio no solo del derecho natural, sino también del derecho positivo, los esfuerzos no se quedan allí, la Comisión de Derechos Humanos creada en 1946 con la finalidad de preparar el proyecto de una “Carta Internacional de Derechos Humanos,” trabajó la Comisión de esta manera en la elaboración de un documento internacional de carácter declarativo-pragmático<sup>144</sup> y posteriormente comenzó a trabajar en la elaboración de un proyecto mucho más ambicioso y de mayor alcance jurídico se trata del trabajo por: “la aceptación de un proyecto de tratado internacional jurídicamente vinculante que definiera con exactitud las obligaciones de los Estados en cada uno de los derechos.”<sup>145</sup>

---

<sup>143</sup> *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Preámbulo, 1948, París, Naciones Unidas.

<sup>144</sup> ISA, Felipe, ORÁ ORÁ, Jaime, *op. cit.*, p. 41.

<sup>145</sup> *Ibidem.*, pp. 41-42.

Este proyecto tardaría 18 años en aparecer, se aprobó la Declaración e inmediatamente comenzaron a trabajar en el siguiente proyecto correspondiente a este proceso de internacionalización de los derechos humanos, el fruto 18 años después se traduce en: “los pactos internacionales de derechos humanos de 1966, que entrarían en vigor 10 años más tarde, esto es, en 1976.”<sup>146</sup> Desde el enfoque particular del derecho internacional se denomina a los tres instrumentos internacionales de mayor relevancia que son la Declaración Universal de 1948, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estos últimos conocidos como los pactos y que forman una unidad jurídica internacional, a estos tres textos internacionales fundamentales se les denomina desde un “punto de vista técnico:”<sup>147</sup> “Carta Internacional de los Derechos Humanos,” porque “constituyen el código internacional básico de los derechos humanos.”<sup>148</sup>

Como se puede ver, aquí se iniciaba la transformación del concepto derechos humanos, en derechos fundamentales, aunque en la declaración internacional se seguía conservando la voz “derechos humanos” para designar esos derechos inalienables e inalterables del hombre;<sup>149</sup> sin embargo sería una constitución nacional, la que proclamaría de manera inicial el concepto

---

<sup>146</sup> ISA, Felipe, ORÁ ORÁ, Jaime, *op. cit.*, p. 42.

<sup>147</sup> *Ibidem.*, p. 41.

<sup>148</sup> *Ídem.*

<sup>149</sup> Es importante señalar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “es el primer instrumento jurídico internacional general de derechos humanos proclamado por una organización internacional de carácter universal. Como ha señalado Thomas Buergenthal, antiguo presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la declaración por “su carácter moral y la importancia jurídica y política que ha adquirido con el transcurso del tiempo, se puede situar a la altura de la Carta Magna Inglesa, de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y de la Declaración de Independencia Americana (1776), como un hito en la lucha de la humanidad por la libertad y la dignidad humana.” ISA, Felipe, ORÁ ORÁ, Jaime, *op. cit.*, p. 42.

“derechos fundamentales” ésta es la Ley de Bonn. La Constitución Alemana llamada así por ser Bonn la ciudad alemana donde la Constitución alemana fue promulgada. En su primer título consigna a los derechos como “derechos fundamentales.”<sup>150</sup>

Los derechos fundamentales, se han entendido en la filosofía jurídica y en la teoría jurídica del derecho como: “derechos humanos positivados, es decir como auténticos derechos subjetivos, a los que el ordenamiento jurídico dota de un talento normativo y procesal privilegiado, frente a los derechos humanos que quedan como mera expresión de criterios morales relevantes para la convivencia humana.”<sup>151</sup> Los derechos fundamentales se caracterizan por “la protección procesal de los mismos,”<sup>152</sup> los derechos fundamentales elevan a su máxima expresión la noción jurídica de garantía y tienen en el control jurisdiccional: “el mecanismo más perfeccionado y eficaz,”<sup>153</sup> por eso los derechos fundamentales requieren para su interpretación la noción de la eficacia jurídica.

Es así que los derechos fundamentales como denominación se fueron imponiendo primero de manera muy leve en la legislación internacional alcanzando solo la fase de la declaración, posteriormente de manera mucho más eficaz en las constituciones nacionales a través de la Constitución Alemana y de forma mucho más sustanciosa con la creación del Tribunal

---

<sup>150</sup> *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, Título I, Boletín Oficial Federal III 100-1), Deutscher Bundestag, Alemania, 2006.

<sup>151</sup> DEL LLANO, Cristina Hermida, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Anthropos, Barcelona, 2005, p. 8.

<sup>152</sup> *Ídem.*

<sup>153</sup> *Ídem.*

Constitucional Alemán y que se encuentra regulado en el Título IX<sup>154</sup> relativo al poder judicial y que inició sus actuaciones en 1951.

Es aquí donde debo hacer justicia al objetivo del presente trabajo hablar sobre Luigi Ferrajoli quien revolucionó con su libro *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*<sup>155</sup> una noción de ya mucha historia pero no explorada en toda su totalidad hasta en 1989, la obra adornada con un delicado prólogo escrito por Norberto Bobbio, aparece a casi una década de entrar al siglo XXI Ferrajoli aparece con una energía revitalizadora de la que había sido hasta esa fecha la manera tradicional de enfocar el estudio de los derechos humanos. Hecho casi preconizado por su Maestro Norberto Bobbio cuando escribió ese famoso libro que no podemos sino recomendar el *Tiempo de los Derechos*.

Así en el presente trabajo versará en torno a las aportaciones que Luigi Ferrajoli hace a la disciplina relativa a los derechos fundamentales en su manera de enfocar no solo su estudio sino su efectividad y garantía.

El garantismo es una teoría de tutela de derechos fundamentales que pretende hacer eficaz y efectiva la protección y defensa de los derechos fundamentales. El garantismo es la noción más acabada en el campo jurídico indica que los sistemas jurídicos particulares del Estado de derecho, se basan para su legitimidad en la existencia de un aparato estatal democrático, en una separación de poderes, en un constitucionalismo de derechos y libertades, en ese campo en normas fundamentales, sin las cuales el Estado, simplemente no existiría, estas normas desarrolladas por la teoría alemana, implican la

---

<sup>154</sup> *Ídem*.

<sup>155</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Trotta. Madrid. 1995.

existencia de los valores superiores del ordenamiento jurídico que fundan el estado de derecho constitucional pero también por supuesto de los derechos fundamentales de libertad e igualdad. Las garantías emergen como un sistema desarrollado de garantías primarias y secundarias.

De acuerdo a la teoría de Luigi Ferrajoli los derechos fundamentales incluyen dentro de su catálogo de ámbito de protección los derechos sociales. Ferrajoli también considera que el ámbito internacional también es parte integral de la teoría garantista de los derechos fundamentales, lo que el denomina el constitucionalismo universal.

Para Ferrajoli los derechos y garantías conforman un silogismo, una integración que no se puede desprender, son interdependientes. Ferrajoli también considera que los poderes salvajes son el ámbito que el garantismo debe enfrentar, estos poderes salvajes son asumidos por corporaciones privadas, transnacionales, poderes producto de la globalización beneficiados de la propiedad privada, es decir de los derechos de propiedad que en su esencia no pueden ser considerados como derechos fundamentales. En Ferrajoli, este constitucionalismo universal de los derechos sería la ley del más débil, la persona humana sujeta al arbitrio de los poderes salvajes- del mercado-.

Según Ferrajoli para lograr la transformación del Estado de Derecho en Estado Constitucional requiere una auténtica teoría garantista, que consagre los derechos fundamentales, en este supuesto la garantía fundamental sería: la garantía constitucional de los derechos,<sup>156</sup> esta garantía según Ferrajoli: “reside

---

<sup>156</sup> FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 113.

por consiguiente, en su inviolabilidad por parte de las leyes y, al mismo tiempo, en el sometimiento a ellos del legislador.”<sup>157</sup>

## 2. El garantismo

El garantismo es un nuevo modelo de interpretación y argumentación en el derecho penal y extendido a todas las disciplinas jurídicas del derecho, se inscribe en el catálogo del moderno pensamiento jurídico tocante a las modernas teorías neconstitucionales del constitucionalismo europeo de los derechos; su máximo expositor ha sido Luigi Ferrajoli, quien lo introdujo en su ya famosa obra “Derecho y razón, teoría del garantismo penal,” esta emblemática obra fue prologada por Norberto Bobbio, quien con su característica pulcritud dedica unas líneas en el prólogo a lo que constituye la tesis que siempre caracterizará a Ferrajoli el garantismo:

*La obra no es un cuerpo inanimado. Dentro de ella sopla el espíritu vivificador que mana de una ética de la libertad sinceramente vivida. El que haya seguido la tenaz batalla del autor, librada casi día tras día a través de debates públicos y artículos de prensa en defensa del respeto de la legalidad durante los años en que una imprevista e imprevisible explosión de violencia política en nuestro país provocó la legislación de emergencia, no puede tener dudas sobre la ocasión que le ha inducido a intentar la gran empresa, que con estas dimensiones y tan completa carece de precedentes, de establecer los fundamentos teóricos y los principios axiológicos de un sistema global del garantismo.*<sup>158</sup>

---

<sup>157</sup> *Ídem.*

<sup>158</sup> BOBBIO, Norberto, Prólogo, en FERRAJOLI Luigi, *op. cit.*, p. 19.

Norberto Bobbio reconoce la calidad del trabajo de Luigi Ferrajoli, y no hace sino aclarar el propósito que Luigi Ferrajoli traía consigo, establecer una teoría basada en principios y valores, esta teoría sería denominada garantismo, otra observación de Norberto Bobbio es interesante presentar aquí:

*[...] la obra está dominada por la convicción de que únicamente a través de una visión omnilateral del problema es posible al jurista, que no debe ser solamente un frío y distante comentarista de las leyes vigentes, detectar y en consecuencia denunciar no sólo las deformaciones del sistema jurídico positivo, comprendido el desarrollo hipertrófico del derecho penal o la ilusión panpenalista, sino también, como se ve en la parte final, poner al desnudo todas aquellas situaciones en las que permanecen poderes extrajurídicos, sobre las que el estado de derecho no ha extendido aún su regla y que en cuanto tales perpetúan relaciones de desigualdad, a las que se da el nombre sugestivo de .poderes salvajes».<sup>159</sup>*

La noción poderes salvajes sería otro vocablo muy recurrente de Luigi Ferrajoli, que en Derecho y Razón clasifica como micropoderes y macropoderes salvajes los cuales son:

*[...] en realidad las formas de poder más incontroladas e ilimitadas por las que pueden verse perjudicados y subvertidos los mismos poderes jurídicos y el orden global del estado de derecho. No hace falta decir que frente a estos poderes extra-legales o ilegales sin más no se plantea ningún problema de obediencia, ni política ni jurídica. Estos son poderes*

---

<sup>159</sup> Ídem.

*de hecho, cuya sola existencia testimonia en ocasiones la prevalencia de la fuerza sobre el derecho.*<sup>160</sup>

Ferrajoli elabora una teoría garantista enfocada para el derecho penal, algo evidente debido al desempeño de él como juez, pues fue esta ocupación una parte sustancial de su vida. En su introducción Luigi Ferrajoli deja ver sus intenciones con sumo cuidado con motivo de la publicación de esa obra:

*Este libro quiere contribuir a la reflexión sobre la crisis de legitimidad que embarga a los actuales sistemas penales, y en particular al italiano, respecto de sus fundamentos filosóficos, políticos y jurídicos. Tales fundamentos fueron puestos en gran parte - con el nacimiento del estado moderno como «estado de derecho»- por el pensamiento jurídico ilustrado, que los identificó con una compleja serie de vínculos y garantías establecidas para tutela del ciudadano frente al arbitrio punitivo. A pesar de haber sido incorporados a todas las constituciones avanzadas, estos vínculos son ampliamente violados por las leyes ordinarias y todavía más por las prácticas antiliberales que las mismas alimentan. La crisis, por otra parte, afecta desde hace tiempo a los mismos fundamentos clásicos del derecho penal, ya porque son inadecuados o, lo que es peor, porque no pueden ser satisfechos, porque han sido olvidados y aplastados por orientaciones eficientistas y pragmáticas.*<sup>161</sup>

Existe una crisis de legitimidad que es la que le preocupa a Ferrajoli, de manera particular tocante al sistema penal italiano, una crisis que el observa

---

<sup>160</sup> FERRAJOLI Luigi, *Derecho y Razón*, op. cit., p. 932-933.

<sup>161</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 21.

particularmente establecida en el estado de derecho, e indudablemente lo corrobora esto lo dedica inicialmente al derecho penal:

*Debe añadirse que el derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que -hace problemática e incierta su legitimidad moral y política. La pena cualquiera que sea la forma en que se la justifique y circunscriba, es en efecto una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo. Si la propiedad privada fue llamada por Beccaria «un terrible y quizás no necesario derecho», la potestad de castigar y de juzgar es seguramente, como escribieron Montesquieu y Condorcet, el más «terrible» y «odioso de los poderes: el que se ejerce de la manera más violenta y directa sobre las personas y en el que se manifiesta de la forma más conflictiva la relación entre estado y ciudadano, entre autoridad y libertad, entre seguridad social y derechos individuales. Es por lo que el derecho penal ha estado siempre en el centro de la reflexión jurídico-filosófica.<sup>162</sup>*

Citando a uno de los grandes maestros del derecho penal Beccaria<sup>163</sup>, Ferrajoli a través de su reflexión jurídica que aproximaría de manera paulatina a la reflexión constitucional es como construye su teoría del garantismo. Ferrajoli se inscribe así de manera jurídica en la reflexión sobre los dogmas de

---

<sup>162</sup> *Ídem.*

<sup>163</sup> Beccaria escribió lo siguiente: “Es mejor evitar los delitos que castigarlos. He aquí el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir los hombres al punto mayor de felicidad y al menor de infelicidad posible, para hablar según todos los cálculos de bienes y males de la vida. Pero los medios empleados hasta ahora son por lo común falsos y contrarios al fin propuesto.” En BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Tecnos Clásicos del pensamiento, Madrid, 2008, p. 109.

la recompensa y el castigo que siempre han rodeado al derecho penal, solo que lo hace efectivamente desde el método jurídico y es ciertamente un innovador pues pensadores de la talla de Foucault<sup>164</sup> lo habían hecho únicamente desde el enfoque sociológico.

*Naturalmente, la crisis del garantismo penal de matriz ilustrada no es sólo el producto de su fragilidad epistemológica, sino también de la falta de claridad de sus fundamentos axiológicos. En los siglos XVII y XVIII el derecho penal constituyó el terreno en el que principalmente fue delineándose el modelo del estado de derecho. Fue con referencia al despotismo punitivo como el iusnaturalismo ilustrado llevó adelante sus batallas contra la intolerancia política y religiosa y contra el arbitrio represivo del ancien régime. Y fue sobre todo a través de la crítica de los sistemas penales y procesales como se fueron definiendo, ya lo veremos, los valores de la cultura jurídica moderna: el respeto a la persona humana, los valores «fundamentales» de la vida y de la libertad personal, el nexo entre legalidad y libertad, la separación entre derecho y moral, la tolerancia, la libertad de conciencia y de palabra, los límites a la actividad del estado y la función de tutela de los derechos de los ciudadanos como su fuente primaria de legitimación. Esta unión entre derecho penal y filosofía política reformadora se rompió en la segunda mitad del pasado siglo, cuando, una vez consolidado el estado liberal, fue afirmándose en las disciplinas penalistas, y como reflejo en las prácticas institucionales, una concepción conservadora del derecho penal como técnica de control social, según diversas orientaciones*

---

<sup>164</sup> Se recomienda ver FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar*. México, Siglo XXI.

*autoritarias -idealistas, éticoestatalistas, positivistas, irracionalistas, espiritualistas, correccionalistas o también puramente tecnicistas y pragmáticas- que forman todavía el tácito trasfondo filosófico de la cultura penal dominante.*<sup>165</sup>

Ciertamente uno de los ejes orientadores que caracterizan el discurso de Ferrajoli es la crítica hacia el positivismo en su generalidad y también específicamente el positivismo jurídico. Definitivamente esta es, una concepción liberal de la función tuteladora que ejerce el derecho, aunque, aclaramos inicialmente en la obra Ferrajoli como jurista e investigador jurídico concretiza muy bien su problema y es que la problemática reside en la aplicación de una teoría garantista al derecho penal, ocasionada claro está por la crisis de legitimidad que impera en el derecho penal y que tiene que ver con esa diríamos nosotros pérdida de rumbo que tuvo la crítica hacia el sistema penal y que perdió la apuesta con el positivismo jurídico que fue la tendencia que imperó en Europa prácticamente todo el siglo XIX y que constituye una de las críticas totales de Luigi Ferrajoli y que también son evidentes dado que las tendencias positivistas siempre se han escondido detrás de esa gran falange que constituyó la segunda guerra mundial que fue el acontecimiento histórico decisivo que catapultó el triunfo de la idea de los derechos fundamentales, aunque es triste que dos guerras hayan ocasionado esa preocupación:

*Es a estas orientaciones eclécticas y pragmáticas, mucho más que a las doctrinas moralistas y positivistas del XIX ya desacreditadas filosóficamente, a las que está ligado idealmente el correccionalismo*

---

<sup>165</sup> FERRAJOLI Luigi, op. cit., p. 24.

*contemporáneo: por un lado el movimiento de la « Défense Sociale Nouvelle » promovido por Marc Ancel, que ha inspirado gran parte de la cultura y la práctica penales reformistas tras la segunda guerra mundial en Francia y en Italia, y que tiene como base teórica y programática el principio lisztiano de la diferenciación y la individualización de las penas, aun teñido de fines humanitarios.<sup>166</sup>*

Podemos ver así que Luigi Ferrajoli a lo largo de su clásica obra habla de ciertas orientaciones en la práctica penal reformista a las que por cierto crítica pero que se dan en el marco histórico posterior a la segunda guerra mundial. Por ejemplo cuando habla sobre las instituciones correccionales, también pone otros ejemplos teóricos de lo que han sido fallidas teorías el ámbito correccional de la pena, por ejemplo algunas ideas marxistas:

*Aunque se deban a Karl Marx los esbozos de una doctrina penal libertaria y las críticas quizá más radicales de la ideología correccionalista de tipo cristiano-burgués, una doctrina explícitamente antigarantista de la prevención especial fue elaborada. Como se ha visto. Por el más ilustre jurista marxista de este siglo, Evgenii Pasukanis, que ofreció las bases teóricas, resultando él mismo víctima de ellas, de los tratamientos terapéuticos y eliminatorios que concibió, en oposición al formalismo penal burgués, como medidas de defensa social sujetas a meras «reglas técnico-sociales»<sup>167</sup>*

Entre otras de las críticas que esboza sobresale una que por su importancia todavía nos sirve hoy en día es aquella referida a la:

---

<sup>166</sup> *Ibíd.*, p. 269.

<sup>167</sup> *Ibíd.*, p. 274.

*[...] prevención general llamada positiva, que atribuyen a las penas funciones de integración social a través del general reforzamiento de la fidelidad al estado así como de la promoción del conformismo de las conductas: desde las doctrinas que conciben genéricamente el derecho penal como un instrumento insustituible de «orientación moral» y de «educación colectiva »<sup>168</sup>*

Entre estas doctrinas se destacan las aportaciones de un penalista alemán Gunther Jakobs sobre quien Ferrajoli escribe lo siguiente:

*[...] inspirándose en las ideas sistémicas de Niklas Luhmann, justifica la pena como factor de cohesión del sistema político-social merced a su capacidad de restaurar la confianza colectiva, sobresaltada por las transgresiones, en la estabilidad del ordenamiento y por consiguiente de renovar la fidelidad de los ciudadanos hacia las instituciones.<sup>169</sup>*

Ferrajoli siempre ha estado en contra de estas teorías clasificadas como derecho penal del enemigo, hablamos específicamente ahora de Gunther Jakobs quien en su obra el Derecho Penal del Enemigo una pequeña obra conjunta con Manuel Cancio Meliá Derecho Penal del Enemigo expresa:

*En principio, un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del derecho también al criminal, y por ello por una doble razón : por un lado, el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su status como persona , como ciudadano , en todo caso : su situación dentro del derecho . Por otro, el delincuente tiene el*

---

<sup>168</sup> *Ibíd.*, p. 275.

