

# Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística

ISSN: 2007-2023.



Fecha de recepción: 16/04/2012  
Fecha de aceptación: 10/08/2012

## IMPLICANCIAS DE UNA POLÍTICA CRIMINOLÓGICA INEFICIENTE E INEFICAZ. LA AFECTACIÓN DESDE EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y DE DERECHO DEL VALOR LIBERTAD Y OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

## IMPLICATIONS OF A CRIMINOLOGICAL POLICY INEFFECTIVE AND INEFFICIENT. INVOLVEMENT FROM THE DEMOCRATIC STATE AND LAW OF THE VALUE OF FREEDOM AND OTHER FUNDAMENTAL RIGHTS

Investigación ganadora en el Primer Concurso Internacional de Investigación Criminológica

Otorgándose la medalla: "Raúl Zaffaroni"

Dr. Gino Ríos Patio  
Universidad de San Martín de Porres  
[ginoriosabogado@hotmail.com](mailto:ginoriosabogado@hotmail.com)  
Perú

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo determinar las implicancias que presenta una política criminológica ineficiente e ineficaz, respecto a la libertad y otros derechos fundamentales en un Estado Democrático y de Derecho, para lo cual se analiza la doctrina existente sobre el Estado, los Derechos Humanos y la Criminología, así como el estado de la cuestión caracterizado por los casos contraindicados precisamente por la política criminológica y que, sin embargo, se han dado en mi país, para extraer conclusiones concretas y puntuales sobre la inconveniencia de dichas medidas, las cuales podrían servir como referente para cualquier otro país de la región.

**PALABRAS CLAVES:** Estado democrático y de Derecho, Derechos Humanos, Criminología, Libertad personal, Igualdad y dignidad.

## ABSTRACT

The present research work aims to determine the implications that presents a criminological policy inefficient and ineffective, with respect to the freedom and other fundamental rights in a democratic State of law, to which analyzes the existing State, human rights and Criminology doctrine, as well as the State of affairs characterized by cases precisely contraindicated by the criminological policy and that However, they have been in my country, for concrete and specific conclusions about the inconvenience of such measures, which could serve as a reference for any other country in the region.

**KEYWORDS:** Democratic state and law; Human rights; Criminology, Personal freedom, Equality and dignity.

## INTRODUCCIÒN

En mi país, la sociedad y la persona humana vienen siendo afectados en su seguridad, tranquilidad y desarrollo, por el incremento cuantitativo y cualitativo de la criminalidad, frente a lo cual el Estado no adopta medidas coherentes con la Constitución ni fundadas en estudios criminológicos, por lo que se evidencia la ausencia de una política criminológica eficiente y eficaz, con lo cual se afecta la libertad y otros derechos fundamentales desde el Estado Democrático y de Derecho que precisamente está llamado respetar y garantizar dichos principios, valores y derechos esenciales.

Ante semejante problema que atenta contra los postulados más elementales de una organización social, que están destinados a preservar su existencia y fomentar su desarrollo, lo que contradictoriamente se pone en riesgo, ya que por la vía del crimen, la inconducta y la violencia, se degrada y descompone el cuerpo social; la investigación que hemos realizado busca exponer críticamente la situación y determinar las implicancias negativas que conlleva tal estado de cosas para la convivencia social pacífica y los derechos del hombre.

El presente trabajo investigativo se justifica, entonces, en su importancia académica e innegable utilidad social, dado que se enjuicia una política criminológica ineficaz por no sustentarse en bases criminológicas, sino en coyunturas políticas; y se valora la necesidad de que un Estado Democrático y de Derecho adopte una eficiente y

eficaz política criminológica para prevenir y controlar la criminalidad respetando los derechos fundamentales del hombre.

A lo largo de la investigación que presentamos, se muestra en el primer capítulo, determinados aspectos esenciales del Estado, tales como su origen, naturaleza y evolución, su concepto y fines, las diferentes clases de Estado y la importante forma de Estado Democrático y de Derecho; con la finalidad de señalar un eje importante para toda política criminológica.

En el segundo capítulo, se abordan cruciales tópicos de Derechos Humanos, tales como su origen, evolución, concepto, principios y características, con el propósito de acreditar que constituyen el fundamento del orden político y jurídico.

En el tercer capítulo, se desarrolla la Política Criminológica, a través de su relación diferencial con el Derecho Penal y la Criminología, con el objeto de conocer su contenido en un Estado Democrático y de Derecho.

En el cuarto capítulo se analiza críticamente lo que denominamos el estado de la cuestión, es decir, las medidas político criminológicas adoptadas por el Estado peruano para hacer frente a la criminalidad, las mismas que no se fundamentan en bases criminológicas ni son coherentes con la Constitución, por lo que afectan la libertad y otros derechos fundamentales.

Finalmente, en el quinto y último capítulo, se arriba a conclusiones concretas y puntuales que llegan a determinar que la política criminológica sub examen es ineficiente e ineficaz, por lo que es inútil para cumplir con los objetivos estatales de prevención y control de la criminalidad, lo cual podría servir como referente para cualquier otro país de la región.

## **EL ESTADO: ORGANIZACIÓN POLÍTICO JURÍDICA AL SERVICIO DE LA PERSONA HUMANA**

### **Origen, naturaleza y evolución**

Durante mis años de experiencia profesional he reflexionado acerca de la persona humana, la sociedad y el Estado. Como consecuencia de dichas reflexiones considero que por ser la persona humana una creación natural y primaria, a diferencia del Estado y el Derecho, que son creaciones artificiales y secundarias, posteriores al hombre, aquella es superior a éstos. Por ello, el origen del fenómeno político y jurídico es necesariamente la persona humana. En otras palabras, hay Estado porque hay sociedad y hay sociedad porque hay hombres. En definitiva, toda realidad social y política tiene su núcleo primario en el hombre.

Las mismas reflexiones me han llevado a considerar que el hombre presenta, por naturaleza, las características innatas, simultáneas y concurrentes, de lo que podríamos llamar mundanidad, sociabilidad y politicidad. Respecto de la primera, podemos decir que el hombre está en el mundo, no tiene otro lugar, es su sitio natural, aquí está emplazado y arraigado, no está fuera. El mundo es no sólo el ámbito físico, sino también las circunstancias, entorno y todos los elementos que circundan al hombre. Así, la vida del hombre transcurre en el mundo y, consecuentemente, la mundanidad a la que nos referimos es esencial y constitutiva del ser humano. Esto guarda relación con el conocido pensamiento de la filosofía ortegiana según el cual el hombre es él y su circunstancia.

Sin embargo, en el mundo el hombre no está replegado sino abierto a trascender, es decir, apunta a lo que está fuera de él, a aquello que no es él mismo, a lo

objetivo. Esta apertura explica el segundo rasgo o característica denominada sociabilidad. El hombre es sociable porque al estar en el mundo se relaciona con otros hombres y con cosas, con aquellos convive y con éstas co existe. Esta sociabilidad, como la mundanidad, es “*ab initio*”, pues no hay otra forma de ser hombre en el mundo que conviviendo, por ello es una predisposición natural del hombre y una especificación de la mundanidad en tanto cualidad del hombre.

Empero, en el rasgo social no se termina de explicar la dimensión del hombre, hace falta una tercera característica, la cual se explica si reflexionamos respecto a que la convivencia no tiene posibilidad lógica ni ha tenido posibilidad histórica de realizarse sin forma política. Entonces, la convivencia también es constitutiva del ser del hombre, porque la vida humana no tiene otra posibilidad natural de ser vivida sino en convivencia políticamente organizada. La historia de la humanidad da cuenta de ello.

Del modo hasta aquí expuesto, me explico y comprendo la famosa frase de Aristóteles a través de la cual expone que el hombre es un ser social y un animal político. Recuerdo de mis lecciones iniciales de filosofía en la universidad, que el filósofo griego sostenía que fuera de la sociedad y de la polis, se es menos o más que hombre: una bestia o un dios, pero no un hombre.

Es fácilmente apreciable que la limitación del hombre y su natural indigencia, implican necesariamente la naturalidad de la sociedad y el Estado, lo cual no significa que el valor y la dignidad de la persona humana se denigre o desvalore por el hecho de tener que integrarse en una convivencia organizada, por el contrario, ésta lo perfecciona e integra, de ahí que existan naturalmente para satisfacer las necesidades del hombre, suplir sus limitaciones individuales y posibilitar su pleno desarrollo.