<sup>169</sup> *Ídem.*

*deber de proceder a la reparación, y también los deberes tienen como presupuesto la existencia de personalidad, dicho de otro modo, el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho.*<sup>170</sup>

El garantismo de Ferrajoli si bien trabaja sobre la base ya contextualmente establecida en la ciencia jurídica de la noción de tutela es muy novedosa porque desarrolla esquemáticamente la visión garantista que debe tener el derecho, una visión que abarca un catálogo muy amplio de derechos fundamentales, que concilia como veremos adelante la noción tan polemizada de los derechos sociales, al tener como base el principio democrático y por supuesto de que se trata de un modelo garantista fundamentado sobre principios.<sup>171</sup> Así el garantismo en las propias palabras de Luigi Ferrajoli consiste en:

*[...] la tutela de los derechos fundamentales: los cuales -de la vida a la libertad personal, de las libertades civiles y políticas a las expectativas sociales de subsistencia, de los derechos individuales a los colectivos- representan los valores, los bienes y los intereses, materiales y prepolíticos, que fundan y justifican la existencia de aquellos «artificios -como los llamó Hobbes- que son el derecho y el estado, cuyo disfrute por parte de todos constituye la base sustancial de la democracia.*<sup>172</sup>

---

<sup>170</sup> JAKOBS, Günter y Manuel Cancio Melía, *Derecho Penal del enemigo*, Trad. Manuel Cancio Melía. 2º, Civitas, Madrid, 2006.

<sup>171</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. op. cit.*, p. 33.

<sup>172</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. op. cit.*, p. 28.

## 2.1. El garantismo y la constitución

Escribe con acierto Perfecto Andrés Ibáñez otrora ilustre jurista y traductor de la magna obra de Ferrajoli, algo que nos sirve para explicar mejor este tránsito que es uno de los ejes conductores de la obra de Ferrajoli y que explica los nuevos tiempos iluminados por las teorías neoconstitucionalistas que colocan en la base del sistema jurídico la protección y la defensa de los derechos fundamentales, algo que se conoce también como la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Esta constitucionalización no es otra cosa que el tránsito del Estado de Derecho al Estado Constitucional, pero vallamos ahora con Perfecto Ibáñez:

*Pues Ferrajoli, es, ciertamente, normativista, pero de un normativismo no ensimismado, sino realista y crítico, capaz de dar cuenta de la compleja naturaleza del derecho actual, incluidas las divergencias entre su realidad empírica y el deber ser jurídico-constitucional al que ésta debería ceñirse. Planteamiento que cobra cuerpo en una articulada concepción del garantismo que, nacida en el ámbito de la reflexión sobre el derecho y el sistema penal, en la perspectiva de un « derecho penal mínimo », ha sido ampliada hasta convertirse en el verdadero paradigma de la democracia constitucional.<sup>173</sup>*

Profundizando un poco acerca de la escuela jurídica en la que se inscribe nuestro autor en análisis, el mismo Andrés Ibáñez escribe lo que a continuación adjunto:

---

<sup>173</sup> IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, Prólogo, en FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Trad. Gius Laterza, Figli Spa, Roma-Bari, Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Ed. Trotta, Madrid, 1999, p. 9.

*Así, puede decirse, Ferrajoli es un kelseniano que, a fuer de serlo, no ha podido dejar de «matar al padre». En realidad sólo «víctima» de la crisis de desarrollo del propio sistema, cuando se le ha llevado a (todas) las últimas consecuencias, en la aplicación coherente y rigurosa de sus implicaciones al orden jurídico del actual constitucionalismo rígido. Éste, como se sabe amplía hacia arriba la pirámide normativa al incluir en ella un sistema de reglas sobre el deber ser del derecho positivo, que desencadena un inédito nomodinamismo, rico en consecuencias tanto para la fisiología y la proyección reguladora del ordenamiento como para la cultura jurídica.<sup>174</sup>*

Ahora el propio Luigi Ferrajoli, se refiere a un aspecto que caracteriza al pensamiento positivista y que ha sido siempre diferenciar al derecho de la moral este aspecto se observa en:

*La definición teórica de «derecho válido» - con arreglo al principio metacientífico del positivismo jurídico expresado por nuestra tercera tesis acerca de la separación entre derecho y moral- sigue siendo por tanto ideológicamente neutral: es válida, aunque sea injusta, cualquier norma o prescripción que sea conforme a las normas acerca de su producción.<sup>175</sup>*

Ahora sí, la respuesta a esos lastres o injusticias que acarreaba una ortodoxia positivista se encuentra en la moderna concepción adherente al Estado Constitucional:

---

<sup>174</sup> IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, *Prólogo. op. cit.*, p. 10.

<sup>175</sup> FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 358.

*Lo que ocurre es que entre las normas acerca de la producción de normas el moderno estado constitucional de derecho ha incluido múltiples principios ético-políticos o de justicia, que imponen valoraciones ético-políticas de las normas producidas y actúan como parámetros o criterios de legitimidad y de ilegitimidad no ya externos o iusnaturalistas, sino internos o iuspositivistas. En los viejos estados absolutos y en muchos de los modernos estados totalitarios las normas acerca de la producción de normas que están en el vértice del ordenamiento se limitan de hecho a conferir al poder soberano la potestad de legislar: en estos ordenamientos sería válida, por ejemplo, aun siendo injusta, una ley que confiriera al soberano poder arbitrario sobre la vida y la muerte, del mismo modo que fueron válidas, aun siendo manifiestamente injustas, las normas acerca de los tribunales especiales para la defensa del estado emanadas en Italia durante el fascismo. Normas de este tipo son por el contrario, en cualquier estado de derecho con Constitución rígida mínimamente garantista, no sólo injustas sino también inválidas por contravenir principios constitucionales relativos a los derechos humanos, la igualdad y la estricta legalidad penal.<sup>176</sup>*

Definitivamente esa clase de normas que no toman en cuenta criterios de corte iusnaturalistas, decimos iusnaturalistas porque de alguna forma esas ideas que encuentran principios de carácter natural inherentes al hombre conocidas como normas inmutables han propiciado de alguna forma la vigencia de los derechos fundamentales, pero también las ideas positivistas han

---

<sup>176</sup> FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 358.

permeado lo dijo Zagrebelsky “La constitución es la manifestación más alta de derecho positivo.”<sup>177</sup> Así pues la doctrina actual neoconstitucionalista a la que se ha ubicado a Ferrajoli propugna la aplicación de más principios y valores que reglas, que fuera la característica esencial del positivismo jurídico, aquí podemos encontrar esa proximidad con Dworkin, el jurista de los principios. Entonces, que es la constitución, enunciada desde las ideas de Ferrajoli, pero explicada por uno de sus seguidores:

*La constitución es un ambicioso modelo normativo que no puede dejar de experimentar, como de hecho experimenta incumplimientos y violaciones en sus desarrollos. Es un proyecto vinculante y su grado de realización depende, en última instancia, como ilustra Ferrajoli, del tratamiento dado a las garantías. De ahí la relevancia del papel de la jurisdicción, en concreto, de la actitud con que la misma se ejerza.*<sup>178</sup>

Aquí hallamos uno de los conceptos que más han guiado las ideas de Ferrajoli y es el papel de la justicia constitucional, específicamente el papel que ejercen los Tribunales Constitucionales correspondientes al sistema de justicia constitucional concentrada exitosos en las democracias europeas de avanzada. También otro tema de extrema importancia no únicamente de Ferrajoli sino en sí de la teoría neoconstitucionalista la función del juez: “[...] el derecho es siempre una realidad no natural sino artificial, construida por los hombres,

---

<sup>177</sup> Véase ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trad. Marina Gascón, 3ª, Editorial Trotta, Madrid, 1999.

<sup>178</sup> IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, *Prólogo*, *op. cit.*, p. 11.

incluidos los juristas, que tienen una parte no pequeña de responsabilidad en el asunto.»<sup>179</sup>

La participación de los jueces como intérpretes de la ley en el estado constitucional de derecho goza de una posición privilegiada como artífices de la ponderación de principios y valores en el ordenamiento jurídico, así podemos hacer referencia a uno de los juristas que también se ubica en la temática del neoconstitucionalismo Ronald Dworkin:

*Me gustaría añadir (aunque espero que no haga falta) que los jueces no tienen por qué decidir entre evaluar las consecuencias de una manera tan personal e ignorarlas por completo. Nadie piensa que los jueces puedan o deban decidir los casos « mediante un algoritmo que se pretende guie a los jueces a la Única Decisión Correcta a través de un proceso lógico o de cualquier otro modo formal, mediante la única ayuda de los materiales canónicos de la decisión judicial, como el texto de la ley o la Constitución y las sentencias anteriores » Esta descripción de la aplicación judicial del derecho es un hombre de paja y siempre lo fue. Los jueces deben tener en cuenta las consecuencias de sus decisiones por supuesto, pero sólo pueden hacerlo en la forma indicada por los principios enraizados en el derecho como un todo, principios que dictaminan qué consecuencias son relevantes y que peso debe*

---

<sup>179</sup> FERRAJOLI, Luigi, El derecho como sistema de garantías, en FERRAJOLI Luigi, *Derechos y garantías. op. cit.*, p. 18.

*asignárseles. Tienen que decidir conforme a estos principios, u no conforme a sus propias preferencias políticas o personales.*<sup>180</sup>

Luigi Ferrajoli también en su obra “Derecho y Garantías. La Ley del más débil, se avoca primeramente al problema de la crisis de legalidad, que a ocasionado según él “una crisis profunda y creciente del derecho”<sup>181</sup>:

*[...] Se expresa en la ausencia o en la ineficacia de los controles, y, por tanto, en la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad en el poder. En Italia – pero me parece que, aunque en menor medida, también en Francia y en España – numerosas investigaciones judiciales han sacado a la luz un gigantesco sistema de corrupción que envuelve a la política, a la administración pública, a las finanzas y la economía, y que se ha desarrollado como una especie de Estado paralelo, desplazado a sedes extra-legales y extra-institucionales, gestionado por las burocracias de los partidos y por los lobbies de los negocios, que tiene sus propios códigos de comportamiento.*<sup>182</sup>

Este aspecto de la crisis jurídica como él lo define, observamos que la corrupción es el enemigo más grande a vencer actualmente en la democracia, hablando de su país Ferrajoli añade: “En Italia, además, la ilegalidad pública se manifiesta también en la forma de crisis constitucional, es decir, en la progresiva degradación del valor de las reglas del juego institucional y del

---

<sup>180</sup> DWORKIN Ronald, *La justicia con toga*, Trad. Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortíz de Urbina Gimeno, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2007, p. 122.

<sup>181</sup> *Ibíd.* p. 15.

<sup>182</sup> *Ídem.*

conjunto de límites y vínculos que las mismas imponen al ejercicio de los poderes públicos.”<sup>183</sup>

Los otros aspectos que definen la “gran” crisis” son “[...] la inadecuación estructural de las formas del Estado de derecho a las funciones del Welfare State,<sup>184</sup> agravada por la acentuación de su carácter selectivo y desigual que deriva de la crisis del Estado Social.”<sup>185</sup> El tercer y último aspecto en esta cuestión está:

*[...] ligado a la crisis del Estado nacional y que se manifiesta en el cambio de los lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes y por consiguiente, en un debilitamiento del constitucionalismo. El proceso de integración mundial, y específicamente europea ha desplazado fuera de los confines de los Estados nacionales los centros de decisión tradicionalmente reservados a su soberanía, en materia militar, de política monetaria y políticas sociales. Y aunque este proceso se mueva en una línea de superación de los viejos y cada vez menos legitimados y legitimables Estados nacionales y de las tradicionales fronteras estatistas de los derechos de ciudadanía, está ahora poniendo en crisis, a falta de un constitucionalismo de derecho internacional, la tradicional jerarquía de las fuentes. Piénsese en la creación de nuevas fuentes de producción, como las del derecho europeo comunitario [...] sustraídas a controles parlamentarios y al*

---

<sup>183</sup> FERRAJOLI Luigi, El derecho como sistema de garantías, en FERRAJOLI Luigi, *Derechos y garantías, op. cit.*, p. 15.

<sup>184</sup> Estado de bienestar.

<sup>185</sup> *Ibíd.* p. 16.

*mismo tiempo, a vínculos constitucionales tanto nacionales como supra-nacionales.*<sup>186</sup>

Este fenómeno de la globalización y también de la integración concerniente primeramente a Europa es la temática más actual, y que también observa un jurista muy notable y que se mueve en la línea neoconstitucional que incorpora “principios” al ordenamiento jurídico Zagrebelsky escribió en un libro contemporáneo que también ha sido de gran valía para el estudio actual de la ciencia jurídica:

*Desde finales del siglo pasado actúan vigorosamente fuerzas corrosivas, tanto interna como externamente: el pluralismo político y social interno. Que se opone a la idea misma de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso, con frecuencia en dimensiones totalmente independientes del territorio estatal; la progresiva institucionalización, promovida a veces por los propios Estados de «contextos» que integran sus poderes en dimensiones supraestatales, sustrayéndolos así a la disponibilidad de los Estados particulares; e incluso la atribución de derechos a los individuos que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenecen.*<sup>187</sup>

---

<sup>186</sup> FERRAJOLI Luigi, El derecho como sistema de garantías, en Ferrajoli Luigi, *Derechos y garantías*, op. cit., p. 17.

<sup>187</sup> ZAGREBELSKY Gustavo, op. cit.

Se trata pues, de una “transformación de la soberanía;”<sup>188</sup> sin embargo continuando en el análisis del pensamiento de Luigi Ferrajoli en torno a los derechos fundamentales, podemos proponer que Ferrajoli según lo deducimos de Perfecto Andrés Ibáñez no es antipositivista, en su libro que actualmente citamos escribió:

*Me parece que este diagnóstico podría responder a una suerte de falacia naturalista o, quizá mejor, determinista: nuestros sistemas jurídicos son como son porque no podrían ser de otro modo. El paso irreflexivo del ser al deber ser –importa poco si en clave determinista o apologética –es el peligro que me parece está presente en muchas actuales teorizaciones de la descodificación, la deslegislación o desregulación. No cabe duda de que una aproximación realista al derecho y al concreto funcionamiento de las instituciones jurídicas es absolutamente indispensable y previo si no se quiere caer en la opuesta y no menos difusa falacia, idealista, normativista, de quien confunde el derecho con la realidad, las normas con los hechos, los manuales de derecho con la descripción del efectivo funcionamiento del mismo.<sup>189</sup>*

## **2.2. Ferrajoli y los derechos fundamentales**

En este capítulo la obra de Luigi Ferrajoli es fundamental pues es un teórico de gran calado quien puso en la mesa de discusión del foro jurídico la importancia que tiene avanzar en el estudio de los derechos fundamentales y en su aplicación, para Ferrajoli, “reconocer el carácter supra - estatal de los derechos fundamentales y, como consecuencia prever en sede internacional

---

<sup>188</sup> *Ídem.*

<sup>189</sup> *Ibidem.*, pp. 17-18.

garantías idóneas para tutelarlos y darles satisfacción incluso contra o sin sus estados;”<sup>190</sup> como es de notarse, indudablemente Ferrajoli pertenece a una generación de posguerra que de manera directa e indirecta padeció los estragos ocasionados por la segunda guerra mundial, es de esperarse que los derechos fundamentales ocupen un lugar preeminente en la obra de Ferrajoli y de hecho lo son, la obra de Ferrajoli no puede concebirse sin la esencia de los Derechos Fundamentales y son la parte vívida de su teoría del garantismo que como sabemos inicia en el ámbito de aplicación del derecho penal y Ferrajoli lo traslapa al derecho constitucional.

Aunque Ferrajoli es la causa y fin de este capítulo, otro jurista a quien ya aludí ha sido también trascendental para la moderna y diríamos neoconstitucional concepción de los derechos fundamentales, se trata de Ronald Dworkin, cuyo libro “Los derechos en serio”<sup>191</sup> (Taking rights seriously) apareció publicado en 1978 y causó gran revuelo, publicado por Harvard University Press.

Dworkin es citado por Luigi Ferrajoli en su primera gran obra, en ella en una nota de a pie de página respaldando sus opiniones consignó, las aportaciones de Dworkin al hablar acerca de las obligaciones del legislador contenidas en el artículo primero de la segunda parte de la Constitución francesa de 1795, limitándose así la “omnipotencia del legislador [...] teniendo como fin exclusivo la tutela de los derechos individuales.”<sup>192</sup> Es en este párrafo

---

<sup>190</sup> FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 31.

<sup>191</sup> DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Trad. Marta Guastavino, 9º, Ariel, Barcelona, 2009.

<sup>192</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, op. cit.*, p. 860.

donde Luigi Ferrajoli tiene a bien citar a Ronald Dworkin de quien comenta que en el libro al que ya aludimos los derechos en serio:

*[...] sostiene el carácter anti-utilitarista de los derechos fundamentales, si por «utilidad» Se entiende la utilidad general: «el beneficio general no constituye una buena base para recortar los derechos»; en efecto, «ningún sentido tendría jactarnos de que respetamos los derechos individuales a menos que ello lleve implícito cierto sacrificio, y el sacrificio en cuestión debe ser que renunciemos a cualesquiera beneficios marginales que pudiera obtener nuestro país al dejar de lado estos derechos toda vez que resultan inconvenientes.»<sup>193</sup>*

También se refiere a Dworkin, Ferrajoli en el libro “Derechos y garantías. La Ley del más débil” cuando dice: “Yo creo que hoy ya no es posible hablar con decencia de democracia, igualdad, garantías, derechos humanos y universalidad de derechos sino tomamos finalmente « en serio » según la feliz fórmula de Dworkin – la Declaración Universal de derechos de la ONU de 1948 y los pactos sobre derechos de 1966.”<sup>194</sup>

Los derechos fundamentales serán la nueva nominación, que a partir del periodo de posguerra se consolidará como la más adecuada, pero su origen radica indefectiblemente en los derechos individuales, que constituyen la característica más renombrada del salto del Estado Absoluto al Estado de Derecho, los derechos fundamentales pues, tienen la cualidad de que como el fin inicial del Estado de Derecho pretenden hacernos a todos nosotros iguales ante la ley. Solo que en el Estado de Derecho, los derechos de la propiedad

---

<sup>193</sup> FERRAJOLI Luigi, *Derecho y razón*, op cit., p. 893.

<sup>194</sup> FERRAJOLI Luigi, *El derecho como sistema de garantías*, en op. cit., p. 31.

que Ferrajoli opina “excluyen” superviven ampliamente, esto daría lugar a la búsqueda de una noción jurídica de “inclusión” y la ideal lo son los derechos fundamentales, así pues a todo esto Ferrajoli aporta que:

*[...] en efecto, los derechos fundamentales constituyen la base de la moderna igualdad, que es precisamente una igualdad en droits , en cuanto hacen visibles dos características estructurales que los diferencian de todos los demás derechos, a empezar por el de la propiedad: sobre todo su universalidad , es decir, el hecho de que corresponden a todos y en la misma medida, al contrario de lo que sucede con los derechos patrimoniales, que son derechos excludendi alios, de los que un sujeto puede ser o no titular con exclusión de los demás; en segundo lugar, su naturaleza de indisponibles e inalienables tanto activa como pasiva, que los sustrae al mercado y a la decisión política, limitando la esfera de lo decidible de uno y otra vinculándola a su tutela y satisfacción.<sup>195</sup>*

El sendero por el estudio y defensa de los derechos fundamentales recorrido por Luigi Ferrajoli, lo hace transitar del Estado de Derecho al moderno Estado Constitucional, del positivismo al neoconstitucionalismo, camina en las veredas del conocimiento jurídico con la rigurosidad que debe ostentar un investigador jurídico, advierte la transformación de la soberanía estatal, y se afirma comprometido contra los poderes salvajes y abierto a la internacionalización de los derechos humanos. Son esos múltiples aspectos de la teoría Ferrajoli los que indican que los derechos fundamentales son el hilo

---

<sup>195</sup> Ferrajoli Luigi, El derecho como sistema de garantías, en FERRAJOLI Luigi, *Derechos y garantías*, Op. cit., p. 23.

conductor de su ya no solamente teoría del garantismo penal sino de su teoría constitucional. Así Ferrajoli arriba a la democracia constitucional:

*La democracia constitucional es una construcción jurídica y a la vez una construcción política y social, confiada por un lado a la elaboración y proyección teóricas, por otro a la práctica política y a las luchas sociales. Al igual que el derecho, que es el lenguaje en el que pensamos las formas y las técnicas de garantía, la democracia constitucional es una construcción artificial de cuya proyección todos somos responsables.*<sup>196</sup>

El compromiso democrático de Luigi Ferrajoli que solo concibe una democracia que toma “en serio” los derechos fundamentales es esencial para comprender su obra jurídica, a la vez también el carácter supraestatal de los derechos humanos va coaligado también a su interpretación:

*Hacer verdadera la democracia, tomar en serio los derechos fundamentales del hombre tal como vienen solemnemente proclamados en nuestras constituciones y en las declaraciones internacionales quiere decir hoy poner fin a ese gran apartheid que excluye de su disfrute a las cuatro partes del género humano. Y esto significa, a su vez, dos cosas. Ante todo, reconocer el carácter supra-estatal de los derechos fundamentales y, como consecuencia, prever en sede internacional*

---

<sup>196</sup> FERRAJOLI Luigi, La esfera de lo indecidible y la división de poderes., en GONZÁLEZ-ARÉCHIGA Bernardo, *Gobernabilidad y participación*, Forum Universal de las Culturas 2007, Fondo Editorial de Nuevo León, Monterrey, 2007. pp. 31-32.

*garantías idóneas para tutelarlos y darles satisfacción incluso contra o sin sus Estados.*<sup>197</sup>

---

<sup>197</sup> Ferrajoli Luigi, El derecho como sistema de garantías. En Ferrajoli Luigi. Derechos y garantías. Op. cit., p.31.

## Capítulo IV Seguridad y violencia

### 1. Violencia: Una explicación criminológica

Considerada como fenómeno paradigmático y complejo, definitivamente la violencia es un fenómeno de altísima complejidad y cuyo enfoque jamás podría ser parcial o unilateral, para estudiar la violencia y sus manifestaciones son necesarias unas perspectivas, unos enfoques interdisciplinario y multidisciplinario para hablar de violencia deben tomarse en cuenta varios aspectos:

- a) La violencia de los órganos burocráticos del Estado, del servicio público, conocida también como violencia institucional.
- b) Violencia visible o violencia anómica

Después de todo, la violencia es después de todo tanto un hecho social, como un proceso simbólico, algunos autores se atreven a formular que dado lo complejo del fenómeno de la violencia, asociado a los hechos sociales y a los procesos simbólicos que definen a la persona, al hombre en sus relaciones sociales, ésta también podría considerarse y de modo nada halagador como: “un hecho de civilización que, como tal, debe ser considerado como hecho social o supranacional...; hecho que podemos considerar en vías de ritualización mediante su escenificación permanente en los medios de comunicación.”<sup>198</sup>

---

<sup>198</sup> IMBERT, Gerard, *Los escenarios de la violencia*, Icaria, Barcelona, 1992, p. 17. Además del proceso simbólico – racional que impone el rito, la ritualización posmoderna de la violencia, como una oferta y un medio de distracción permanente ofrecido por los medios de comunicación, se ha reforzado por investigaciones recientes promovidas entre otras

En el presente análisis no debe obviarse que la violencia es por lo tanto un hecho social, un proceso simbólico que irrumpe con consecuencias en el orden social establecido, ese orden social, en las sociedades occidentales se encuentra sustentado en un estado de derecho, que funciona como una variable del control social, pero el control social para ejercerse necesita necesariamente de la afirmación de los otros, en los sistemas sociales que integran la o las civilizaciones humanas, las sociedades humanas están unidas por una suerte de contrato social<sup>199</sup> que legitima socialmente el marco de convivencia occidental. Pero ese marco de convivencia no es perfecto, pues siguiendo la doctrina hobbesiana el ser humano, el hombre, la persona en su más acabada expresión, no es un ser humano débil, posee un arbitrio y un temperamento subversivo es un ser social, pero también un producto cultural, como culturales son las características sociales y culturales básicas que el hombre adquiere en su desarrollo.

Surge como un elemento que en el ser humano como ser social y con una correspondencia cultural, irrumpe en el universo de ese contrato social, irrumpe la disolución, la vigencia del contrato aparecen dos ideas básicas de la violencia, la violencia como conducta y la violencia como concepto.

Como concepto la violencia, aparece en el discurso occidental de forma temprana con filósofos como Hegel, Sorel, Marx, Engels, no obstante la

---

instituciones, por las aportaciones de la Escuela de Periodismo de la Universidad de Columbia, en ellas se ha puesto de relieve: "evaluar la influencia e impacto de la industria fílmica sobre los hábitos sociales." GONZÁLEZ Cortés, María Teresa, La violencia en los telediaros, en ELÓSEGUI, M., GLEZ Cortés, M.T., GAUDÓ C., (Eds.), *El rostro de la violencia. Más allá del dolor de las mujeres*, Icaria, Barcelona, 2002, p. 13.

<sup>199</sup> IMBERT, Gerard, *op. cit.*, p. 11.

violencia aparecía con un carácter difuso,<sup>200</sup> que dificultaba su comprensión y su distinción y que impedía el posterior carácter que adquiriría como un aspecto prevenible por los derechos humanos. La violencia posteriormente fue analizada de una manera tardía solo en su valor político, como una “epifenómeno, fenómeno central, metacategoría social.”<sup>201</sup>

Es de esta manera como puede comprenderse que el fenómeno de la violencia responde a una conducta, a una forma de relacionarse en sociedad,<sup>202</sup> como una violencia real, representada, ritual, social, es un hecho social, que nunca debe estudiarse de manera aislada, porque la violencia asume distintos caracteres de los cuales la violencia política es uno de ellos que merece estudiarse con suma cautela. La violencia es entonces un hecho social global.<sup>203</sup>

Para su estudio la violencia depende del planteamiento de ciertas condiciones que sirven como caldo de cultivo para su desarrollo, éstas pueden ser las condiciones colectivas, el imaginario social, motivaciones racionales e irracionales, códigos, lenguajes y relaciones sociales.<sup>204</sup>

Los expertos han asociado el surgimiento de un tipo de violencia denominada como violencia social, ésta trata de un efecto “orgánicamente inherente a la sociedad de clases, cuando se sigue la línea marxista en el

---

<sup>200</sup> IMBERT, Gerard, *op. cit.*, p.11.

<sup>201</sup> *Ídem.*

<sup>202</sup> *Ibidem.*, p. 12.

<sup>203</sup> *Ídem.*

<sup>204</sup> *Ídem.*

sentido de que la materialización de relaciones basadas en la propiedad privada impone el ejercicio de una violencia social.”<sup>205</sup>

### **1.1 El fenómeno de la violencia**

En el análisis de la violencia Imbert distingue dos clases de violencia la violencia privada y la violencia colectiva, la violencia privada la clasifica de la siguiente forma:

#### I.- Violencia privada

##### 1.- Violencia criminal

a) Mortal: crímenes, asesinatos, envenenamiento, (incluyendo parricidios e infanticidios), ejecuciones capitales, etc.

b) Corporal: golpes y heridas voluntarias.

##### 2.- Violencia no criminal

a) Suicida (suicidios y tentativa de suicidio).

b) Accidental (entre otros, accidentes de tráfico).<sup>206</sup>

Imbert clasifica la violencia colectiva de la siguiente manera:

#### II.- Violencia colectiva

1.- La violencia de poder contra los ciudadanos.

---

<sup>205</sup> SODRÉ, Muniz, *Sociedad, cultura y violencia*, Norma, Bogotá, 2001, p. 20.

<sup>206</sup> IMBERT, Gerard, *op. cit.*, p 14.

a) El terrorismo de Estado.

b) La violencia industrial.

2.- La violencia paroxística: La guerra.<sup>207</sup>

### **1.1.1 La violencia como monopolio del Estado**

El Estado es el máximo garante del orden público, para garantizar el orden público, el cumplimiento efectivo de sus funciones estatales, y prever un sistema constitucional de derechos y garantías para sus ciudadanos, que legitime el contrato social, el Estado ha de disponer de instituciones jurídicas que “ocasionalmente”<sup>208</sup> – en el caso de la policía- tendrán que recurrir a la violencia pero siempre subyugados por “el imperio de la ley, rigiéndose por los principios establecidos en el orden jurídico,” y constitucional.<sup>209</sup> Estas instituciones han sido tradicionalmente la policía, la administración de justicia, y el sistema penitenciario. Estos dos últimos no pueden utilizar bajo ninguna circunstancia el argumento del uso de la violencia física o de cualquier clase para establecer o restablecer el orden.

Para abordar cada una de las siguientes instituciones es necesario aclarar que las desarrollaré a continuación, comenzando con el concepto de policía, el concepto de policía se encuentra coaligado con la idea de Estado, pero más aun con la razón de Estado, siguiendo a Sozzo:

---

<sup>207</sup> IMBERT, Gerard, *op. cit.*, p 14.

<sup>208</sup> URRRA Portillo, Javier, *op. cit.*, p. 199.

<sup>209</sup> *Ídem.*

*...la doctrina o razón de estado liberó la imaginación de la actividad gubernamental de la subordinación a las leyes y preceptos divinos, reconociendo al Estado como un ente material con su propia naturaleza, un tanto misteriosa, que es preciso conocer racionalmente a través de un cierto tipo de saber específico – la estadística, la aritmética política – y sobre el cual es preciso intervenir prudentemente, a los fines no de establecer maquiavélicamente el poder del príncipe, sino justamente en las antípodas – la fuerza del estado, frente a otros Estados potencialmente adversarios – de allí la importancia de las técnicas político – diplomáticas.<sup>210</sup>*

La policía a través del tiempo ha perdurado como una “técnica de gobierno propia del Estado,”<sup>211</sup> como “conjunto de discursos y prácticas que se imaginan coextensivos al cuerpo social,”<sup>212</sup> como una regulación de ese “nuevo cuerpo”<sup>213</sup> que es la población y que dará nacimiento a la moderna ciencia de la policía.<sup>214</sup>

La policía, en el estado social y de derecho escribe Urra Portillo: “ha de proteger el ejercicio de derechos y libertades, garantizando la seguridad ciudadana, manteniendo el orden, evitando la comisión de delitos, investigando los que se producen y deteniendo a sus autores. Debe dar satisfacción a las expectativas de las víctimas. Es un servicio público con un carácter coactivo no

---

<sup>210</sup> SOZZO, Máximo, *Inseguridad, prevención y policía*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO Sede Ecuador), Municipio del Distrito Metropolitano de Quito (MDPQ), Corporación Metropolitana de Seguridad Ciudadana (CORPOSEGURIDAD), Quito, 2008, pp. 233-234.

<sup>211</sup> SOZZO, Máximo, *op. cit.*, p.

<sup>212</sup> *Ibidem.*

<sup>213</sup> *Ibidem.*

<sup>214</sup> *Ibidem.*

reñido con un trato correcto con la comunidad.”<sup>215</sup>Urta Portillo además agrega que la policía es un servicio público, en el cual la sociedad deposita “...las armas de fuego, el monopolio represor del Estado, busca superar la ley de la selva, la lucha entre los ciudadanos, la ley del más fuerte o más rápido.”<sup>216</sup>

El uso de la fuerza que de manera legítima le corresponde al Estado, le corresponde de manera particular y ocasional, a las fuerzas policiales, ellas ocasionalmente tendrán que: “recurrir a la violencia,”<sup>217</sup> pero como comenté en líneas anteriores sujetas al imperio de la ley, como lo establece el marco conceptual para la práctica del estado de derecho. La policía para cumplir sus funciones de manera adecuada precisa de ser un cuerpo policial profesionalizado pues: “una sociedad en constante cambio precisa de unas fuerzas de seguridad en evolución, que incorporen los nuevos avances científicos y la tecnología adecuada al cumplimiento de sus objetivos.”<sup>218</sup>

Los cuerpos policiales para cumplir sus funciones deberán satisfacer los siguientes requisitos de acuerdo con Urta Portillo:

- a) Saber exactamente lo que se le demanda, definiéndolo operativamente (unidades de registro y relaciones entre ellas).<sup>219</sup>
- b) Categorizar las variables (valorando cuantitativamente las evoluciones).
- c) Contrastar las diversas fuentes disponibles (unidades de apreciación, determinando los datos y ejecutando el análisis).<sup>220</sup>

---

<sup>215</sup> URRA Portillo, Javier, *op. cit.*, p. 199.

<sup>216</sup> URRA Portillo, Javier, *op. cit.*, p. 199.

<sup>217</sup> *Ídem.*

<sup>218</sup> URRA Portillo, Javier, *op. cit.*, p. 199.

<sup>219</sup> *Ibidem.*, p. 200.

- d) Buscar la reducción de la tensión social y de la percepción objetiva y subjetiva de inseguridad. En su encuentro con el ciudadano debe mostrar una escucha activa y una toma de decisión acertada.<sup>221</sup>
- e) Formar profesionales insertos en la colectividad que faciliten la integración de los ciudadanos en la identificación de la problemática de seguridad y en la participación activa para la superación de la misma.<sup>222</sup>

## 1.2 Violencia familiar y de género

La violencia familiar y de género se encuentran íntimamente relacionadas como bien expresa Reviriego Picón: “La lucha contra la violencia familiar y de género tiene uno de sus pilares fundamentales en la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.”<sup>223</sup>

El concepto de género hace referencia a “un concepto construido socialmente a partir de un conjunto de ideas, creencias y representaciones que cada cultura ha generado a partir de las diferencias sexuales entre hombres y mujeres. Podemos encontrar que estas características construidas han sido la causa de desigualdades, marginación y subordinación para la mayoría de las mujeres.”<sup>224</sup>

El género es una realidad biológica, social y cultural, por lo que “se hace necesario aclarar que género afecta tanto a hombres como a mujeres, que la

---

<sup>220</sup> *Ídem.*

<sup>221</sup> *Ídem.*

<sup>222</sup> *Ídem.*

<sup>223</sup> REVIRIEGO Picón, Fernando, Tutela institucional, en ARANDA, Elviro (Dir.), *Estudios sobre la ley integral contra la violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2005, p.103.

<sup>224</sup> SILVA Rosales, Patricia, El género en la sociedad, en CHÁVEZ Carapia, Julia del Carmen, *Perspectiva de género. Género y Trabajo social*, UNAM, México, 2004, p. 14.

definición de feminidad implica también una de masculinidad, por lo que no podemos pensar sólo en mujeres cuando hablamos de género pues este concepto implica las relaciones entre ambos sexos.”<sup>225</sup>El género de ninguna manera debería implicar actitudes discriminatorias y violentas hacia la mujer, gracias al esfuerzo de los organismos internacionales especialmente de órganos de la ONU, la discriminación hacia la mujer, y su familia, cuando la violencia contra la mujer, se enlaza con la violencia familiar y de género, es considerada una forma de violencia, prácticas de éste tipo suelen presentarse por ejemplo: “porque se considera el hecho de que la mujer tenga capacidad biológica para el embarazo y la lactancia la limita de por vida al trabajo en la esfera privada para ser madre, esposa, ama de casa, independientemente de las actividades remuneradas o no que realice fuera de casa.”<sup>226</sup>

De acuerdo a un Informe de Amnistía Internacional: “En los últimos años han aumentado en México las campañas de concientización que informan a las mujeres de su derecho a denunciar la violencia doméstica y a reclamar justicia. También se ha incrementado la formación de numerosos cargos de diferentes niveles del aparato del Estado, destinada a desarmar la reticencia mostrada tradicionalmente y a integrar la perspectiva de género en su trabajo con el fin de mejorar el modo en que se gestionan los casos.”<sup>227</sup>

El enfoque de género en los casos de violencia familiar es esencial, Dado que la violencia familiar presenta generalmente problemas de relación de dominio y de violencia, que reparan considerablemente de manera muy

---

<sup>225</sup> SILVA Rosales, Patricia, *op. cit.*, p. 14-15.

<sup>226</sup> *Ibidem.*, p. 14.

<sup>227</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La lucha de las mujeres por la seguridad y la justicia. Violencia familiar en México*, Reino Unido, 2008, p. 26.

preocupante en el desarrollo y en el bienestar de la mujer, pues esta es el objeto de un clima de violencia, que la lastima y la perjudica en su desarrollo personal, con efectos en la familia, cuando la violencia de género se convierte en violencia familiar.

En México en atención a diversas medidas a las que el Estado se ha comprometido en la firma y ratificación de diversas convenciones internacionales en materia de derechos humanos, muy específicas en protección de la mujer, de la familia y de grupos vulnerables,<sup>228</sup> se han introducido paulatinamente y con cautela medidas transversales o acciones afirmativas en materia de equidad de género, en el caso de México, un ejemplo es el enfoque o perspectiva de género en los protocolos policiales, de tal manera que el enfoque de género: “Sirve para captar cómo se reproducen y reproducen las relaciones de género dentro de una problemática específica y para visualizar y reconocer la existencia de relaciones de jerarquía y desigualdad entre hombres y mujeres expresadas en opresión, injusticia, subordinación, discriminación mayoritariamente hacia la mujer.”<sup>229</sup>

En materia de violencia de género las policías como instituciones del Estado de Derecho, debe estar atentas en el seguimiento de su responsabilidad jurídica y social hacia la comunidad, en especial tiene la obligación de focalizar los casos de violencia familiar y de género, identificando los factores de riesgo que se presentan para detectar los casos. Para el

---

<sup>228</sup> “Así pues, queda claro que no puede recurrirse únicamente a un modelo de capacitación y actualización sino que habrá que ir más allá y sobre todo ligarlo a los Derechos Humanos y a la perspectiva de género y de quienes padecen situaciones de vulnerabilidad.” *Manual de implementación del protocolo de actuación policial en materia de violencia de género*, Gobierno Federal, México, 2012, p. 6.

<sup>229</sup> *Ídem.*, p. 6.

tratamiento policial de la violencia de género Las instituciones policíacas deben tomar en cuenta los elementos constitutivos de su actuación:

- a) Política pública en materia de seguridad
- b) Liderazgo y mando policial (toma de decisiones)
- c) Protocolo de actuación policial en materia de violencia familiar y de género
- d) Actuación policial

El enfoque de género para el tratamiento y prevención de la violencia familiar es importante porque no debe olvidarse que la perspectiva de género se refiere a: “la relación equitativa entre ambos sexos, sabiendo respetar diferencias biológicas, y por tanto nos lleva a entender las relaciones hombre-mujer desde otro punto de vista, muy estudiado por un sinnúmero de investigadoras e investigadores.”<sup>230</sup>

En los estudios de género y esto como objeto especial de tratamiento de violencia familiar y de género, el enfoque y la perspectiva de género siempre vinculado hacia la mujer, será importante, pues esta categoría se ha desarrollado en parte por la propia definición y autodeterminación de la mujer: “Cuando la mujer se redefinió en las teorías feministas y en los estudios de género como categoría de género se concluyó que: “esto implica el conjunto de relaciones sociales entre géneros, reconociendo las identidades femeninas y

---

<sup>230</sup> SILVA Rosales, Patricia, *op. cit.*, p. 13.

masculinas dentro del marco de respeto a las diferencias que guarda cada uno de los dos sexos.”<sup>231</sup>

La violencia familiar se define de la siguiente manera: “alude a toda forma de abuso que tiene lugar en las relaciones entre los miembros de una familia. Se define como relación de abuso aquella forma de interacción que, enmarcada en un contexto de desequilibrio de poder, incluye conductas de una de las partes que, por acción o por omisión, ocasionan daño físico o psicológico a otro miembro de la relación.”<sup>232</sup>

La violencia familiar se asume, por dos colectivos o grupos vulnerables, que son los más próximos a padecerla por tradición simbólica: los niños y la mujer. Esto ha generado un enfoque institucional, que mediante la perspectiva o enfoque de género, pretende comprender y solucionar el problema de la violencia familiar y de género.