Por lo expuesto precedentemente, dejamos establecido que la sociedad y el Estado existen para el hombre y tienen una naturaleza ministerial y de servicio, lo que nos recuerda que la persona humana es el origen y el fin de la sociedad y el Estado, por lo que aquellas entidades le deben respeto y protección. Desde el pórtico de la constitucionalidad, el artículo 1º de la vigente Carta Política de mi país así lo consagra, cuando establece que “*la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado*”.

Existen diversas teorías acerca de la naturaleza del Estado, como da cuenta Ferrero, R. (2003) cuando advierte que “entre las diversas teorías sobre el origen del Estado, merecen especial estudio las sociológicas, deontológicas, jurídicas y políticas...”(pág. 51), sin embargo, podemos extraer una síntesis de todas ellas y manifestar que si bien el Estado deriva de los hombres , no se agota en los hombres, pues el Estado presenta otros elementos, tales como el poder y un territorio, pero esta realidad social, objetiva y externa del Estado no es sustancial, sino accidental y accesoria, por ello la naturaleza del Estado es jurídica.

En cuanto a su evolución, puedo decir que la existencia de la organización social, política y jurídica es permanente, siempre existió, aunque con diferente denominación. Los griegos la denominaban “*polis*”, los romanos “*res pública o civitas*”, los alemanes “*reich*”. Es en los siglos XIV y XV que aparece la palabra Estado, acuñada por Maquiavelo en “El Príncipe”, como “*stato*” derivada de la voz latina “*status*” que expresa un orden. Ferrero, R. (2003) señala al respecto que “la primera sociedad natural fue sin duda la familia, luego se formaron el clan y la tribu, luego la ciudad y finalmente la nación, que dio lugar al Estado” (pág. 49). El mensaje de la expresión anterior me permite señalar que lo permanente del Estado deriva de lo

natural de su existencia, la cual adopta una forma determinada que históricamente ha sido variable, por la libertad y voluntad de los hombres.

## **CONCEPTO Y FINES**

Considero al Estado como una sociedad humana identificada por vínculos como territorio, origen, costumbres, tradiciones, lengua, religión, pasado y futuro común, organizada política y jurídicamente bajo una autoridad.

Como hemos dicho en el sub capítulo precedente, los hombres son conscientes de su natural indigencia y por eso se asocian para lograr potenciar sus capacidades y poder subsistir. Esta situación nos lleva a preguntarnos ¿para qué existe el Estado? ¿Cuál es su razón de ser? ¿Cuál es su justificación histórica? De hecho, las respuestas a las cuestiones formuladas tienen una importancia vital y constituyen los fines del Estado. En ese sentido, identifico el Bien Común como el fin supremo del Estado. Evidentemente, se trata de una situación ideal por alcanzar a fin de propiciar la plena realización de la persona humana, no es algo concreto sino abstracto, relativo y neutro, que es susceptible de adaptarse a los cambios históricos y las realidades nacionales, como nuevamente la historia de la humanidad da cuenta.

Sin embargo, puedo manifestar que la plena realización de la persona humana está condicionada a la existencia de un alto grado de progreso y perfección de la sociedad. En síntesis, considero que el Bien Común comprende los aspectos de bienestar general y seguridad integral, los cuales son interdependientes y complementarios.

En efecto, el hombre no sólo está en el mundo sino que quiere estar bien, lo que implica que aspira a resolver sus necesidades, de allí que el bienestar general suponga un equilibrio entre el medio físico y psíquico individuales y el medio socio ambiental, de tal modo que las necesidades materiales y espirituales del hombre se satisfagan adecuada y oportunamente. Asimismo, el hombre quiere eliminar las amenazas a sus valores esenciales, por lo que la seguridad integral comprende la protección y la garantía para que el bienestar general se alcance progresivamente y la acción política se desarrolle en condiciones normales.

## **CLASES DE ESTADO**

Desde mi punto de vista y de manera sintética, hay diversas clases de Estado según la relación que exista entre el poder y los elementos que forman la organización estatal, es decir, el territorio y el pueblo.

El Estado es unitario o federal si de la relación del poder y el territorio hay centralización política o descentralización, respectivamente. En cambio, el Estado es totalitario, autoritario o democrático si de la relación del poder con el pueblo se advierte la negación, restricción o el respeto de los derechos humanos, respectivamente.

Es evidente que el totalitarismo es sociológicamente monista porque su ideología supone que la realidad primera es la sociedad y no el hombre, a quien sólo considera en función de la sociedad; asimismo es políticamente monista porque el poder político es concebido como el único, que absorbe a los demás poderes, en vez de concebirlo como el poder social supremo que coordina y preside a los demás; y finalmente es jurídicamente monista por cuanto no reconoce el derecho natural sino

únicamente el derecho positivo creado por el Estado, negando de esa manera la dignidad humana y la libertad del hombre.

La democracia, de otro lado, la concibo como una clase de Estado y no como una forma de gobierno, ya que para el suscrito el pueblo no puede gobernarse a sí mismo ni es susceptible de representación. En efecto, la democracia como forma de autogobierno es una ficción, porque el poder no puede ejercerse multitudinariamente por todo el pueblo; y la democracia indirecta basada en la representación política es una hipótesis de laboratorio, por cuanto la representación requiere unidad en el mismo sujeto representado, carácter que el pueblo no tiene por ser un conglomerado heterogéneo con intereses distintos y hasta contrapuestos.

## **ESTADO DEMOCRÁTICO Y DE DERECHO**

Ya nos hemos referido al Estado democrático como aquella organización social, política y jurídica que respeta la dignidad y los derechos humanos. En este contexto, se denomina Estado Democrático y de Derecho a la clase de Estado en la cual el poder se encuentra sometido a un sistema de normas jurídicas con la finalidad de proteger los derechos fundamentales de la persona humana. Es el gobierno de las normas jurídicas al servicio del hombre, entendiéndose como tales la ley, la jurisprudencia, el contrato como expresión de la libertad y voluntad del hombre, la costumbre jurídica y los principios jurídicos.

No es casual que el Estado, si bien surgió cronológicamente antes que el Derecho, posteriormente se encuadró, cualquiera que haya sido la clase de Estado, en un orden jurídico positivo que él mismo creó para regular la vida social organizada que representa.

Desde el punto de vista histórico, se puede constatar que tanto el Derecho ha estado subordinado a la voluntad del gobernante, cuanto el Estado se ha sometido al Derecho, dependiendo de las épocas. Precisamente, cuando ocurre la primera de las situaciones referidas, estamos frente a un Estado totalitario o, cuando menos, autoritario; en cambio cuando se da la segunda de las situaciones, estamos frente a un Estado Democrático y de Derecho.

Axiológicamente, está claro que por un imperativo ético consecuente con la realidad primaria y trascendente que es el hombre y con el carácter servicial que debe tener el Estado por ser una creación de aquel, debe estar sin lugar a dudas sujeto al Derecho, tanto al positivo que él mismo elabora cuanto al natural que es anterior y superior.

Es claro, entonces, que en el Estado Democrático y de Derecho, el orden jurídico debe tener un contenido determinado y no cualquier contenido, el cual debe concordar con la filosofía del constitucionalismo moderno que exige el respeto y tutela a la dignidad y los derechos fundamentales del hombre, con la finalidad de favorecer la libertad y el desarrollo pleno de la personalidad humana, con lo cual no cualquier ordenamiento u organización política es apta para la buena vida personal y social, lo que constituye el *thelos* del Estado Democrático de Derecho. Esta clase de Estado, sostiene Tantaleán, Ch. (2009) “consagra principios universales e inmutables, dados por Dios, la Naturaleza o la Razón” (pág. 25).

## **LOS DERECHOS HUMANOS**

## **Origen y evolución. Concepto**

Se tiene conocimiento que el ser humano aparece en la Tierra en la Era Cuaternaria. Con él nacen los derechos humanos. A partir de entonces, hasta la actualidad, los derechos humanos que son ínsitos y connaturales al hombre, han ido evolucionando constantemente en las distintas épocas y lugares, a través de diferentes actos que han servido para conquistar el mayor y mejor reconocimiento de los derechos fundamentales de parte de las sociedades y sus gobernantes.

Una visión panorámica de la historia de la humanidad, revela que los hitos históricos que marcan el proceso evolutivo de los derechos fundamentales, son numerosos, desde lo que podríamos denominar los rudimentos de tales derechos en la Edad Antigua, hasta las expresiones más acabadas contenidas en declaraciones y pronunciamientos universales o regionales, generales o específicos acerca de los mismos, pasando por las constituciones políticas más completas en la materia.