La violencia en el ámbito familiar es la forma más común de violencia de género experimentada por mujeres en todo el mundo. Según cálculos de la ONU, una de cada tres mujeres sufre de violencia física a manos de su pareja a lo largo de su vida. En México, en un estudio realizado en 2006, una de cada cuatro mujeres afirmó que había sufrido violencia física o sexual a manos de su pareja.

Son pocos los casos de violencia que se denuncian, y aun menos los que concluyen con el enjuiciamiento o la condena de los responsables o con la restitución de las víctimas. El patrón mejor documentado de violencia contra las

---

<sup>231</sup> *Ibidem.*, pp. 16-17.

<sup>232</sup> ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS, *La violencia familiar. Actitudes y representaciones sociales*, Editorial Fundamentos, Madrid, 1999, p. 11.

mujeres en México es el asesinato de más de 430 mujeres y niñas a lo largo de los últimos 15 años; otras más de 30 permanecen desaparecidas en Ciudad Juárez y la Ciudad de Chihuahua, en el estado de Chihuahua. Muchas de las mujeres asesinadas fueron víctimas de violencia en el ámbito familiar. (Amnistía Internacional).

Un factor común a muchos de estos delitos – entre los que se encuentran asesinatos por motivos sexuales, abusos físicos y psicológicos en la familia durante años y presuntos secuestros – es que las autoridades no adoptaron medidas adecuadas de prevención y castigo. (Amnistía Internacional).

Amnistía Internacional cree que en los últimos años México ha realizado importantes progresos en la defensa del derecho de las mujeres a no sufrir violencia. En especial en muchas leyes federales y estatales se han incorporado de forma gradual normas de derechos humanos. Sin embargo, sigue habiendo una necesidad urgente de salvar la distancia entre la ley y su puesta en práctica y de evaluar el impacto de las medidas para garantizar que se elaboren estrategias efectivas para abordar la violencia contra las mujeres. (Amnistía).

Amnistía Internacional, nos brinda un panorama acerca del difícil panorama de la violencia familiar en México y que perjudica gravemente a las mujeres: Los derechos de las mujeres se han convertido en un asunto de importancia creciente en México. En los últimos años se han adoptado algunas medidas legislativas positivas para reforzar el derecho a la igualdad y la no discriminación y para que la violencia doméstica sea tipificada como delito.

Por ejemplo en 2006, la SCJN (Suprema Corte de Justicia de la Nación) falló que la violación conyugal constituía delito. Estas medidas son especialmente importantes a nivel estatal donde, los artículos discriminatorios, tanto en los códigos penales como en los civiles, han socavado el derecho de las mujeres a acceder a la justicia.

En México, se ha logrado en un tiempo relativamente corto, llevar a cabo una serie de acciones, no solamente legislativas tendentes a enfrentar un problema que hasta hace diez años había sido totalmente soslayado. En ese sentido es un gran avance el que se haya empezado a reconocer la violencia familiar como un fenómeno que afecta significativamente a nuestra sociedad y que es producto de un sistema ancestral de discriminación hacia las mujeres.

Sin embargo, la conformación de un marco jurídico adecuado, si bien es indispensable para enfrentar el fenómeno de la violencia familiar, por sí solo no resuelve el problema de la violencia si al mismo tiempo no se ponen en marcha programas sociales y acciones preventivas, que a través de la educación, promuevan en la sociedad la cultura de respeto a la dignidad de las personas.

Si bien, se han incrementado los servicios tanto privados como gubernamentales, para la atención de las víctimas de la violencia, éstos siempre resultan insuficientes para atender en su totalidad la demanda, aún persisten estereotipos y creencias prejuiciosas, hondamente arraigadas en el ánimo de las autoridades administrativas y judiciales, y aun en los propios abogados defensores de las víctimas, que consideran que el fenómeno de la violencia es un asunto del orden privado de las personas.

Estos mismos prejuicios influyen para que las propias víctimas, en ocasiones, no se identifiquen a sí mismas como tales, menos aún estarán dispuestas a iniciar algún proceso legal en contra de sus victimarios.

La violencia doméstica se puede prevenir y tratar a través de distintos medios tanto jurídicos como educativos. Es de suma importancia reparar en una adecuada intervención de la policía que actúe con equidad y perspectiva de género. Ello permitirá dignificar a la mujer y trabajar para prevenir, erradicar y sancionar el maltrato y la violencia familiar doméstica en todas sus manifestaciones.

Cabe la posibilidad de una mejora en este fenómeno, para que el niño, la mujer y el hombre se puedan desarrollar plenamente en su dignidad en una vida libre de violencia y de respeto a sus derechos fundamentales. Finalmente, la atención de la violencia familiar, también es un asunto de impartición de justicia, por lo que resulta de la mayor importancia la capacitación de jueces, ministerios públicos y demás personal judicial para que estén en posibilidad de identificar a las víctimas, y por tanto atenderlas.

En el tratamiento especial con perspectiva de género, actualmente se pugna por la implementación de estos procedimientos con enfoque de género en atención a la víctima de violencia familiar o de género:

- La existencia de una profesionalización policial de quienes intervienen en la atención de la violencia de género.
- Entender que la violencia no es inherente a las relaciones personales y que ésta atenta contra los derechos humanos de las personas.

- Entender que los usos y costumbres no están por encima del derecho de las mujeres a un medio ambiente libre de violencia.
- Entender que la policía está para resguardar su seguridad e integridad.
- Entender que en casos de violencia de género, la prioridad es la seguridad de la mujer.

En cuanto al agresor es necesario seguir las siguientes especificaciones en materia de tratamiento del agresor en casos de violencia familiar o de género:

- Que los eventos de violencia no son casuales, aislados ni circunstanciales.
- Que las instancias policiales no establecen alianzas ni complicidad con el agresor.
- Que la violencia no es un asunto privado, es público y afecta a toda la sociedad.

Respecto de la institución policial, las recomendaciones básicas de los protocolos policiales con perspectiva de género exponen lo siguiente:

- Que la violencia de género no es un problema personal, sino que constituye un delito.
- Que la violencia familiar no es un problema de comunicación entre las partes, sino un factor criminógeno que conlleva al delito.
- Que la atención policial en esta materia es también parte de la seguridad pública.

- Que la violencia de género tiene varias manifestaciones, no sólo la violencia familiar.

En resumen en materia de atención, prevención, tratamiento y sanción - en su caso- respecto de la violencia familiar y de género deben destacarse como principales actores:

- Policías
- Víctimas
- Agresores
- Organizaciones de la sociedad civil
- Administración pública estatal o municipal
- Población en general

De las medidas transversales con enfoque de género que se han aplicado en el país debo señalar con pertinencia las siguientes:

1. Legislación para tipificar como delito la violencia doméstica o en el ámbito familiar;
2. Normativa conexas sobre medidas para establecer las necesidades de las supervivientes;
3. El establecimiento de un Instituto Nacional de las Mujeres y de institutos estatales que han promovido iniciativas para combatir la violencia contra las mujeres;
4. Legislación sobre igualdad de género y no discriminación;
5. El establecimiento de unidades especializadas en los Ministerios Públicos locales para recibir denuncias, ofrecer asistencia médica y

terapéutica, conducir investigaciones y facilitar el asesoramiento sobre casos de violencia doméstica y sexual.

### **1.2.1 Violencia contra la mujer**

Los derechos humanos constituyen un límite a la soberanía y, en este sentido, los tratados internacionales de derechos humanos señalan obligaciones de los estados para con las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, los que adquieren derechos en contra de los estados. En consecuencia, si una persona sujeta a su jurisdicción sufre una infracción o perturbación indebida y los medios o recursos internos no restablecen sus derechos, queda abierto el camino para invocar la protección internacional.

La Organización de las Naciones Unidas reconoció la violencia hacia la mujer en 1980, violencia hacia las mujeres ejercida en su propio hogar. En 1993, la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos, reconoce los derechos de las mujeres como derechos humanos.

La violencia contra la mujer ha sido un evento muy lamentable y de graves consecuencias en las relaciones que guardan las mujeres con la sociedad y se genera como una manifestación de conductas y de patrones discriminatorios y de rechazo que se han reproducido prácticamente en todas las culturas y sociedades humanas.

Para las mujeres la falta de acceso se complica por su identidad de género. Pero también se ve afectada por las ideas culturales arraigadas de que ser hombre o mujer forma parte de la ley, sus prácticas y sus procesos. En América Latina, el acceso a la justicia se ha convertido en una preocupación

importante, sobre todo para las mujeres de grupos marginados que viven en la pobreza. Se están desarrollando varias iniciativas para mejorar el acceso, ofrecer alternativas que respondan mejor a la vida y la experiencia de estos grupos, y para impartir justicia en los temas relacionados con el género, como disputas matrimoniales, violencia doméstica y violación.<sup>233</sup>

En la recomendación General, No. 12, Violencia contra las mujeres los artículos 2, 5, 11, 12 y 16 de la CEDAW, obligan a los Estados Parte a proteger a las mujeres contra cualquier tipo de violencia que se produzca en la familia, en el trabajo o en cualquier otro ámbito de la vida social.

La Resolución 1988/27 del Consejo Económico y Social de la ONU, recomienda a los Estados Parte:

- A) La legislación vigente para protegerlas de la frecuencia de cualquier tipo de violencia cotidiana, (la violencia sexual, malos tratos en el ámbito familiar, acoso sexual en el lugar de trabajo, etc.).
- B) Otras medidas adoptadas para erradicar esa violencia.
- C) Servicios de apoyo a las mujeres que sufren agresiones o malos tratos.
- D) Datos estadísticos sobre la frecuencia de cualquier tipo de violencia contra las mujeres y sobre las mujeres víctimas de la violencia.

---

<sup>233</sup> Mukhopadhyay, Maitrayee, Situando los temas de género y ciudadanía en los debates de desarrollo. Hacia una estrategia, en Mukhopadhyay, Maitrayee y Navasharan Singh, *Justicia de género, ciudadanía y desarrollo*, Colombia, IDRC, 2008.

En la sección séptima de la Procuraduría General de la República se dispone en el artículo 47 que: “corresponde a la Procuraduría General de la República,... I. Especializar a las y los agentes del Ministerio Público, peritos, personal que atiende a víctimas a través de programas y cursos permanentes en: a) Derechos humanos y género; b) Perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia y feminicidio; c) Incorporación de la perspectiva de género en los servicios periciales; d) Eliminación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres, entre otros.

Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, dispone en el artículo 47, fracción X la obligación de las autoridades policiales de: elaborar y aplicar protocolos especializados con perspectiva de género en la búsqueda inmediata de mujeres y niñas desaparecidas, para la investigación de los delitos de discriminación, feminicidio, trata de personas y contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual.<sup>234</sup>

El artículo 49° establece que le corresponde a las entidades federativas y al Distrito Federal, de conformidad con lo dispuesto por esta ley y los ordenamientos locales aplicables en la materia: I. Instrumentar y articular sus políticas públicas en concordancia con la política nacional integral desde la perspectiva de género para prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres; II. Ejercer sus facultades reglamentarias para la aplicación de la presente ley. III. Coadyuvar en la adopción y consolidación del Sistema; IV. Participar en la elaboración del Programa; V. Fortalecer e impulsar la

---

<sup>234</sup> Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, artículo 47, fracción X.

creación de las instituciones públicas y privadas que prestan atención a las víctimas; VI. Impulsar reformas, en el ámbito de su competencia, para el cumplimiento de los objetivos de la presente ley, así como para establecer como agravantes los delitos contra la vida y la integridad cuando estos sean cometidos contra mujeres, por su condición de género; XXII. Especializar a las y los agentes del Ministerio Público, peritos, personal que atiende a víctimas a través de programas y cursos permanentes en: a) Derechos humanos y género; b) Perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia y feminicidio; c) Incorporación de la perspectiva de género en los servicios periciales; eliminación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres, entre otros; XXIV. Elaborar y aplicar protocolos especializados con perspectiva de género en la búsqueda inmediata de mujeres y niñas desaparecidas, para la investigación de los delitos de discriminación, feminicidio, trata de personas y contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual.<sup>235</sup>

Por instancia de organismos internacionales y grupos defensores de los derechos de la mujer entre otros se ha señalado como lo ratifican diversos instrumentos que la discriminación contra las mujeres es una manifestación más, pero no menos importante violencia contra la mujer:

....Discriminación contra las mujeres provee el escenario en donde se reproduce y fomenta la violencia sexual. Es fundamental entonces que los funcionarios judiciales encargados de procesar causas vinculadas

---

<sup>235</sup> *Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*, artículo 49.

con el problema de la violencia sexual sean capacitados sobre el vínculo entre este tipo de violencia y la discriminación contra las mujeres, y sobre la dimensión de estos problemas de derechos humanos. Esta es una obligación marco contenida en instrumentos especializados como la Convención de Belém do Pará y la CEDAW.

Entre los esfuerzos institucionales para establecer un protocolo policial con perspectiva de género, para el tratamiento de la violencia familiar, de género o en cualquier caso contra la mujer, se elaboró un Manual de Implementación del Protocolo de Actuación Policial en Materia de Violencia de Género, éste manual corresponde al año 2012 y puede consultarse en el sitio web de la Secretaría de Gobernación, el manual desarrolla el Protocolo de Actuación Policial en la Entidad Federativa o Municipio.

La implementación de éste protocolo policial depende de: “Identificar si en el área de capacitación se contempla el tema de perspectiva de género.”

- “En caso afirmativo: Se le presenta el Protocolo de Actuación Policial.”
- “En caso negativo: Se inicia con el Taller de Perspectiva de Género en el Modelo de Actuación Policial (sensibilización) y posteriormente se presenta el Protocolo de Actuación Policial.”

Para implementar el protocolo de actuación policial en la entidad federativa o el municipio se requiere un diagnóstico institucional de los recursos:

- a) Humanos
- b) Financieros

### c) Materiales

El objetivo general del protocolo es: “Incorporar nuevas prácticas policiales, que garanticen la seguridad de las mujeres victimizadas y el respeto de sus derechos, a través de la adopción del Protocolo de Actuación.”

Los Estados y Municipios para implementar el Protocolo de Actuación Policial, deben llevar a cabo un proceso que instaure y fije una forma de trabajo, nuevas prácticas de acción y operación; en el caso que nos ocupa implica además políticas públicas, considerando tres elementos fundamentales:

- Identificación de la necesidad existente de prevenir, atender y sancionar la violencia contra las mujeres.
- La respuesta del Gobierno Federal de solventar dicha necesidad mediante el Protocolo de Actuación Policial en materia de Violencia de Género.
- Y por último, la asignación de presupuesto para operarlo y estar en posibilidad de desarrollar y articular dicha política pública.

De tal manera que paulatinamente se ha trabajado por la implementación de una política nacional en materia de género con el fin de establecer la coordinación entre la Federación, Estados y Municipios para Prevenir, Atender, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres.

Para tal fin, se han implementado esfuerzos como la implementación del protocolo de actuación policial con perspectiva de género, en este caso la perspectiva de género en la actuación policial, conlleva a la profesionalización y

especialización de los cuerpos policiales para intervenir y atender los casos de violencia de género, consolidando una relación de confianza y credibilidad.

Se ha trabajado por el logro de una efectiva y garantista institucionalización y transversalización de la perspectiva de género, esto involucra no sólo a las mujeres, sino también a los hombres, ya que atiende las necesidades específicas de ambos, que no necesariamente son las mismas.

La implementación del Protocolo de Actuación, da respuesta a la problemática de las víctimas de violencia de género, inicia una política pública en la función policial, lo cual constituye una transformación institucional de procesos.

La metodología de la implementación, para llevar a cabo esta transformación institucional pasa por diversos momentos, como se mencionó anteriormente: identificación, respuesta gubernamental y presupuesto.

### **1.2.2 Violencia contra el niño**

El maltrato infantil es un problema que debe enfocar el seguimiento y actuación policial, el maltrato infantil, se presenta en un marco de una configuración histórico social sobre la infancia. La Convención de los Derechos del Niño fue adoptada el 20 de noviembre de 1989, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y quedó abierta a firma a partir del 26 de enero de 1990. El día que quedó abierto a firme es decir el 26 de enero de 1990 sesenta y un países firmaron el tratado, de manera que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, un mes después de que el vigésimo estado lo ratificara; la

Convención de los Derechos del Niño es el instrumento de derechos humanos que “ha sido ratificado con mayor rapidez en la historia.”<sup>236</sup>

En el mundo de los Estados- partes integrantes de las Naciones Unidas, 124 estados han ratificado la Convención, esta Convención pasará a la historia: “como la primera norma internacional sobre los derechos del niño con carácter vinculante y de observancia obligatoria para los Estados que ya lo han ratificado.”<sup>237</sup> La Convención de los Derechos del Niño, es importante para hacer realidad los derechos humanos de los niños, pero también deben conocer y participar de ella académicos, estudiantes, profesores, investigadores, jueces, operadores jurídicos, ONGs, legisladores, agentes del ministerio público, y ciudadanía en general, para trabajar en beneficio de su correcta interpretación y aplicación en beneficio de los niños.

Según cifras de UNICEF: 275 millones de niños y niñas de todo el mundo sufren a causa de la violencia doméstica y de una turbulenta vida familiar.

Las normas y valores sobre la infancia, han emergido una serie de recomendaciones y normas que sancionan al a infancia como sujeto de derecho.

La Convención de Derechos de la Infancia de 1989 prohíbe: “el uso de cualquier tipo de violencia, abuso, descuido y tratamiento o castigo degradante o inhumano.”

---

<sup>236</sup> GAMARRA Rubio, Fernando, *Convención sobre los derechos del niño*. Índice analítico, Pontificia Universidad Católica del Perú-Fondo Editorial, Lima, 2001, p.15.

<sup>237</sup> *Ídem*.

Por fortuna los organismos internacionales y los países democráticos trabajan conjuntamente por la creación de un contexto cultural que rechaza el maltrato a la infancia.

La violencia contra niños y niñas conlleva abuso físico y psicológico, abandono o negligencia, explotación y abuso sexual. Entre los perpetradores de acciones violentas contra niños y niñas están los padres y madres y otros miembros de la familia.

Los niños y niñas que sobreviven al abuso suelen sufrir daños físicos y psicológicos a largo plazo que afectan su capacidad de aprender y de relacionarse socialmente.

Toda violencia contra los niños se puede prevenir. Los Estados deben invertir en políticas y programas basados en pruebas para abordar los factores causales de la violencia contra los niños.

## **2. El enfoque criminológico de la seguridad**

### **2.1 La seguridad y la constitución**

Uno de los aspectos más sustanciales de un estado constitucional y social de derecho lo constituye el establecimiento de un régimen de derechos y libertades que prevea de garantías jurídicas, Ferrajoli considera que entre las garantías la más importantes, destaca la garantía constitucional de los derechos reconocidos en la Constitución, ésta según Ferrajoli: “es una garantía descubierta por el constitucionalismo del siglo XX por medio de la cual fue abatido el viejo dogma de la omnipotencia del legislador, absolutista en origen, aunque luego transformado en sentido democrático, y ha sido completado el

diseño del estado de derecho que exige el sometimiento de todos los poderes públicos, incluido el legislativo, a normas no sólo formales, como las que vierten sobre los procedimientos para la formación de las leyes, sino también sustanciales, como son precisamente los principios y derechos fundamentales.”<sup>238</sup>

En el apartado específico donde analicé la seguridad y sus distintas expresiones en el estado de derecho, aboné en el concepto de la seguridad jurídica, pues bien la seguridad jurídica de los ciudadanos debe estar presente en toda política de seguridad del estado, la seguridad del estado nunca debe subestimar ni dejar de lado los derechos humanos, que integran el régimen constitucional de derechos, libertades y garantías de un estado constitucional y social de derecho. En esa tónica, es que el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos establece los principios fundamentales del estado constitucional mexicano, principios que se orientan por el respecto y la supremacía de los derechos humanos de todas las personas, y especialmente con motivo de mi investigación doctoral de los grupos vulnerables, entre los cuales destaco: mujeres, niños y víctimas. De tal manera que transcribo el artículo 1° que dispone: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos en esta constitución y en los tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta constitución establece.”<sup>239</sup>

---

<sup>238</sup> FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 113.