Escapa al alcance y sentido del presente ensayo, referirnos a cada uno de dichos actos y documentos, baste decir que se han dado invariablemente en todas las épocas, pese a la acción de los gobiernos totalitarios, como expresión de la incontrastable dignidad e inasible libertad humana. Congruentemente con lo dicho, el concepto de derechos humanos es fácil de advertir, desde que el único sujeto de Derecho es el hombre se puede deducir que todos los derechos subjetivos reconocidos por el ordenamiento jurídico son humanos porque pertenecen al hombre; sin embargo, éste no es el sentido conceptual de los derechos a los que nos referimos, los cuales se diferencian de los demás, que podríamos llamar derechos legales, porque dimanen de ciertos principios y valores naturales.

Así, los derechos humanos son esenciales y fundamentales porque son permanentes e invariables, inherentes a la naturaleza humana y sirven de fundamento a los otros derechos. Siguiendo a Tambini, M. (1987) podemos decir que “los derechos humanos se hallan conectados con la idea de dignidad humana y son las condiciones del desarrollo de dicho atributo”(pág. 22). Partiendo de esa idea, para nosotros, los derechos humanos son las facultades, atributos y prerrogativas naturales del hombre, que en cada momento histórico han reclamado constituirse en las exigencias de dignidad, libertad e igualdad humanas, que permiten una vida libre, racional y justa y que deben ser reconocidas nacional e internacionalmente. En este concepto, coexisten tres dimensiones, una axiológica, una fáctica y una normativa, que completan el sentido del concepto.

Son, pues, las condiciones de vida mínimas para la existencia del ser humano, razón por la cual permiten valorar la vida y la dignidad humana a través de la convivencia social, que debe ser mantenida armónicamente mediante el respeto, la tolerancia y el pluralismo, de lo que debemos tomar conciencia para ejercitarlo permanentemente; lo cual constituye el reto de la educación.

## **PRINCIPIOS Y CARACTERÍSTICAS**

De acuerdo con Ríos, G. (2007) los principios en los que se basan los derechos humanos son:

La universalidad, que consiste en que todo hombre tiene derechos humanos por el hecho de ser tal; la imprescriptibilidad que nos dice que dichos derechos subsisten durante toda la vida del hombre sin perder vigor; la irrenunciabilidad e

inalienabilidad, según las cuales, es imposible disponer arbitrariamente de ellos; la inviolabilidad, que exige la prohibición de imponer al hombre, contra su voluntad, privaciones que no lo beneficien; la efectividad, que nos da a entender que los derechos humanos no son aspiraciones líricas o románticas, sino postulados concretos y exigencias tangibles de la vida; la trascendencia, en virtud de la cual se extienden y superan el orden jurídico positivo y son internacionales; la interdependencia y complementariedad, por las cuales han sido reconocidos como un sistema articulado en beneficio del hombre; la igualdad, que implica que son los mismos para todos los hombres; la corresponsabilidad, según la cual todos, Estado, sociedad e individuo, somos responsables de su efectiva vigencia; y la titularidad, es decir, que el hombre es el único sujeto de tales derechos, aún cuando se extienden a las personas jurídicas por ficción legal. Asimismo, las características singulares de los derechos humanos son la inherencia, por la cual son innatos al hombre y, por tanto, independientes de cualquier voluntad; la indivisibilidad, que no permite su segmentación; la imperatividad, que los hace obligatorios *erga omnes*; la irreversibilidad, según la cual, una vez reconocidos y declarados por el Estado, ya no pueden suprimirse; la progresividad, que implica su evolución de acuerdo a la conciencia cultural de la humanidad, la cual da lugar a la cláusula constitucional *numerus apertus*; y, por último, los derechos humanos constituyen un límite infranqueable al ejercicio del poder político (págs. 48-52).

## **LA DIGNIDAD HUMANA, LA LIBERTAD Y LA IGUALDAD COMO DERECHOS FUNDAMENTALES**

La dignidad del hombre está situada en la cúspide del orden objetivo de valores consagrado por la Constitución, de la cual dimana todo derecho fundamental. El racionalismo hizo ver al hombre la necesidad de reconocer su dignidad por el hecho de ser tal, de gozar de atributos que no los tienen otras especies animales en el planeta. La razón, conciencia, inteligencia y voluntad, conforman el ser trascendente del hombre y constituyen un privilegio de él, pues le son congénitos.

Por tal motivo, es exigible que el Estado, esa creación artificial concebida y diseñada por el hombre para el logro del bien común en la comunidad política, reconozca tales derechos como anteriores y superiores, dado que como organización jurídico-política está al servicio de la persona humana. El poder público, entonces, debe afirmar la dignidad humana y no debe ser empleado para rebajarla u ofenderla. El Estado debe permitir que el hombre viva cada vez mejor en sociedad, en condiciones compatibles con los atributos que son consustanciales a su naturaleza. Lo que nace con el hombre, lo que es connatural a él, no le puede ser arrebatado por la sociedad, el Estado y sus órganos de gobierno. De ahí que los derechos naturales no dependen de la nacionalidad de la persona humana ni son una concesión política.

Sin embargo, el ejercicio del poder político, por la naturaleza misma del poder, ha hecho que en la historia universal haya más manifestaciones de ignorancia y violación de los derechos humanos que de protección de los mismos. Pero, el reconocimiento, entendido como apoyo y protección, de los derechos fundamentales del hombre por parte del Estado, a través de un proceso histórico fáctico que ha cobrado muchas vidas, ha permitido que el tema de los derechos humanos ingrese de lleno en el constitucionalismo y luego se internacionalice. Precisamente, el Estado de Derecho es una consecuencia de los derechos humanos en la Constitución, por lo que el ejercicio del poder debe generar leyes válidas y legítimas, en la medida que deben respetar,



proteger, garantizar y satisfacer los derechos naturales de la persona. Esa es la obligación natural del gobierno.

Jamás, el ejercicio del poder debe menoscabar arbitrariamente, es decir, de manera contraria a la razón y a la justicia, el efectivo goce de los derechos humanos. No debe traspasar los límites señalados por tales derechos, sencillamente porque la creación jurídico-política del hombre está al servicio de éste. Los derechos humanos derivan de la dignidad de la persona, que se expresa en la autodeterminación conciente y responsable de su propia vida. El reconocimiento constitucional de la dignidad humana, debe garantizar las posibilidades de desarrollo de cada identidad personal, de modo tal que no debe cederse a su instrumentalización por ser un imperativo categórico de su existencia, de su ser. El ser humano jamás debe ser objeto, sino destinatario de una regulación estatal

En este orden de ideas, los derechos fundamentales tienen por función garantizar las condiciones en las que cada persona desarrolla su dignidad o su capacidad para ella, con lo cual hay una referencia obligada e inmediata a situaciones problemáticas concretas. Entonces, la preservación de la dignidad no es abstracta, sino de las condiciones en las que cabe concebir que las personas asuman de manera efectiva la legitimidad del orden jurídico y del ejercicio del poder estatal.

Así, la aceptación de un orden estatal por los ciudadanos presupone, entre otras, la condición de la seguridad en la vida individual y social, como liberación de la angustia por la preservación de la propia existencia, que nadie puede garantizarse por sí mismo; la cual debe ser desarrollada con las disposiciones constitucionales en las que se concreta dicho orden estatal y seguridad personal. En consecuencia, la eficacia jurídica de la dignidad de la persona, como cláusula principal en un Estado democrático y de Derecho, trasciende el reconocimiento de la personalidad jurídica del hombre, para afincarse en el respeto, protección y promoción de sus derechos fundamentales.

La dignidad humana como derecho fundamental es indispensable, porque sin ella la persona humana pierde esencia y naturaleza, pues es la base de su libertad e igualdad insitas. Así, son importantes para la conservación de la paz y el bienestar sociales. De esta manera, el Estado de Derecho no sólo actúa con sujeción al Derecho, sino que además limita su ámbito al establecimiento de un orden jurídico destinado a asegurar las condiciones exteriores para la vigencia de la libertad, la igualdad y la participación en la formación de la ley.

Hay, pues, un necesario complemento entre ambos principios: no basta que una ley mande, prohíba o faculte, para que sea obedecida. Es necesario que aquello que manda, prohíbe o faculta, sea justo. Por eso lo irrazonable es necesariamente inconstitucional, por arbitrario y, por tanto, es inconveniente.