<sup>239</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, artículo 1.

## **2.2 El enfoque criminológico de la seguridad para prevenir la violencia**

Desde el enfoque criminológico, el hombre se considera un ser racional, no obstante la criminología toma muy en cuenta que el hombre aunque ser racional, ocasionalmente el hombre se atreve por diversos motivos a utilizar su capacidad de violencia para causar lesiones en la integridad y dignidad de sus semejantes. Es por esta razón que gran parte de los estudios criminológicos se han centrado mayoritariamente en el análisis del fenómeno de la violencia individual.

La violencia individual, desde éste enfoque criminológico asume el carácter que ya había atribuido anteriormente en el apartado dedicado al análisis de la violencia, ésta se manifiesta en las relaciones en sociedad – aunque esto no significa que sea justificada – antes bien el carácter de la violencia individual se ve reflejado en la ruptura y en ocasiones hasta en la disolución del pacto social, del contrato social, que el hombre – voluntariamente – como ser racional en comunidad ha construido con el paso de los siglos; no obstante, la violencia individual ésta fuertemente sujeta con la idea de la venganza privada, que viene a ser sustituida por los mecanismos jurídicos particulares del Estado de derecho.

El enfoque criminológico pretende estudiar éstas conductas, sólo que con una metodología distinta de la metodología/investigación jurídica. El enfoque criminológico pretende instaurar una metodología para prevenir y tratar adecuadamente el comportamiento individual violento.

Para la criminología no es ajeno el hecho de que la violencia es –repito – un fenómeno altamente complejo, por ello mismo la criminología instaura un estudio particular, una metodología donde avista la manifestación de la violencia individual, como un fenómeno inscrito en una categoría general más compleja, la criminología haciendo uso de una serie de elementos y constructos teóricos, considera que la violencia individual, es un comportamiento que el individuo asume en una estructura, es decir que corresponde a una expresión de una violencia estructural.

La violencia estructural consiste en una violencia que surge indistintamente por “vivir en sociedad, valga decir, que es el precio que se paga por ser miembro del Estado. Violencia a la que se está sujeto, que se sufre y que es ejercida en nombre de la sociedad. Esta violencia está presente rigiendo la vida social, y sin embargo, en muchos casos, no puede ser observada e inclusive se hace uso de la manipulación para evitar que se haga manifiesta o se tome conciencia de ella.”<sup>240</sup> De todos modos esto no debe sorprender, el enfoque criminológico no juzga, simplemente busca dar un tratamiento específico y especial para encontrar de donde se originan las causas que perpetúan esta conducta de violencia.

Ante las nuevas tendencias que pretende afirmar, y – están en lo correcto- que uno de los medios para combatir y prevenir la violencia, consiste en no considerarla como una conducta natural a la que está expuesto el

---

<sup>240</sup> LÓPEZ Vergara, Jorge, *Criminología. Introducción al estudio de la conducta antisocial*, 3ª, ITESO, México, 2000, p. 111.

individuo- conviene advertir como explica González Calleja que: “la implicación de la violencia política de los gobiernos y de las burocracias estatales, y en concreto de las instituciones encargadas de la coerción/represión, es una realidad tan antigua como el propio estado.”<sup>241</sup>

González Calleja explica un aspecto muy importante que sirve para entender a partir de que suceso la violencia comienza a estudiarse conceptualmente en el discurso de la modernidad, y si para efectos prácticos la revolución francesa marca el inicio de de ésta modernidad, también avala el tratamiento conceptual de la violencia política, y hasta que límites ésta es legítima, o legítimamente necesaria por una razón de Estado, según el discurso moderno:

*La revolución francesa fue el punto de inflexión entre un tipo de dominio estatal de tipo “tradicional” y otro “moderno.” Cómo en todas las revoluciones, se produjo una mayor concentración de poder en el Estado, y un mayor grado de monopolio en el ejercicio de la violencia. Precisamente a partir de la Revolución francesa se hablaría de medios legales e ilegales de acción colectiva, pasando la violencia a ser legal cuando es observada por el Estado, y a ser ilegal cuando es utilizada por otro grupo no estatal. En el terreno de la violencia, la hegemonía estatal ha quedado puesta de manifiesto por la mayor sofisticación, profesionalización y eficacia de sus instrumentos y agentes, de acuerdo*

---

<sup>241</sup> GONZALEZ Calleja, Eduardo, *La violencia en la política. Perspectivas teóricas sobre el empleo de la fuerza en los conflictos de poder*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, España, 2003, p. 379.

*con el modelo de eficacia industrial y militar, cada vez más íntimamente unidos en la sociedad contemporánea.*<sup>242</sup>

En el enfoque criminológico, la violencia cuando es ejercida por los particulares se estudia en atención de la psicología convencional, aparecen una serie de temas que es necesario analizar y algunos han sido estudiados en capítulos anteriores: violencia en las aulas, maltrato a los inmigrantes, violencia de género, destrucción del concepto de familia clásica, pérdida de los valores tradicionales, problemática de los jóvenes, el alcoholismo, bandas callejeras, etc.<sup>243</sup>

Actualmente debe reconocerse que el Estado ha evolucionado, sigue siendo el máximo detentador del poder y de la soberanía estatal, continua ostentando el monopolio legítimo de la violencia estatal y de la coacción, - siempre y cuando ésta se encuentre justificada por el imperio de la ley, la separación de poderes y los principios del Estado democrático- pero el estado después de todo ha evolucionado, la seguridad estatal, ya no puede ser abordada con la misma óptica con que fuera abordada antes, ahora la seguridad ciudadana, tiene que estudiarse al lado del concepto de seguridad estatal, y se define en palabras de Beliz: como una “superación del concepto de seguridad estatal.”<sup>244</sup>:

---

<sup>242</sup> GONZALEZ Calleja, Eduardo, *op. cit.*, p. 379.

<sup>243</sup> CORCHEA, A.C, “Presentación,” en *Violencia desenfocada*. Segunda edición de las jornadas de estudio, reflexión y opinión sobre violencia, Universidad de Sevilla – Padilla Libros Editores y Libreros, Sevilla, 2006, p. 16.

<sup>244</sup> BELIZ, Gustavo, ¿Hacia una nueva generación de reformas en seguridad ciudadana?, en ALDA, Erik y BELÍZ, Gustavo, *¿Cuál es la salida?*, Banco Interamericano de Desarrollo, Nueva York, 2007, p. 2.

*El concepto de seguridad ciudadana es una superación del concepto de seguridad estatal – que privilegiaba el mantenimiento del orden público como valor superlativo – cuya prioridad es la seguridad de las personas como un derecho exigible frente al Estado. No implica la eliminación del Estado, sino su reordenamiento y fortalecimiento – su recentramiento en el ciudadano en tanto ser comunitario - para enfocar sus capacidades analíticas, operativas y estratégicas.<sup>245</sup>*

La seguridad ciudadana es el nuevo concepto necesario para abordar un concreto estudio acerca de un enfoque criminológico de la seguridad para prevenir las expresiones de violencia, en todas sus manifestaciones, la seguridad ciudadana, convive con el concepto de ciudadanización y es una realidad del siglo XXI se refiere según Beliz: “la ciudadanización de la seguridad pública significa el empoderamiento de los ciudadanos, referido al ámbito de habitantes con facultades efectivas, más allá de su reconocimiento formal en entornos territoriales limitados, dentro del marco de aceptación de instancias institucionales visibles, accesibles y supervisables, sean éstas estatales o privadas.”<sup>246</sup>

Desde el enfoque criminológico, los aportes de la criminología en materia de seguridad son más actuales que nunca como bien argumenta Picca:

*La aplicación de los resultados de la investigación criminológica a la política criminal es una cuestión que interesa, hoy más que en el*

---

<sup>245</sup> Ídem., p. 2.

<sup>246</sup> Ídem.

*pasado, a los administradores penales ansiosos por renovar las legislaciones penales y su aplicación. El Consejo de Europa ha consagrado trabajos importantes a ésta cuestión, porque las decisiones de los políticos tienen la posibilidad de ser menos ambiciosas si se utilizan los resultados de la investigación. Sin embargo se ha observado que un mundo separa el despacho climatizado, bien ordenado, informatizado del investigador y las condiciones de superpoblación, de fealdad y de suciedad en las que la policía, el juez o el funcionario de prisiones deben trabajar.*<sup>247</sup>

El enfoque criminológico en la seguridad se debe aplicar con mayor prioridad que nunca, porque es necesaria y urgente una evaluación de la política criminal de un Estado para proporcionar condiciones de seguridad a sus ciudadanos; así las cosas ¿en que se relacionan la política criminal con la prevención de seguridad con un enfoque criminológico? Se relacionan con el objeto de estudio principal de la criminología, porque el crimen y la delincuencia son según Picca: "... son la herencia obligada de la historia de los pueblos y también una realidad viva en el mundo de hoy,"<sup>248</sup> porque "esta realidad es para muchos gobiernos, una preocupación política; también es una inquietud para la seguridad de la población."<sup>249</sup>

Porque el crimen y la violencia, asumen tantas formas posibles, como lo revela la comisión de esos actos de transgresión social que son denominados

---

<sup>247</sup> PICCA, Georges, La criminología frente a su futuro, en ARROYO Zapatero, Luis (Dir.), *Estudios de criminología I*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla La Mancha, España, 2003, p. 14.

<sup>248</sup> *Ibidem.*, p. 9.

<sup>249</sup> PICCA, Georges, *op. cit.*, p. 10.

crímenes o delitos. Por esta asociación múltiple y multifactorial es que la criminología se ha desarrollado como una ciencia autónoma, aunque muy cercana al derecho y especialmente al derecho penal, con aspectos como la teoría de la pena, la prevención social y ahora también con el tratamiento de la víctima o “victimología,” la criminología asume entonces un carácter muy particular el de asumirse como una “contraseña internacional,” alrededor de ésta palabra se explican como dice Picca “intercambios enriquecedores,”<sup>250</sup> por ello en la ciencia criminológica la criminología aparece como una disciplina plural se habla entonces de: “criminología general, clínica, radical, sociológica, teoría de la desviación, teoría del labeling (etiquetamiento), movimientos abolicionistas, criminología de la liberación en América Latina.”<sup>251</sup>

### **2.3 Guerra y violencia**

Norberto Bobbio, en su estudio teórico sobre la guerra plantea la idea de la guerra como un camino bloqueado, que en el estudio de Norberto Bobbio puede generar dos consideraciones distintas: “a) la guerra es una institución agotada que ya ha cumplido su ciclo y está destinada a desaparecer; b) la guerra es una institución inconveniente, o injusta, o impía, que debe ser eliminada.”<sup>252</sup> Para Bobbio éstas dos posiciones han dado origen a dos corrientes que Bobbio denomina pacifismo activo y pacifismo pasivo.<sup>253</sup>

---

<sup>250</sup> *Ídem.*

<sup>251</sup> *Ídem.*

<sup>252</sup> BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Trad. Jorge Binaghi, Gedisa, Barcelona, 2008, p. 29.

<sup>253</sup> *Ídem.*

La teoría de la guerra justa es una “teoría intermedia entre las teorías belicistas y pacifistas, ha cumplido en la historia dos funciones diversas: unas veces se ha aceptado para negar la validez de las segundas.”<sup>254</sup> La guerra justa en su objeto fue utilizada para “refutar las teorías realistas de la historia y de la política que habían exaltado de distinto modo la guerra y habían llegado a la conclusión de que todas las guerras son lícitas.”<sup>255</sup>

De tal manera que al lado de la teoría de la guerra justa, convive otra categoría que se denomina la guerra injusta, además de las guerras defensivas, pues bien el común denominador<sup>256</sup> como correctamente afirma Bobbio entre todas éstas teorías ha sido “el reconocimiento de la reparación de un agravio sufrido o el castigo de un culpable.”<sup>257</sup>

La guerra como manifiesta Bobbio implica un conflicto de apreciación del derecho y de la justicia, porque como bien expresa el jurista: “la guerra ha sido asimilada a un procedimiento judicial, es decir a un expediente para resolver una disputa surgida entre sujetos que no obedecen a una ley común. Pero justamente esa asimilación ha terminado de poner en evidencia la debilidad de la teoría.”<sup>258</sup> Entonces, si como afirma Bobbio, la guerra no puede asimilarse con el presupuesto jurídico de un presupuesto judicial ¿Cómo se pueden establecer las diferencias al respecto? A continuación las distinciones de Bobbio:

---

<sup>254</sup> *Ídem.*

<sup>255</sup> *Ídem.*

<sup>256</sup> *Ibidem.*, p. 51.

<sup>257</sup> *Ídem.*

<sup>258</sup> BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz, op. cit.*, p. 51.

a) *En los procedimientos judiciales se distingue entre el conocimiento de causa y el proceso de ejecución. A primera vista puede parecer que la guerra se preste a justificar la comparación con el procedimiento judicial, al menos en lo que respecta al proceso de ejecución: la guerra como ejecución forzada, o como pena, en una palabra la guerra como sanción, la fuerza al servicio del derecho. Pero ¿y en lo que respecta al proceso de conocimiento de causa? En este aspecto la teoría muestra una grave debilidad por dos razones: un proceso de conocimiento de causa se encuentra en mejores condiciones de asegurar la discriminación de lo justo y de lo injusto, y por tanto de establecer un límite entre la razón y el error, cuanto más se inspira en los dos principios fundamentales de la certeza de los criterios de juicio y de la imparcialidad de quien debe juzgar.*

b) *...respecto al proceso de ejecución la comparación entre guerra y un procedimiento judicial es falaz. Por “sanción” se entiende un mal cualquiera infligido a quien ha violado una regla jurídica. La derrota es, ciertamente un mal: pero ¿qué garantía ofrece un conflicto armado de que el mal o al menos el mal mayor sea infligido a quien no tiene razón? La guerra es un procedimiento judicial en el que el mal mayor es infligido no por quien tiene más derecho sino por quien tiene más fuerza, por lo que se verifica una situación en que no es la fuerza quien está al servicio del derecho, sino éste el que acaba estando al servicio de la fuerza.*

c) ...el objetivo principal de un procedimiento judicial dentro de un orden es la restauración del orden establecido. Se presume que el orden establecido es justo y que todo atentado a dicho orden es injusto.<sup>259</sup>

Acerca de la guerra defensiva ésta para Bobbio, se “justifica sobre la base de un principio válido en todo ordenamiento y aceptado por toda doctrina moral (fuera de las doctrinas de la no violencia).”<sup>260</sup>La guerra defensiva se comprende mediante dos posiciones: a) en sentido estricto, como respuesta violenta a una violencia ejercida; b) en sentido amplio, como respuesta a una violencia sólo temida o amenazante, es decir cómo guerra preventiva.<sup>261</sup>

La guerra preventiva, no puede entenderse adecuadamente sin hacer referencia a la estrategia de lucha contra el terrorismo instaurada por el ex – presidente George W. Bush, en estos aspectos los ataques del 11 de septiembre fueron cruciales para la instauración y la justificación del modelo de guerra preventiva. Este modelo que puede abordarse en su estudio en perspectiva comparada aludiendo al documento donde el cual se plasmó esta direccionalidad o política estatal en materia bélica o de conflictos armados se localiza en “The National Security Strategy of the U.S of America,”<sup>262</sup> en esta estrategia ideada durante el gobierno republicano del ex – presidente Bush se plasman las siguientes bases configuradoras de la concreción de viejos paradigmas de la guerra defensiva. Se pueden explicar de la siguiente manera:

---

<sup>259</sup> BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz, op. cit.*, p. 51.

<sup>260</sup> *Ídem.*

<sup>261</sup> *Ídem.*

<sup>262</sup> DI BLASE, Antonieta, Guerra al terrorismo y guerra preventiva en el derecho internacional, en BIMBI, Linda, *No en mi nombre. Guerra y derecho*, Trotta, Madrid, 2003, p. 125.

- a) Según esta doctrina: “el apoyo al terrorismo internacional y la posesión de armas nucleares y químicas de destrucción masiva configurarían amenazas graves a la seguridad nacional.”<sup>263</sup>
- b) Estas amenazas: “legitimaría una acción militar contra un Estado, incluso antes de que tuviera lugar el ataque contra el pueblo o territorio estadounidense.”<sup>264</sup>
- c) Este ataque, “esta opción, definida como *preemptive* se distinguiría de la legítima defensa preventiva, comúnmente entendida como la respuesta a la inminencia de un ataque armado ya lanzado.”<sup>265</sup>

De esta manera es que la guerra preventiva pretende establecer un ambiente de seguridad preventiva en el cual se justifica la legítima defensa o autodefensa, es decir el “uso de la fuerza armada preventivamente frente a potenciales enemigos.”<sup>266</sup>

La guerra preventiva es corresponde a una teoría que utiliza dos argumentos esenciales: la justificación para la creación de un estado permanente de seguridad nacional y la acción unilateral para ejecutar las acciones armadas. Otro aspecto que debilita la teoría de la guerra preventiva y no favorece su aplicación, es que la guerra preventiva invariablemente conlleva a una actitud del agresor donde lo que se genera es un miedo o terror hacia el

---

<sup>263</sup> DI BLASE, Antonieta, Guerra al terrorismo y guerra preventiva en el derecho internacional, op. cit., p. 125.

<sup>264</sup> *Ídem.*

<sup>265</sup> *Ídem.*

<sup>266</sup> KABUNDA, Mbuyi, La seguridad preventiva y los derechos humanos en África. *El papel de las ONG, La seguridad preventiva como nuevo riesgo para los derechos humanos*, Departamento para los derechos humanos, el empleo y la inserción social de la Diputación Floral de Gipukoa-Alberdania, España, 2005, p. 131.

ataque sorpresa,<sup>267</sup> las guerras preventivas utilizan a su favor la teoría de la guerra justa, para impedir el desarrollo de alternativas no violentas como la disuasión y la contención.<sup>268</sup>

La guerra preventiva es por tanto en su acepción actual una nueva doctrina militar que se caracteriza por apelar a los sentidos “común y de autodefensa elemental, el derecho del imperio de intervenir contra enemigos potenciales antes de que tales amenazas se materialicen,”<sup>269</sup> en esto consiste la teoría de la moderna guerra preventiva.

Aunque la guerra preventiva puede decirse que siempre estuvo con una teoría producto de la teoría de la guerra justa, tres guerras preventivas son consideradas en la historia contemporánea como tales: la primera guerra mundial, la intervención china durante la guerra de Corea en 1950 y la guerra de los seis días en 1967, en estas guerras se dieron varias situaciones, destacando que en los últimos dos casos los vencedores de la guerra fueron los invasores o agresores.<sup>270</sup>

Actualmente se ha pretendido establecer por medio del respeto al estado de derecho y analizando las conductas que de manera aislada generan delincuencia y conductas violentas en donde la criminología ofrece perspectivas cautivadoras, crece la tendencia internacional para no permitir la

---

<sup>267</sup> KABUNDA, Mbuyi, La seguridad preventiva y los derechos humanos en África. El papel de las ONG, *op. cit.*, p. 134.

<sup>268</sup> *Ídem.*

<sup>269</sup> HARDT, Michael, NEGRI, Toni, La multitud y la guerra, Iniciativa mexicana contra la guerra, no en nuestro nombre, México, ERA, 2007, p. 23.

<sup>270</sup> PHILIPPE-DAVID, Charles, *La guerra y la paz. Enfoque contemporáneo sobre la seguridad y la estrategia*, Icaria, 2006, p. 44.

intención de ciertos estados “de establecer un pretendido derecho a intervenir unilateralmente más allá de los límites de la Carta de las Naciones Unidas;”<sup>271</sup> ejemplos como la incapacidad<sup>272</sup> que el Consejo de Seguridad de la ONU para tratar de enfrentar las crisis internacionales como sucedió en Afganistán e Irak y que desembocaron en intervenciones internacionales unilaterales sin un sólido respaldo internacional, y también de la sociedad civil, desencadenaron ciertas críticas y una proliferación de una propaganda bélica y la aparición de nuevos problemas internacionales: desplazamiento, tráfico de estupefacientes, aparición de movimientos integristas y fundamentalistas a través de la ramificación de movimientos de insurrección armada, desconfianza en el estado de derecho, deserción escolar, consecuencias irreparables en la vida de grupos vulnerables como mujeres, niños y ancianos, escasez de alimentos y desnutrición, epidemias, inseguridad alimentaria, brote de enfermedades, tráfico ilegal de armas, problemas de migración, colapso en la industria e inversión, sectores estratégicos desatendidos y una regresión en la idea de estado –nación, entre otras irreparables consecuencias.

Desafortunadamente en el discurso de la guerra se han dejado de lado las consecuencias indirectas a largo y mediano plazo, que indican que la solución se debe plantear en políticas de seguridad con visiones transversales con enfoque criminológico que entiendan la proclividad del individuo para transgredir el orden social para darles una solución en un marco humanista de estado de derecho.

---

<sup>271</sup> *Ídem.*

<sup>272</sup> *Ídem.*

### 3. La víctima en el derecho internacional una perspectiva criminológica

La víctima en el proceso penal es uno de los aspectos más sustanciales e importantes de la criminología, de la política criminal y por supuesto del derecho penal, el estudio de la víctima desde una perspectiva científica y con consecuencias para el derecho puede aterrizar en los siguientes aspectos. Desde la óptica del derecho penal, no puede obviarse el primigenio desarrollo de esta ciencia como un derecho represivo,<sup>273</sup> esto daba cuenta de que en la historia del derecho penal y en la de las demás disciplinas con las cuales el estudio y tratamiento de la víctima no sea ajeno de una sustancial dosis de problematización.

La víctima aparecía casi siempre como una narrativa en relación al victimario, ocupando casi siempre el victimario la parte central y la exclusividad del discurso del derecho penal y del enfoque criminológico de prevención y aplicación de la pena. El victimario, así entonces aparecía en este enfoque guardando una relación de “jerarquía,”<sup>274</sup> las tendencias criminológicas del siglo XX, “coincidían con estos postulados,”<sup>275</sup> en detrimento del bienestar de la víctima y en última instancia del orden social y de la aplicación de la equidad y de la justicia en el discurso del derecho penal.

---

<sup>273</sup> ZAMORA Grant, José, *Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2009, p. 23.

<sup>274</sup> *Ídem.*

<sup>275</sup> *Ídem.*

Algunas de las consideraciones que contribuyeron al soslayo de la figura de la víctima en el derecho penal, es la particular sistematización del derecho penal como un sistema represivo que nace inicialmente con la idea de evitar “la venganza de la víctima,”<sup>276</sup> cuando esta sufría una transgresión social en su vida, sus objetos o posesiones, en suma en su integridad, el derecho penal, pretende así sustituir la ancestral tradición de la venganza privada, sustituyendo la venganza privada por la venganza pública, en nombre del Estado.

Este sistema de venganza tradicional donde la víctima se encontraba inmersa antes de la consolidación del estado de derecho, abarca cuatro periodos en la clasificación de Zamora:

- 1) El periodo de la venganza privada
- 2) El periodo de la venganza divina
- 3) El periodo de la venganza pública
- 4) El periodo humanitario<sup>277</sup>

El periodo humanitario constituye de todos un salto cualitativo que perfiló las modernas estructuras y fundamentos del derecho penal, aunque de entrada no se observó un beneficio directo en las apreciaciones del a víctima en el campo del derecho penal, indudablemente contribuyó para la lenta aparición de la moderna concepción de la víctima, es por esto que de estos cuatro periodos es, el más importante, pues en él es cuando surgen: “instituciones de la modernidad y el sistema penal toma las formas y estructuras que se le

---

<sup>276</sup> *Ibidem.*, p. 24.

<sup>277</sup> *Ídem.*

conocen, haciendo a un lado a la víctima y erigiéndose como el protector de los derechos del hombre, para una mejor convivencia social, es decir, para la preservación del contrato social.”<sup>278</sup>

La víctima batalló para obtener crédito en el “cobro de la ofensa,” y perdió “jerarquía” dentro del proceso penal, hasta el “advenimiento” de su nuevo papel con la modernidad, debo puntualizar que el concepto de venganza privada, antes de la formulación teórica del estado de derecho y la instauración del modelo humanista del derecho penal, jugaba un rol importante en función de la víctima.<sup>279</sup>

El papel de la venganza privada con la evolución social, fue paulatinamente quedando desacreditado, la actuación de la víctima y generalmente de sus allegados para desagraviar la transgresión y el daño sufrido frecuentemente generaba daños mucho mayores y una extensión ancestral y generacional de la venganza., de esta manera fue como “surgieron entonces formas organizadas para evitar aquellos excesos que causaran males mucho mayores a los recibidos. Hubo necesidad de limitar la venganza y así

---

<sup>278</sup> ZAMORA Grant, José, *Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, op. cit., p. 24.

<sup>279</sup> La venganza dice Zamora: “es inmemorial, ya sea como simples impulsos instintivos de defensa y de venganza por la propia víctima, su familiares o colectiva, lo cual sucedía más a menudo. Nadie ponía en tela de juicio la venganza ante un hecho violatorio. La justicia quedaba así en manos de la víctima o las víctimas, que con su reacción producían una nueva lesión, generalmente mayor a la inferida por el agresor, ya que tampoco se tomaban elementos valorativos de naturaleza y extensión del daño sufrido. No había relación de magnitud. La venganza estaba justificada, pero no importaba su adecuación, y por tanto su exceso; independientemente de que la víctima, haciendo uso de su sentido de justicia, pudiera ofrecer su indulgencia. Esa era por entonces la jerarquía de la víctima.” ZAMORA Grant, José, *Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, op. cit., p. 26.

apareció la fórmula del talión, según la cual no podía devolverse al delincuente un mal mayor que el inferido a su víctima.”<sup>280</sup>

Aun así los avances para la evolución de un sistema de prosecución e impartición de justicia, de tutela judicial, que constituyen las primigenias y más elaboradas expresiones de la instauración del derecho con la evolución cultural y social, habrían de llegar y están muy relacionadas con el advenimiento teórico de la restauración histórica de los derechos de la víctima.

Así las cosas: “a medida que los estados adquieren mayor solidez, se empieza a hacer la distinción entre delitos privados y públicos, según el hecho lesione de manera directa los intereses particulares o el orden público. Los tribunales juzgan en nombre de la colectividad, y para la supuesta salvaguarda de ésta se imponen penas cada vez más crueles.”<sup>281</sup>

Comienza la etapa de la represión penal, y esto indudablemente apareja consecuencias sustanciales pero no justas para el advenimiento y la restauración de la víctima en el proceso penal, sucede que como los muy arcaicos sistemas penales estatales, “aspiran a mantener, a toda costa, la tranquilidad pública,” se comenten abusos, excesos y se sondean muchas limitaciones de un sistema donde la justicia, el derecho, la ley, la moral, la transgresión, la pena, la represión y el castigo, sostenían límites difusos y por las limitaciones políticas, culturales y sociales de la época, aun no muy bien consensuados, los excesos son ejemplos emblemáticos, donde la figura de la

---

<sup>280</sup> ZAMORA Grant, José, *Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>281</sup> *Ibidem.*, p. 30.

víctima como la del agresor emergen de manera difusa, y aunque suene atrevido, paralelamente se confunden y se intercambian como moneda de cambio: “esta es la etapa en donde aparecen las leyes más severas y crueles, en que se castiga con la mayor dureza no sólo crímenes más graves, sino los hechos hoy indiferentes, como los delitos de magia y hechicería, que se juzgan por tribunales con el rigor más inhumano. Estas persecuciones constituyen uno de los episodios más sangrientos del derecho penal europeo durante los siglos XV al XVIII.”<sup>282</sup>

Durante este periodo la figura de la víctima podría localizarse en la oscuridad conceptual, pues la “criminalidad desbordante” de esas épocas fue combatida por los poderes públicos de esa época a través de penas crueles, incluso de muerte: “la muerte acompañada de formas de agravación espeluznantes, las corporales consistentes en terribles mutilaciones, las infamantes, las pecuniarias impuestas en forma de confiscación.”<sup>283</sup> Sobre este periodo se expresa Carrancá y Trujillo de la siguiente manera:

*La humanidad agudizó su ingenio para inventar suplicios, para vengarse con refinado encarnizamiento. Nacieron los calabozos, donde las víctimas sufrían prisión perpetua en subterráneos; la jaula de hierro o de madera; la argolla, pesada sobre pieza de madera cerrada al cuello; el “pilori” rollo o picota en que cabeza y mano quedaban sujetas a la víctima de pie; la horca y los azotes; la rueda en que se colocaba al reo después de romperle los huesos a golpes; las galeras; el descuartizamiento; la acción simultánea de cuatro caballos; la hoguera y*

---

<sup>282</sup> ZAMORA Grant, José, *Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, op. cit., p. 30.

<sup>283</sup> *Ibíd.*, p. 30.

*la decapitación por el hacha; la marca infamante por hierro candente; el garrote que daba la muerte por estrangulación y los trabajos forzados y con cadenas.*<sup>284</sup>

El movimiento humanizador<sup>285</sup> de las penas fue lo que transformó de manera rotunda el proceso penal y por consecuencia el derecho penal europeo con grandes trascendencias para el mundo, los sistemas penales se fueron estructurando lentamente como estructuras que deberían arraigar principios democráticos y el respeto de los derechos humanos de la persona humana.<sup>286</sup>

El derecho penal moderno encuentra en los postulados de Rosseau del contrato social, de la idea que los hombres nacen libres e iguales en derechos, de que el hombre por naturaleza es bueno, pero que un sistema perverso de dominación del hombre hacia otros hombres, ata al hombre y no le permite ser libre, esas ideas permearon al discurso de la concepción contemporánea del derecho penal, para así “tutelar bienes jurídicos.”

Indudablemente las ideas de Beccaria fueron a todas luces determinantes y preconizadoras para la renovación del derecho penal, para darle un enfoque más humano, consagrar así un derecho penal humanitario, donde la pena, se vislumbra con un perfil humanista centrado en el ser humano, y en el pacto social, idea a todas luces russoniana.<sup>287</sup> El derecho

---

<sup>284</sup> CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, *Derecho penal mexicano*, T 1, 4º, Porrúa, México, 1995, p. 60.

<sup>285</sup> ZAMORA Grant, José, *Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>286</sup> *Ibidem.*, pp. 31-32.

<sup>287</sup> Escribe el Marqués de Beccaria sobre esta idea del pacto o del convenio social, muy vigente en su época y que revela su espíritu humanista e ilustrado que abrevó en su teoría utilitarista y proporcional de la pena y del derecho penal humanista, escribe así: “La Revelación, la ley natural, y los pactos establecidos de la sociedad. No hay comparación entre la primera y las otras con relación a su fin principal; pero son semejantes en que conducen todas tres para la

penal así se transforma, y con ello se transforma la nueva concepción de la víctima en relación con el proceso penal y la reparación del daño, muy unidos a la teoría de la pena. De este modo inquiere el gran jurista y penalista Beccaria:

*¿Pero cuál es el origen de las penas, y sobre qué está fundado el derecho de castigar? ¿Cuáles pueden ser los castigos que convengan a los diferentes crímenes? ¿Es la pena de muerte, verdaderamente útil, necesaria e indispensable para la seguridad, y el buen orden de la sociedad? ¿Son justos los tormentos y las torturas? ¿Conducen al objeto que las leyes se proponen? ¿Cuáles son los mejores medios de impedir los delitos? ¿Son las mismas penas igualmente útiles en todos tiempos? ¿Cuál es su influencia sobre las costumbres?<sup>288</sup>*

La ley es para el marqués, uno de los principales motivos que orillan al surgimiento de las penas, se revelan necesarias, claro que lo son, pero desgraciadas son las razones que les incitan a los hombres para elaborarlas: Las leyes son las condiciones con que los hombres vagos e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. El complejo de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el Soberano es su

---

felicidad de esta vida mortal. Considerar las relaciones de la Última no es excluir las relaciones de las dos primeras; antes bien al modo que éstas, sin embargo de ser divinas e inmutables, fueron depravadas por mil modos en los entendimientos de los hombres, admitiendo éstos malamente religiones falsas, y arbitrarias nociones de virtud y de vicio; así parece necesario examinar separadamente de toda otra consideración lo que nazca de las puras convenciones humanas o expresas, o supuestas por la necesidad y utilidad común: idea en que toda secta y todo sistema de moral debe necesariamente convenir; y será siempre laudable empresa la que contribuye a reducir aún los hombres más incrédulos y porfiados, para que se conformen con los principios que los impelen a vivir en sociedad." BECCARIA, Cesar, *op. cit.*, p. 53.

<sup>288</sup> BECCARIA, Cesar, *op. cit.*, p. 57.

administrador y legítimo depositario. Pero no bastaba formar este depósito, era necesario también defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular.<sup>289</sup>

El derecho de castigar es claramente una conducta represiva, la pena, debe en el sentido general del marqués derivar de un absoluto estado de necesidad sino sería tiránico, de todos modos no podríamos negar su dicho, cuesta mucho ceder parte de nuestra libertad interna pues como correctamente afirma: “Ningún hombre ha dado gratuitamente parte de su libertad propia con solo la mira del bien público: esta quimera no existe sino en las novelas. Cada uno de nosotros querría, si fuese posible, que no le ligasen los pactos que ligan a los otros (a). Cualquier hombre se hace centro de todas las combinaciones del globo.”<sup>290</sup> De esta manera, en la teoría de Beccaria, del derecho de castigar que se debería fundar en la necesidad surgen consecuencias:

- a) *Solo las leyes pueden decretar penas en los delitos*
- b) *Los miembros de la sociedad nos hallamos ligados a ella en virtud de un contrato que por naturaleza obliga a las partes y que liga igualmente a los hombres (es una premonición del moderno y más acabado estado de derecho europeo, con el ideal jurídico de la ley nos hace iguales.)*
- c) *De probarse una atrocidad en las penas, esta sería opuesta al bien público, y el fin de impedir los delitos no se conseguiría, pues la pena debe contener una virtud benéfica, una razón iluminada, que pretende mandar a hombres felices más que a una tropa de*

---

<sup>289</sup> BECCARIA, Cesar, *op. cit.*, p. 59.

<sup>290</sup> *Ibidem.*, p. 60.

*esclavos, apela Beccaria a la justicia y a la naturaleza del contrato social.*<sup>291</sup>

En Beccaria, la noción de pena se tiene que fundar sobre el principio de proporcionalidad muy acorde con los principios del utilitarismo moderno, y queda claro de la siguiente manera:

*Si el placer y el dolor son los motores de los entes sensibles : si entre los motivos que impelen los hombres aun a las más sublimes operaciones fueron destinados por el invisible Legislador el premio y la pena; de la no exacta distribución de estas nacerá aquella contradicción (tanto menos observada, cuanto más común) que las penas castiguen los delitos de que han sido causa. Si se destina una pena igual a dos delitos, que ofendan desigualmente la sociedad los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja.*<sup>292</sup>

Lo que distingue a Beccaria es como se adelantó a su tiempo, el humanismo del derecho penal está presente en su pensamiento y es consciente de la evolución de los cambios sociales, lo recita de la siguiente forma:

Cualquier delito aunque privado ofende la sociedad; pero no todo delito procura su inmediata destrucción. Las acciones morales, como las físicas, tienen su esfera limitada de actividad, y están determinadas diversamente del tiempo y del lugar como todos los movimientos de

---

<sup>291</sup> BECCARIA, Cesar, *op. cit.*, pp. 62-63.

<sup>292</sup> *Ibidem.*, p. 71.

naturaleza; sólo la interpretación sofisticada, que es ordinariamente la filosofía de la esclavitud, puede confundir lo que la eterna Verdad distinguió con relaciones inmutables.<sup>293</sup>

Se puede sentir en sus argumentaciones el peso del razonamiento filosófico de su época como apela a una razón superior, en dos palabras un pensamiento humanista, Beccaria es consciente de que el derecho penal, como la razón evoluciona, por eso escribe que para evitar los delitos, en nuestros días evitar la criminalidad, los actos de transgresión al orden social: “es mejor evitar los delitos que castigarlos. He aquí el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir los hombres al punto mayor de felicidad o al menor de infelicidad posible, para hablar según todos los cálculos de bienes y males de la vida.”<sup>294</sup>

Para Beccaria la forma de evitar los delitos no es otra más que la luz de la razón, la ciencia y el conocimiento, y la ley como expresión de la voluntad general y también la más preciada que es la educación<sup>295</sup>: “¿Queréis evitar los delitos? Haced que acompañen las luces a la libertad.”<sup>296</sup> Actualmente en la criminología contemporánea voces críticas como Alessandro Baratta, alegan: “aligerar en todos los sentidos la presión del sistema punitivo sobre las clases subalternas, y los efectos negativos de esta presión para el destino de los individuos y para la unidad de la clase obrera, que el sistema penal concurre a separar drásticamente de sus capas marginales.”<sup>297</sup> Baratta alega que la

---

<sup>293</sup> BECCARIA, Cesar, *op. cit.*, p. 72.

<sup>294</sup> *Ibidem.*, p. 158.

<sup>295</sup> Escribe Beccaria: “Finalmente, el más seguro, pero más difícil medio de evitar los delitos es perfeccionar la educación.” *Ibidem.*, p. 163.

<sup>296</sup> *Ibidem.*, p. 160.

<sup>297</sup> BARATTA, Alessandro, *op. cit.*, p. 215.

despenalización de ciertos sectores que fueron tipificados como delitos tomando en cuenta una concepción ética autoritaria del estado, no entraremos en una discusión a profundidad de su consideración porque sería desviarnos, pero de todos modos debe ser mencionada:

La estrategia de la despenalización significa, asimismo, la sustitución de las sanciones penales por formas de control legal no estigmatizantes (sanciones administrativas, o civiles) y, todavía más, el comienzo de otros procesos de *socialización* del control de la desviación y de *privatización* de los conflictos, en la hipótesis de que ello sea posible y oportuno. Mas, la estrategia de la despenalización significa, sobre todo, como más adelante se verá, la apertura de mayores espacios de aceptación social de la desviación.<sup>298</sup>

En Baratta ejemplos de estas conductas consistirían en la despenalización “de los delitos de opinión al ultraje, al aborto, a algunos delitos contra la moralidad pública, contra la personalidad del Estado, etcétera,” esta apertura podría ser *total o parcialmente* y su proceso de aceptación corresponde a una evolución social y debe implicar a estudiosos de los campos criminológicos, jurídicos, sociológicos, políticos y económicos avanzados, en un análisis histórico para una mejor comprensión de los cambios en la sociedad, pues: “mientras más desigual es una sociedad más pesa la inflación de las definiciones negativas de desviación;”<sup>299</sup> este sería en Baratta un medio para sustituir nuestra sociedad por una sociedad mejor y para continuar en el lento

---

<sup>298</sup> *Ídem.*

<sup>299</sup> *Ibidem.*, p. 221.

desarrollo hacia una sociedad libre e igualitaria en la lucha por la democracia.<sup>300</sup>

El concepto de víctima ha evolucionado, los victimólogos, definen a la víctima como: “la personalidad del individuo o de la colectividad en la medida en que está afectada por las consecuencias sociales del sufrimiento, determinado por factores de origen muy diverso, físico, psíquico, económico, político o social, así como el ambiente natural o técnico.”<sup>301</sup> Es de destacarse que el concepto de víctima no se debe solamente al movimiento humanista en el derecho penal, también debe su auge al desarrollo de las ciencias victimológicas y criminológicas, tanto que gracias a ella su auge puede ser calificado como “indudable.”<sup>302</sup>

La víctima en el derecho comparado, en países como España en los tiempos actuales según la legislación: “puede actuar como acusador particular o privado o donde un grupo mucho más amplio de la sociedad puede activar la acción popular,” en Bélgica el régimen penal “la víctima no solo funciona como parte civil sino que funciona también como parte desde la instrucción hasta la fase de la ejecución de las penas;” en cambio en países como la jurisdicción Inglaterra-Gales: “la víctima solo existe como testigo o no existe en absoluto.”<sup>303</sup>

---

<sup>300</sup> BARATTA, Alessandro, *op. cit.*, p. 221.