De acuerdo con Frosini, V. (1983):

El progreso de la civilización humana, se mide sobre todo en la ayuda dada por el más fuerte al más débil, en la limitación de los poderes naturales de aquel, como reconocimiento de las exigencias morales de éste, en el aumento del sentido de una fraternidad humana sin la cual los derechos a la libertad se convierten en privilegios egoístas y el principio de igualdad en una nivelación basada en el sometimiento al poder del más fuerte (pág. 107).

En lo que respecta a la libertad como derecho fundamental, debemos decir que el ser humano tiene, por naturaleza, un conjunto de derechos esenciales, de los cuales,

según la filosofía racionalista y la lógica de Kant y Hegel, la libertad precede a los demás en importancia. Consideramos que semejante enunciado tiene su base en que la libertad es la facultad constante que tiene el hombre para ejercer sus actividades, morales y físicas, en servicio de sus propias necesidades, con el fin de alcanzar su destino. Según Cabanellas, G. (1972) “Las Partidas conceptualizaban la libertad como la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos, salvo que se lo impida la fuerza o el Derecho” (pág. 550-551). La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano la define en el artículo 4º como la facultad de hacer todo aquello que no perjudique a otro.

Vergés, S. (1997) anota que “a la base natural de los derechos humanos, que es innegable, debemos agregarle la base filosófica hegeliana, fundada en la libertad ínsita del ser humano derivada de su razón, conciencia y voluntad” (pág. 200). Añadiremos por nuestra parte que la vida misma es el permanente ejercicio de la libertad personal.

Para Hegel, citado por Vergés, S. (1988) “la libertad es el otro fundamento de los derechos humanos porque es la autodeterminación natural del espíritu, a la luz de la conciencia y la voluntad” (pág. 51-64). La libertad es innata y esencial en el ser humano. Su contenido axiológico es pleno. Es el bien máspreciado del hombre, por lo que, al mismo tiempo, es un valor y un derecho fundamental.

La igualdad, por otro lado, es el tercer eje sobre el que gravitan los derechos humanos. Todos los hombres son libres e iguales en dignidad y derechos fundamentales. Bajo las mismas condiciones no cabe hacer distinciones. La igualdad, junto con la libertad, nutre de contenido axiológico al Derecho. No se puede, además, entender la libertad sin la igualdad, sería injusto e indigno.

## **EL FUNDAMENTO DEL ORDEN POLÍTICO Y JURÍDICO**

Por lo que tenemos dicho en 1.1 y 1.4, toda Constitución moderna consagra a la persona humana y su dignidad como el criterio en el que funda todo el orden político y jurídico, resumiendo de esa manera la filosofía liberal y la axiología del orden constitucional democrático.

Siguiendo a Fernández Segado, F. (1994) “el valor último es evidentemente el de la dignidad de la persona humana, de la que fluye el principio de libertad, único que puede asegurar, como afirmara Luis Recasens Siches, un contenido valorativo al Derecho” (pág. 49); por tal razón, la dignidad humana, que se explica en que es el único ser capaz de dirigir su vida y trascender en el mundo, lo que supone un valor espiritual y moral inherente, exige la garantía más completa posible de su personalidad.

En este sentido, como sostiene Schmitd, C. (1982) “los derechos humanos, propiamente, son los derechos del hombre libre frente al Estado, los cuales son un medio de integración objetiva, porque representan un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenido en la Constitución” (pág. 170), lo que políticamente significa una voluntad de integración material y jurídicamente la legitimación del orden normativo, el cual es válido sólo en cuanto representa este sistema de valores, por ello el sistema de derechos humanos no es una barrera que separa al ciudadano del Estado, sino un nexo vinculante que fundamenta su adecuación política.

Entonces, de lo expuesto anteriormente, se colige necesariamente que si los derechos humanos son la expresión inmediata de la dignidad humana, como en efecto

lo son, asimismo son coetáneamente, como afirma Schneider, H. (1979) “la condición *sine qua non* del Estado Democrático y de Derecho, porque no pueden ser comprendidos sin que dicha clase de Estado peligre o se transforme” (pág. 23) -añadimos- en un Estado totalitario o autoritario, cuyo concepto ya hemos dejado anotado líneas arriba; por lo que cumplen funciones no sólo como contra poderes de libertad sino estructurales que vertebran los principios que conforman el orden político y jurídico.