<sup>301</sup> ZAMORA Grant, José, *Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, *op. cit.*, p. 36.

<sup>302</sup> VERVAELE, John A., El espacio de libertad, seguridad y justicia: ¿Hacia una protección equivalente de las partes/participantes en el proceso penal?, en DE HOYOS Sancho, Montserrat, *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 17.

<sup>303</sup> *Ídem.*

La figura de la víctima en base a lo anterior: “forma parte hoy en día del escenario penal de Europa, tanto en los ritos procesales nacionales como en la agenda legislativa armonizadora de la Unión en materia de proceso penal.”<sup>304</sup> En estos momentos históricos puede apreciarse que el auge en el tratamiento de la víctima como un elemento central en el interior del proceso penal se encuentra en florecimiento, tan es así que la vanguardia europea en política criminal, comienza el abordaje de un tercer modelo de proceso penal, un modelo que se concentra en una fuerte participación de la víctima en el proceso penal (victime participation model).<sup>305</sup>

A grandes rasgos las principales causas sobre todo legislativas que han propiciado el desarrollo del especial tratamiento de la víctima en un marco de igualdad y de justicia con influencia en Europa y en el mundo serían los siguientes:

- A) La Declaración de las Naciones Unidas sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso del poder. Declaración de víctimas de 1985.
- B) El Convenio del Consejo de Europa de 1983 sobre indemnización de las víctimas de delitos modernos.
- C) La Recomendación de los Ministros del Consejo de Europa de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del procesal penal.

---

<sup>304</sup> VERVAELE, John A., *op. cit.*, p. 17.

<sup>305</sup> Los tres modelos en el proceso penal que se han abordado en diferentes etapas históricas del derecho penal europeo son: “uno que se concentra en la lucha eficaz contra la criminalidad (crime control model), uno que se concentre en el proceso justo y equitativo (due process model) y uno que tiene como objetivo una fuerte participación de la víctima en el proceso penal); de los tres modelos el tercer modelo es el objetivo planteado como un fruto de la política criminal europea y resultado del “desarrollo globalizado” europeo. Véase *Ídem*.

- D) Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Convención de Palermo.
- E) El protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.
- F) Decisión marco de la Unión Europea de 2001 sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal.
- G) Directiva de la Unión Europea sobre indemnización a las víctimas de delitos.
- H) Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- I) La Corte Europea de Derechos Humanos.

Desde la óptica del derecho comparado las aportaciones de la Corte Europea de Derechos Humanos son significativas: “ha dejado claro que la Convención Europea de Derechos Humanos no otorga un derecho absoluto a participar en el proceso penal, como tampoco garantiza un derecho a *actio popularis*. Sin embargo la Corte EDH ha tenido que pronunciarse sobre la participación de la víctima en el proceso penal y la relación con el derecho a un proceso equitativo o justo para el acusado o imputado.”<sup>306</sup>

Por otro lado la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, ha ido lejos en cuanto a la vanguardia de la apreciación moderna respecto de los derechos de las víctimas en los procesos penales, esta corte: “ha elaborado en su jurisprudencia un gran paquete de derechos e intereses de la víctima a partir de la obligación positiva por parte de los Estados-partes en especial la

---

<sup>306</sup> VERVAELE, John A., *op. cit.*, p. 19.

obligación positiva de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de derechos humanos.”<sup>307</sup>La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha formulado en su jurisprudencia, un derecho novedoso y particular en referencia a la víctima: su derecho a participar en el proceso penal.<sup>308</sup>La Corte ha interpretado este derecho de manera interdependiente y progresiva con el principio de dignidad que se enrosca con varios derechos como: el derecho a la seguridad, el derecho a la verdad, el derecho a la libertad y el derecho a la justicia, estos derechos correlacionados entre sí, requieren de “medidas de protección,” que nos hablan de un sistema garantista, protector y tutelador en última instancia de los derechos humanos de las víctimas.<sup>309</sup>

---

<sup>307</sup> VERVAELE, John A., *op. cit.*, p. 18.

<sup>308</sup> VERVAELE, John A., *op. cit.*, p. 18.

<sup>309</sup> Ídem. Un párrafo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana donde se constata este criterio señala: “Así interpretado, el mencionado artículo 8.1 de la Convención comprende también el derecho de los familiares de la víctima a las garantías judiciales, “ por cuanto todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia” (Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de las Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas artículo 1.2). En consecuencia el artículo 8.1de la Convención Americana confiere a los familiares del señor Nicholas Blake el derecho a que su desaparición y muerte sean efectivamente investigadas por las autoridades de Guatemala; a que se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; a que en su caso se le impongan las sanciones pertinentes; y a que se indemnicen los daños y perjuicios que han sufrido dichos familiares. Por tanto la Corte declara que Guatemala violó el artículo 8.1 de la Convención Americana, en perjuicio de los familiares del señor Nicholas Blake en relación con el artículo 1.1de la Convención.” Corte IDH, Blake v. Guatemala, sentencia de 24 de enero de 1998.

## CONCLUSIÓN

El estado de derecho constituye la más elevada expresión del control social, la instauración del estado de derecho, se identifica porque para su correcta aplicación requiere de la imposición de “cauces normativos,”<sup>310</sup> de acuerdo a las modernas teorías jurídicas y en correspondencia con los fines de los derechos humanos, la supremacía del estado de derecho requiere que esos cauces normativos se guíen por los fines que persigue la justicia.

Aunque indudablemente el estado de derecho se ha caracterizado desde sus inicios por solicitar “garantías formales,” que son las exigidas por la ley como expresión de los procesos formales de positivación,<sup>311</sup> las teorías del iusnaturalismo han contribuido para generar un equilibrio entre la tradición del derecho natural y la tradición europea del estado de derecho como norma política, de esta manera puede decirse y es necesario para reforzar la presente tesis doctoral que el control social en el estado de derecho requiere de la aplicación del estado de derecho como un principio donde la supremacía del poder político no reside en una persona ni en un símbolo de poder personal, sino en la ley, y de acuerdo a la teoría del moderno estado de derecho social y constitucional: en la justicia, lo que en palabras de Pérez Luño : “supuso una delimitación y reglamentación de las funciones del poder y la adopción de formas representativas; todo ello directamente orientado hacia la defensa de los derechos de los ciudadanos.”<sup>312</sup>

---

<sup>310</sup> PÉREZ Luño, *op. cit.*, p. 205.

<sup>311</sup> *Ídem.*

<sup>312</sup> PÉREZ Luño, *op., cit.*, p. 213.

Como apunté en mi trabajo, el estado de derecho aún se encuentra en proceso, quiero decir, que su supervivencia depende del cumplimiento de ciertas exigencias básicas e indispensables, a todo auténtico Estado de Derecho democrático<sup>313</sup> siendo estas:

- e) Imperio de la ley: como expresión de la voluntad general
- f) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial
- g) Legalidad de la Administración: actuación según la ley y suficiente control judicial
- h) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico- formal y efectiva realización material.<sup>314</sup>

El control social y el estado de derecho requieren de un indicador importante, que es la seguridad, y que ésta es a su vez un fin esencial del Estado de Derecho, y un derecho humano y también fundamental de los ciudadanos, de la persona humana. El Estado debe trabajar en su obligación inherente de proporcionarla a la ciudadanía, también de acuerdo a la moderna teoría del constitucionalismo de los derechos el Estado es legítimo en cuanto sea capaz de canalizar el cumplimiento de los derechos humanos de la ciudadanía, constituyéndose así la seguridad como un fin esencial y un auténtico y necesario derecho humano.

Los problemas de las sociedades modernas, que en épocas recientes han emergido, nos recuerdan que la sociedad aún, no es un producto acabado, el tema de la seguridad sigue siendo más acuciante que nunca, una

---

<sup>313</sup> Díaz Elías, *op cit.*, p. 31.

<sup>314</sup> *Ídem.*

preocupación ciudadana, y las respuestas desde un enfoque jurídico y criminológico no se deben hacer esperar, recientemente se ha retomado la idea de la seguridad pero acordes a los tiempos las políticas públicas en materia de seguridad se analizan y se aplican en relación con los derechos humanos, ellos son el coto vedado de la aplicación de la ley y de la implementación de las políticas públicas en materia de seguridad pública y también de seguridad nacional. Esto en el nivel internacional constituye una agenda ineludible en las responsabilidades estatales de tal modo que el artículo tercero de la emblemática Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra el derecho de todo individuo a la seguridad.

Para el planteamiento de una adecuada e integral política en materia de seguridad pública, y ahora de acuerdo a las nuevas tendencias de seguridad humana basado en el enfoque de los derechos humanos y de las nuevas tendencias criminológicas la seguridad supone, entre otras cosas, la existencia de una serie de normas positivas, perfectamente cognoscibles, que señalan con exactitud las consecuencias de un acto jurídico y le aplican una sanción en caso de incumplimiento; que delimitan con claridad la situación jurídica de los diversos miembros de la comunidad tanto gobernantes como gobernados y reducen el margen de la arbitrariedad administrativa y judicial; y que dan cauce sereno y estable al desenvolvimiento a veces demasiado espontáneo e impetuoso de la vida social y política. El Estado mismo, en cuanto autoridad y poder coactivo, está sometido a las normas jurídicas.

La sistematización del nuevo modelo de seguridad en la actuación estatal requiere de un esquema legislativo previo, este sistema legislativo tiene que estar en concordancia directa con el respeto, protección, tutela de los derechos humanos, en todos los ámbitos de la función pública, en todos los órdenes y niveles gubernamentales, en todas las funciones del poder político. Una correcta e integral política de seguridad en la variante de seguridad humana en los Estados actuales de sociedades complejas requiere sistematizarse mediante la aplicación e implementación de un marco de legalidad que regule las facultades y prerrogativas que el Estado tiene a través de sus órganos competentes en materia de seguridad.

Durante las últimas décadas con el nuevo discurso en torno al modelo de seguridad, el punto principal en materia de seguridad se ajusta a la transformación de nuevos horizontes que son: el enfoque en tratamiento y prevención de violencia, en todas sus manifestaciones, la atención de la víctima y de grupos vulnerables, el desarrollo de una política criminal estatal y equilibrada, que tome como base la cooperación internacional y la piedra angular de los derechos humanos, el enfoque novedoso de la seguridad humana, con su característica proclividad a la ciudadanización de la seguridad.

El moderno discurso de la seguridad no es ajeno al contemporáneo discurso de los derechos humanos, antes bien son correlativos, como sucede con la moderna teoría del garantismo de Ferrajoli, que si bien trabaja sobre la base ya contextualmente establecida en la ciencia jurídica de la noción de tutela es muy novedosa porque desarrolla esquemáticamente la visión

garantista que debe tener el derecho, una visión que abarca un catálogo muy amplio de derechos fundamentales, que concilia como veremos adelante la noción tan polemizada de los derechos sociales, al tener como base el principio democrático y por supuesto de que se trata de un modelo garantista fundamentado sobre principios.

Definitivamente el garantismo es una postura jurídica que, como un modelo de argumentación, interpretación y aplicación de los derechos, es esencial para el avance en la protección y tutela de los derechos humanos, tales como los derechos a: *“la vida a la libertad personal, de las libertades civiles y políticas a las expectativas sociales de subsistencia, de los derechos individuales a los colectivos- representan los valores, los bienes y los intereses, materiales y prepolíticos, que fundan y justifican la existencia de aquellos «artificios -como los llamó Hobbes- que son el derecho y el estado, cuyo disfrute por parte de todos constituye la base sustancial de la democracia.”*<sup>315</sup>

En mi investigación pude comprobar que el estado de derecho como control social puede coadyuvar con una adecuada educación de los derechos humanos, para prevenir y tratar la violencia y conseguir el objetivo que sería no tratarla como algo natural sino como un hecho social, un proceso simbólico antinatural que irrumpe con consecuencias en el orden social establecido, ese orden social, en las sociedades occidentales se encuentra sustentado en un estado de derecho, que funciona como una variable del control social, pero el control social para ejercerse necesita necesariamente de la afirmación de los

---

<sup>315</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías*, op. cit.

otros, en los sistemas sociales que integran la o las civilizaciones humanas, las sociedades humanas están unidas por una suerte de contrato social que legitima socialmente el marco de convivencia occidental. Este nuevo enfoque de tratamiento de la violencia persigue un objetivo fundamental que es el educar a las personas a no familiarizarse con la violencia,<sup>316</sup> porque la familiarización con esas conductas solo contribuye a su longevidad; antes bien un enfoque criminológico y científico particular de una planificada política criminal, incluyente respetuosa de los derechos humanos, sensata, profesional y ética que analice y estudie con objetividad estos fenómenos para dar solución a un tema complejo que dificulta la relación en sociedad, la relación de los seres humanos con la sociedad y sus semejantes, y porque no decirlo, la relación del hombre con el mundo, para esto se hace extensiva una educación de los derechos humanos y seguridad humana y una cultura política y de legalidad entre la ciudadanía.<sup>317</sup>

Se requiere también que el estudio científico de la violencia se realicen en concordancia con un enfoque jurídico pero sobre todo criminológico que

---

<sup>316</sup> Se trata de adoptar una política criminal alternativa, una criminología crítica que para Baratta implica una ciencia donde se toman en cuenta cuestiones estructurales de ciertos grupos favorecidos a quienes siempre se les ha identificado como caldo de cultivo de conductas atípicas, es decir de delitos, esto trata de abordar: "Los primeros son expresiones específicas de las contradicciones que caracterizan la dinámica de las relaciones de producción y distribución en una determinada fase de desarrollo de la formación económico-social y, en la mayor parte de los casos, una respuesta individual y políticamente inadecuada a dichas contradicciones por parte de individuos socialmente desfavorecido." BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, op. cit., p. 211.

<sup>317</sup> Beccaria se adelanta con su humanismo en que el pueblo, noción favorita de su época no debe guardar un estado de dependencia hacia los interpretes y aplicadores del derecho, el pueblo debe ser libre para juzgar su libertad, se adelanta a la idea moderna del constitucionalismo de los derechos y la idea de las clases subalternas en la criminología de Baratta: "Si es un mal la interpretación de las leyes, es otro evidentemente la oscuridad que arrastra consigo necesariamente la interpretación, y aún lo será mayor cuando las leyes estén escritas en una lengua extraña para el pueblo, que lo ponga en la dependencia de algunos pocos, no pudiendo juzgar por sí mismo cuál será el éxito de su libertad o de sus miembros en una lengua que forma de un libro público y solemne uno casi privado y doméstico." BECCARIA, Cesar, op. cit., p. 67.

analice con objetividad y crítica la conducta delictiva, el acto de la transgresión, sus causas, pero también sus consecuencias y la aplicación de la pena, será un enfoque moderno acorde a los postulados en materia de derechos humanos del siglo XXI de tradición occidental.

Concretamente en el estudio del control social en el estado de derecho debe incorporar un enfoque criminológico, tal es la tesis que presento en mi tesis misma que pretende de manera general abordar el problema del estado de derecho en el control social, esto es, cuando el estado de derecho en el control social actúa como un mecanismo de progreso y desarrollo para el bienestar espiritual y físico de las personas, tal apreciación ayuda para concretar el respeto por la dignidad humana, como máximo principio civilizatorio y no para destrozarla, es decir del estado de derecho no como un mecanismo de represión social, sino que es el artífice fundamental para el desarrollo de la libre personalidad.

En este sentido, el enfoque criminológico es una disciplina prometedora, porque no se fundamenta solo en el castigo y la sanción del transgresor, lo que constituye una política punitiva del estado como respuesta a la “cuestión criminal,”<sup>318</sup> según palabras de Baratta, donde lo importante es la existencia de una ley penal con su correspondiente ejecución y aplicación de la pena, en cambio la política criminal, con enfoque criminológico se orienta hacia un análisis crítico del derecho penal y de la criminología,<sup>319</sup> donde la brújula adopta

---

<sup>318</sup> BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, op. cit., p. 213.

<sup>319</sup> Escribe Alessandro Baratta: “Si quiere esa ciencia ser capaz de penetrar en la lógica de las contradicciones que la realidad social presenta, y aprehender las necesidades de los individuos

otra expresión, el ser una política en sentido amplio de: “transformación social e institucional.”<sup>320</sup>

Pero ese marco de convivencia no es perfecto, pues siguiendo la doctrina hobbesiana el ser humano, el hombre, la persona en su más acabada expresión, no es un ser humano débil, posee un arbitrio y un temperamento subversivo es un ser social, pero también un producto cultural, como culturales son las características sociales y culturales básicas que el hombre adquiere en su desarrollo, es pues necesario como escribe Baratta que la criminología aborde una idea con una: “adopción del punto de vista del interés de las clases subalternas es pues garantía, tanto en toda la ciencia materialista como también en el campo específico de la teoría de la desviación y de la criminalización, de una praxis teórica y política alternativa que coja en su raíz los fenómenos negativos examinados e influya sobre sus causas profundas.”<sup>321</sup>

---

y de la comunidad en su contenido históricamente determinado, para orientar la acción con miras a la superación de estas contradicciones y a la satisfacción de estas necesidades, no deberá limitarse a la descripción de las relaciones sociales de desigualdad que refleja el sistema penal (en su modo fragmentario de proteger los intereses, esto es, de satisfacer las necesidades de los individuos y de la comunidad; en su modo selectivo de distribuir el estatus de criminal). Por ello, el análisis debería llevarse a un nivel más elevado, con el propósito de comprender la función histórica y actual del sistema penal para la conservación y reproducción de las relaciones sociales de desigualdad. Esto requiere la superación del nivel de la visibilidad sociológica de la desigualdad (la esfera de la distribución de los bienes positivos y negativos) para penetrar en la lógica objetiva de la desigualdad, residente en la estructura de las relaciones sociales de producción en la sociedad capitalista tardía, y aprehender la ley invisible, pero efectiva, a la cual obedecen estas relaciones: la ley del valor.” *Ibidem.*, pp. 211-212.

<sup>320</sup> *Ibidem.*, p. 214.

<sup>321</sup> BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, op. cit., p. 211.

## BIBLIOGRAFÍA

ADORNO, Th W, *Escritos sociológicos I. Obra Completa 8*, Trad. Agustín González Ruíz, Akal, Madrid, 2004.

ABASCAL Carranza Salvador, "Derechos Humanos, Seguridad y Justicia". *Los Desafíos de la seguridad pública en México*. Coord. Pedro José Peñaloza y Mario A Garza Salinas. Ed. Universidad Iberoamericana, UNAM, y PGR, México, 2002. Argentina, 1998.

AMNISTÍA INTERNACIONAL. *La lucha de las mujeres por la seguridad y la justicia. Violencia familiar en México*, Reino Unido, 2008.

AGUADO I CUIDOLÁ, Vincenc, *Derecho de la seguridad pública y privada*, Aranzandi, Madrid, 2007.

Álvarez, Rosa María, *La violencia familiar en México. Panorama legislativo, Derecho privado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.

ALTHUSSER, L, *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*, 9 a ed, México, Ediciones Quinto Sol, 1990.

ANDERSON, Perry, *El estado absolutista*, Trad. Santos Juliá, Siglo XXI, México, 1990.

ANGUIANO, Arturo, *El ocaso interminable*, Ed. Era, México, 2010.

- Asociación Pro Derechos Humanos, *La Violencia familiar. Actitudes y representaciones sociales*, Fundamentos, Madrid, 1999.
- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal y estado de derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- BARATTA, Alessandro, *Criminología y sistema penal. Compilación in Memoriam*, Euros Editores, Buenos Aires, 2006.
- *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, Siglo XXI Editores, 7ª edición, México, 2001.
- BARRÓN Cruz Martín, SILVA, Carlos, Yáñez, José Arturo, *Guardia Nacional y Policía Preventiva: Dos Problemas de Seguridad en México*, Ed. INACIPE, México, 2004.
- BARTRA, Armando, *La utopía posible*, La jornada ediciones, México, D.F, 2011.
- BECCARIA Cesare. *De los delitos y de las penas*. Tecnos Clásicos del pensamiento. Madrid. 2008.
- BETANCOURT, Fernando, *Derecho romano clásico*, 3º, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2007.
- BELIZ, Gustavo, ¿Hacia una nueva generación de reformas en seguridad ciudadana?, en ALDA, Erik y BELÍZ, Gustavo, *¿Cuál es la salida?*, Banco Interamericano de Desarrollo, Nueva York, 2007.

BERGMAN, Marcelo, *Seguridad pública y Estado en México*, Fontamara, México, 2007.

BIRGIN, Haydée, KOHEN, Beatriz, Introducción el acceso a la justicia como derecho, en BIRGIN, Haydée, KOHEN, Beatriz, *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*, Biblos, Buenos Aires, 2006.

BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Trad. Jorge Binaghi, Gedisa, Barcelona, 2008.

- *Contribución a la teoría del derecho*, trad. Alfonso Ruiz Miguel, 1980, Fernando Torres Editor, 1980.
- Prólogo, en FERRAJOLI Luigi. *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Trotta. Madrid. 1995.

BORJA Jiménez, Emiliano. *Curso de Política Criminal*. Ed. tirant lo blanch, Valencia, 2003.

BOURDIEU, Pierre, *Contrafuegos 2*, Trad: Joaquín Jordá, Barcelona, Anagrama, 2001.

BUFFINGTON, Robert M., *Criminales y ciudadanos en el México moderno*, Siglo XXI Editores, México, 2001.

BUSTOS Ramírez Juan, y Malarée Hernán Hormazábal. *Lecciones de Derecho Penal*. 1 vols. Ed. Trotta, Madrid, 1997.

BUSTAMANTE, Jorge, México Estados Unidos: Migración indocumentada y seguridad nacional. AGUAYO, Sergio, BAGLEY, Bruce, *En busca de la seguridad perdida Aproximaciones a la seguridad mexicana*, 2ª, Siglo XXI, México, 2002.

BURGOA Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, Porrúa, 6ª. ed., México, 1970.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

CARRANCÁ y Trujillo Raúl, y Carrancá y Rivas, Raúl, *Derecho Penal Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 2001.

CARRANZA, Elías, *Delito y seguridad de los habitantes*, Siglo XXI Editores, México, 1997.

CARVAJAL Martínez, José Enrique, *La seguridad dentro del estado de garantías*, Bogotá, ILSA, 2008.

CASTRO V., Juventino, *Garantías y amparo*, Porrúa, México, 2002.

- CORCHEA, A.C, Presentación, *Violencia desenfocada. Segunda edición de las jornadas de estudio, reflexión y opinión sobre violencia*, Universidad de Sevilla – Padilla Libros Editores y Libreros, Sevilla, 2006.
- CORNFORD, F.M., *Antes de Sócrates*, 2da. Trad. Antonio Pérez Ramos, Ariel, 1981.
- COSSÍO, D. José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico*, México, Miguel Ángel Porrúa-ITAM, 2001.
- COPLESTON, F. C. *Historia de la filosofía*, Barcelona, 1971.
- CHINCHILLA Laura y José Ma. Rico. La prevención comunitaria del delito: perspectivas para América Latina. Ed. Centro para la Administración de Justicia, Argentina ,1997.
- DAMMERT, Lucia. *Participación Ciudadana en la Prevención del delito en América Latina. ¿De qué participación estamos hablando?*, Ed. Centro de Estudio Para el Desarrollo, Santiago, 2002.
- DE LA COLINA, Daniel. “La prevención del delito y la policía Comunitaria, desde la perspectiva del paradigma etiológico Integrativo y Globalizador”, *La Criminología del Siglo XXI en América Latina*. Coord. Carlos Alberto Elbert y otros, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001.
- DEL LLANO, Cristina Hermida, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Anthropos, Barcelona, 2005.

- DE GREIFF, Pablo, DUTHIE, Roger, *Transitional justice and development*, Social Science Research Council, New York, 2009.
- DEL VALLE Martínez, Antonio, *La transición democrática en los cuerpos de seguridad pública: Participación ciudadana y derechos humanos*. Ed. Gernika, México, 2004.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Derecho Penal*, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.
- DÍAZ, Elías. Teoría general del estado de derecho, *Revista Estudios Políticos*, Un 131, Madrid, Septiembre- Octubre, 1963.
- DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Barcelona, Taurus, 1998.
- DUGUIT, Léon, *Soberanía y libertad, lecciones dadas en la Universidad de Columbia (New- York)*, Trad. José G. Acuña, Ed. Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1921.
- *Las transformaciones del derecho público y privado*, trads. Adolfo G. Posada y Ramón Jaén, Buenos Aires, Heliastra.
- DWORKIN Ronald. *La justicia con toga*. Trad. Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortíz de Urbina Gimeno. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid. 2007.
- ECHEBURÚA, Enrique, De Corral, Paz, *Manual de violencia familiar*, Siglo XXI, Madrid, 2006.

ELÓSEGUI, M., GLEZ Cortés, M.T. y GAUDÓ C., *El rostro de la violencia. Más allá de del dolor de las mujeres*. Icaria, Barcelona, 2010.

GONZALEZ Calleja, Eduardo, *La violencia en la política. Perspectivas teóricas sobre el empleo de la fuerza en los conflictos de poder*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, España, 2003.

GLEZ. Cortés, María Teresa, La violencia en los telediarios, en Elósegui, M., GLEZ Cortés, M.T. y GAUDÓ C., *El rostro de la violencia. Más allá de del dolor de las mujeres*. Icaria, Barcelona, 2010.

GONZÁLEZ Placencia, Luis, *Ciudades seguras V. percepción ciudadana de la inseguridad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Una teoría del garantismo penal*, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Ed. Trotta, Madrid, 2004.

- El derecho como sistema de garantías. En FERRAJOLI Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*. Trad. Gius Laterza. Figli Spa. Roma-Bari. Perfecto Andrés Ibáñez. Andrea Greppi. Ed. Trotta. Madrid. 1999.

- La esfera de lo indecible y la división de poderes. En GONZÁLEZ-ARÉCHIGA Bernardo. *Gobernabilidad y participación*. Forum Universal de las Culturas 2007. Fondo Editorial de Nuevo León. Monterrey. 2007.

FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar*, Trad. Aurelio Garzón del Camino, 2º, México, Siglo XXI, 2009.

GAMARRA Rubio, Fernando, *Convención sobre los derechos del niño*. Índice analítico, Pontificia Universidad Católica del Perú-Fondo Editorial, Lima, 2001.

GEORGE, Susan, *Sus crisis nuestras soluciones*, Icaria, Barcelona, 2010.

GONZÁLEZ, V. A., “La teoría de sistemas y la seguridad pública”, Revista *Iter Criminis*, núm. 1, México, 1998.

GONZÁLEZ Uribe, Héctor, *Teoría política*, Porrúa, 2ª. ed., México, 1977.

GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Edit. Revista de Occidente, 1950, 7ª. Edición, 1964.

GÜNTER Jakobs y Manuel Cancio Melía. *Derecho Penal del enemigo*. Trad. Manuel Cancio Melía. 2º. Civitas. Madrid. 2006.

HAYEC, F. A. *Camino de servidumbre Obras completas*, Vol. II., Universidad Francisco Marroquín, Unión Editorial, Fundación Friedrich A. Von Hayec, Trad. José Vergara Doncel, España, 2008.

HARDT, Michael, NEGRI, Toni, *La multitud y la guerra*, Iniciativa mexicana contra la guerra, no en nuestro nombre, México, ERA, 2007.

HÄBERLE, Peter, *El estado constitucional*, Trad. Héctor Fix-Fierro, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.

HART., Herbert L. A., *El concepto del derecho*, Trad. Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

HERRERA Lasso, Luis, Balance y perspectivas en el uso del concepto de la seguridad nacional en el caso de México, AGUAYO, Sergio, BAGLEY, Bruce, *En busca de la seguridad perdida Aproximaciones a la seguridad mexicana*, 2ª, Siglo XXI, México, 2002.

HOBBS, Thomas, *Elementos filosóficos del ciudadano*, Trad. Andrés Rosler, Hydra, Buenos aires, 2010.

IBÁÑEZ Perfecto Andrés. Prólogo. En FERRAJOLI Luigi. Derechos y Garantías. *La Ley del más débil*. Trad. Gius Laterza. Figli Spa. Roma-Bari. Perfecto Andrés Ibáñez. Andrea Greppi. Ed. Trotta. Madrid. 1999.

IMBERT, Gerard, *Los escenarios de la violencia*, Icaria, Barcelona, 1992.

ISA, Felipe, ORÁ ORÁ,Jaime, *La declaración universal de los derechos humanos. Un breve comentario en su 50 aniversario*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1997.

JARDÓN, Alberto, Las teorías políticas de Duguit, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. XIV, Ed. Reus (S.A), Madrid, 1919.

KABUNDA, Mbuyi, La seguridad preventiva y los derechos humanos en África. *El papel de las ONG, La seguridad preventiva como nuevo riesgo para los derechos humanos*, Departamento para los derechos humanos, el empleo y la inserción social de la Diputación Floral de Gipukoa-Alberdania, España, 2005.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, "Estado de derecho e idea de la legalidad," *Revista de Administración Pública*. I.E.P, Madrid No. 6 (Septiembre

Diciembre 1951), Tomado del libro *Humanismo y Estado de Derecho*, Barcelona, Editorial Bosch, 1960.

- *El estado de derecho en la actualidad*, Ed. Reus, Madrid, 1934.

LÓPEZ Vergara, Jorge, *Criminología. Introducción al estudio de la conducta antisocial*, 3ª, ITESO, México, 2000.

LUHMANN, Niklas, *La sociedad de la sociedad*, Trad. Javier Torres Nafarrete, México, Herder, 2007.

- *El derecho de la sociedad*, trad. Javier Torres Nafarrete, México, Universidad Iberoamericana, 1998.

LLOP Barcelona, J., *Policía y constitución*, Ed. Tecnos, Col. Temas Claves de la Constitución española, Madrid, 1997.

MARTÍNEZ Garnelo, Jesús, *Seguridad pública nacional*. Ed. Porrúa, México, 1999.

MATTEUCCI, Nicola, *Organización del poder y libertad, Historia del constitucionalismo moderno*, Trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira, Ed. Trotta, Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1988.

MENDIETA, Ernesto, JÍMENEZ, Samuel, GONZÁLEZ Ruíz, Samuel, BUSCAGLIA, Edgardo, VENTURA, Fernando, ZINGERMAN, Gleb, *La*

*fuerza de la razón y la razón de la fuerza. El uso legítimo de la violencia*, Instituto Nacional de Ciencias Penales INACIPE, México, 2009.

MOSCOSO Zepeda, Julia Adriana, Los derechos humanos de la mujer y los instrumentos internacionales que México ha ratificado, en GALEANA, Patricia, *Derechos humanos de las mujeres en México*, UNAM, México, 2004.

MUKHOPADHAYAY, Maitrayee, Situando los temas de género y ciudadanía en los debates de desarrollo. Hacia una estrategia. En MUKHOPADHAYAY, Maitrayee y Navasharan SINGH, *Justicia de género, ciudadanía y desarrollo*, Colombia, IDRC, 2008.

NÚÑEZ, Torres, Michael, *La reforma constitucional, sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado*, Ed. Porrúa México, EGAP, Tecnológico de Monterrey, Cátedra Estado de Derecho, México, 2010.

NEGRI, Antonio y Michael Hardt, *Imperio*, 2ª ed, trad. Alcira Bixio, Argentina, 2002.

NEGRI, Antonio, *Fin de siglo*, Trad. Pedro Aragón Rincón, Ediciones Paidós, Barcelona, 1992.

ORGANIZACIÓN PAEA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS OCDE, *Reducir la violencia armada. Hacer posible el desarrollo*, OECD-Dirección General de Planificación y Evaluación de Políticas Públicas para el Desarrollo, Trad. DGPOLDE, Francia, 2010.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, PNUD, *Informe Regional de Desarrollo Humano, 2013-2014, Seguridad ciudadana con rostro humano. Diagnóstico y propuestas para América Latina*, Centro Regional de Servicios para América Latina y el Caribe, Dirección Regional para América Latina y el Caribe, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Nueva York, 2013.

PHILIPPE-DAVID, Charles, *La guerra y la paz. Enfoque contemporáneo sobre la seguridad y la estrategia*, Icaria, 2006.

PEÑALOZA, Pedro José, *Seguridad Pública: voces diversas en un enfoque disciplinario*. Ed. Porrúa, México, 2005.

PICCA, Georges, La criminología frente a su futuro, en ARROYO Zapatero, Luis (Dir.), *Estudios de criminología I*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla La Mancha, España, 2003.

PÉREZ Luño, Antonio, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001.

RINNESSI, Antonio Juan, *El deber de la seguridad*, Zal-Culzoni, 2007.

RODRÍGUEZ Zepeda, Jesús, *La política del consenso. Una lectura crítica de El liberalismo político de John Rawls*, Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, México, México, 2003.

SEPÚLVEDA, Ricardo J., Análisis sobre los aspectos de la reforma constitucional relacionados con el ámbito internacional (asilo y refugio), en CARBONELL, Miguel, SALAZAR Ugarte, Pedro, *La reforma*

*constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2011.

SÁNCHEZ Sandoval, Augusto, *Seguridad Pública y la teoría de los sistemas en la sociedad del riesgo*, Ed. Porrúa, México, 2007.

- *Sistema ideológico y control social*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- *Derechos Humanos Seguridad Pública y Seguridad Nacional*, Ed. INACIPE, México, 2002.

SARTORI, Giovanni, *Partidos y sistemas de partidos*, Trad. Fernando Santos Fontenla, Alianza Editorial, Madrid, 2000.

SERRANO Masip, Mercedes, Análisis del estatuto de la víctima en la normativa de la Unión Europea desde la perspectiva de la violencia de género, en DE HOYOS Sancho, Montserrat, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

REVIRIEGO Picón, Fernando, Tutela institucional, ARANDA, Elviro (Dir.), *Estudios sobre la ley integral contra la violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2005.

SILVA Rosales, Patricia, El género en la sociedad, CHÁVEZ Carapia, Julia del Carmen, *Perspectiva de género. Género y Trabajo social*, UNAM, México, 2004.

SLOTEDIJK, Peter, *El desprecio de las masas*, trad. Germán Cano, Madrid, pre – textos, 2005.

- *Normas para el parque humano*, 4ª ed, trad. Teresa Rocha Barco, Madrid, Siruela, 2006.

SODRE, Muniz, *Sociedad, cultura y violencia*, Norma, Bogotá, 2001.

SOZZO, Máximo, *Inseguridad, prevención y policía*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO Sede Ecuador), Municipio del Distrito Metropolitano de Quito (MDPQ), Corporación Metropolitana de Seguridad Ciudadana (CORPOSEGURIDAD), Quito, 2008.

THORUP L. Cathryn, La formulación de la agenda de seguridad nacional para la década de los noventa, AGUAYO, Sergio, BAGLEY, Bruce, *En busca de la seguridad perdida Aproximaciones a la seguridad mexicana*, 2ª, Siglo XXI, México, 2002.

TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, Editorial Temas, Traducción al Castellano, Madrid, 2ª. Edición, 1996.

URRA Portillo, Javier, *Violencia. Memoria amarga*, Siglo XXI editores, Madrid, 1997.

VERDÚ, Pablo Lucas, *Estado liberal de derecho y estado social de Derecho*, Salamanca, Acta Salmanticensia, T.II, No 3, Universidad de Salamanca, 1955.

VERVAELE, John A., El espacio de libertad, seguridad y justicia: ¿Hacia una protección equivalente de las partes/participantes en el proceso penal?, en DE HOYOS Sancho, Montserrat, *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

VILANOVA, Núria, Desterritorialización, en SZURMUK, Mónica, IRWIN, Mckee, *Diccionario de estudios culturales latinoamericanos*, Siglo XXI Editores, México, 2009.

VILE, M, J, C. *Constitucionalismo y Separación de Poderes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Trad. Xohana Bástida Calvo, Madrid, 2007.

VILLAR Palasí, José Luis, *Apuntes de derecho administrativo*, UNED, Madrid, 1974.

WEBER, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, 2º, Trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Farella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora, Fondo de Cultura Económica, España, 2002.

ZAFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal*, Ediar, Argentina, 2005.

ZAGREBELSKY Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 3ª. Editorial Trotta. Madrid. 1999.

ZAMORA Grant, José, *Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2009.

## **Legislación**

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

*Declaración Universal de los Derechos Humanos.* Preámbulo. 1948. Paris.  
Naciones Unidas.

*Ley de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia.* Instituto Estatal de las Mujeres de Nuevo León.

*Ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia,* Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Secretaría General. (Vigente).

*Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.* Título I. Boletín Oficial Federal III 100-1). Deutscher Bundestag. Alemania. 2006.

## **Jurisprudencias**

*GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA, QUÉ SE ENTIENDE POR.-*  
Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, julio de 2002, página 449, Segunda Sala, tesis 2a. LXXV/2002.

*DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL ARTÍCULO 40 DE LA LEY DE LA MATERIA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA.-*  
Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, julio de 2002, página 7, Pleno, tesis P. XXVIII/2002.

*EJÉRCITO, FUERZA AÉREA Y ARMADA. SI BIEN PUEDEN PARTICIPAR EN ACCIONES CIVILES EN FAVOR DE LA SEGURIDAD PÚBLICA, EN SITUACIONES EN QUE NO SE REQUIERA SUSPENDER LAS*

*GARANTÍAS, ELLO DEBE OBEDECER A LA SOLICITUD EXPRESA DE LAS AUTORIDADES CIVILES A LAS QUE DEBERÁN ESTAR SUJETOS, CON ESTRICTO ACATAMIENTO A LA CONSTITUCIÓN Y A LAS LEYES.*- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XI, abril de 2000, página 552, Pleno, tesis P./J. 36/2000; véase la ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo III, marzo de 1996, página 351.

REFUGIADO. LA CONCESIÓN DE AMPARO PARA QUE LA SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES PIDA OPINIÓN SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS PREVALECIENTES EN EL PAÍS DE ORIGEN DEL SOLICITANTE DE DICHA CONDICIÓN, ASÍ COMO LA INFORMACIÓN RESPECTO DE SUS ANTECEDENTES, NO VIOLA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, Tesis: II.8o.(I Región) 12 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 4, Décima época, p. 2750.

SEGURIDAD PÚBLICA. LA PARTICIPACIÓN DE LOS SECRETARIOS DE LA DEFENSA NACIONAL Y DE MARINA EN EL CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA, NO VIOLA EL ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL.-Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XI, abril de 2000, página 556, Pleno, tesis P./J. 39/2000; véase la ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo III, marzo de 1996, página 351.

*SEGURIDAD PÚBLICA. LA PARTICIPACIÓN DE LOS SECRETARIOS DE LA DEFENSA NACIONAL Y DE MARINA EN EL CONSEJO NACIONAL DE*

*SEGURIDAD PÚBLICA, NO VIOLA EL ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL.*-Semnario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XI, abril de 2000, página 557, Pleno, tesis P. /J. 35/2000; véase la ejecutoria en el Semnario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo III, marzo de 1996, página 351.

*SEGURIDAD PÚBLICA Y TRÁNSITO EN LOS MUNICIPIOS. EN PRINCIPIO, SON MATERIAS RESERVADAS CONSTITUCIONALMENTE A ELLOS.*- Semnario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo IV, noviembre de 1996, página 330, Pleno, tesis P./J. 69/96. Véase la ejecutoria en la página 250 de dicho tomo; véase la ejecutoria en la página 250 de dicho tomo.

Voto particular del Magistrado C. De la Vega Benayas respecto a la STC 341/1993 de 18 de Noviembre que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la LOPSC.

Sentencia C-872/03 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-872-03.htm>.

Sentencia C-872/03 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-872-03.htm>.

## **Manuales**

*Consultoría sobre el acceso a la justicia de mujeres víctimas de violencia en el sistema de procuración y administración de justicia en México, Gobierno*

Federal, SEGOB, Comisión para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, México, 2009.

*Manual: Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres y su protocolo facultativo CEDAW, 4º*, Secretaría de Relaciones Exteriores, UNIFEM, PNUD, México, 2008.

*Manual de implementación del protocolo de actuación policial en materia de violencia de género*, Gobierno Federal, México, 2012.

*Programa integral para prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres*, Gobierno Federal, México, 2012.