## LA POLÍTICA CRIMINOLÓGICA

### Relación con la Criminología y el Derecho Penal

Como se sabe, el Derecho Penal tiene por objeto tipificar como delito las conductas lesivas a los bienes jurídicos tutelados; y como finalidad establecer sanciones penales por la comisión de delitos. Consideramos, con el maestro Zaffaroni, E. (1989), que el discurso jurídico penal es falso porque se basa en ficciones legales de textos formales; en realidad se sostiene por la incapacidad de reemplazarlo por otro, frente a la necesidad de defender los derechos de algunas personas, porque es selectivo. El Derecho Penal al fundarse en categorías de deber ser, se desentiende del ser y por ello no sólo es falso sino que también engaña, ilusiona y alucina. Lo que es peor, resulta perverso por cuanto trastorna el ejercicio del poder (pág. 16).

Como apunta el maestro Zaffaroni, E. (1989), “las características de un sistema penal son propias del ejercicio de poder estatal y no son, por eso, coyunturales sino estructurales” (pág.17). En efecto, el Derecho Penal define, asigna, rotula y estigmatiza al tipificar el delito, subsumirlo en el tipo penal, imputarlo y condenar al infractor. Al ejercer estos poderes seleccionan, reproduce la violencia, condiciona a mayores conductas lesivas, verticaliza militarmente a la sociedad y destruye las relaciones horizontales o comunitarias.

Por otra parte, en lo tocante a la Criminología, nos interesa manifestar que etimológicamente la palabra criminología viene del griego *kriminos*, que significa delito; y *logos*, que significa tratado, conocimiento, ciencia; lo cual nos da una aproximación al concepto que encierra el vocablo: Tratado del delito, pero no en el sentido penal, que se encarga de configurar los delitos, definir a los delincuentes y fijar las penas, entre otros aspectos relacionados; sino en el sentido que estudia las causas del delito, que indaga por cuáles razones se delinque en una sociedad, no así en el sentido de conocer cuál fue el móvil de tal o cual delito. En esta misma línea, afirmamos que la Criminología se ocupa, asimismo, de estudiar las causas por las cuales se desarrolla el crimen. En suma, trata del origen y desarrollo sociales del delito.

Pero no sólo eso. La Criminología también estudia al hombre delincuente, que es el actor, aunque no único, y en ocasiones el protagonista, a veces no exclusivo, del acto delictivo. Lo hace en el sentido de conocerlo, clasificarlo y aportar a su resocialización, no para determinar su participación y responsabilidad en la perpetración de un determinado crimen.

Su campo de estudio, sin embargo, no se limita a lo dicho. En su decurso evolutivo se amplió para abarcar al mismo tiempo a la víctima, a la que redescubrió como integrante de la denominada *pareja del delito*, unidad inescindible de estudio que permite captar y comprender mejor el fenómeno del crimen. Cabe mencionar aquí que de esta preocupación criminológica por la víctima surgió la Victimología, como aporte

de Hans Von Henting en su obra *The criminal and his victim (1948)*, en la que hace una crítica al enfoque de la Criminología orientado al infractor y propone uno dinámico e interaccionista entre transgresor y víctima.

Finalmente, integra el ámbito de estudio de la Criminología el control social formal e informal, con fines político criminológicos de prevención.

## **CONCEPTO, EVOLUCIÓN Y ESCUELAS**

En esta línea de pensamiento, la política criminológica es el conjunto de medidas y acciones integrales que el Estado adopta para hacer frente a la criminalidad, previniéndola, controlándola y sancionándola, con la finalidad de reducirla a niveles tolerables. Su práctica compete al legislador porque debe plasmar, por ejemplo, en textos legales u otros instrumentos gubernamentales, las soluciones recomendadas. Su esencia, en cambio, es tarea de los investigadores. Si coinciden plenamente los instrumentos con las recomendaciones hay verdadera política criminológica, de lo contrario es irreal.

Prevenir es evitar el nacimiento de algo; detener su progreso o desarrollo; lo cual excluye la improvisación, el control momentáneo y toda ejecución que no obedezca a una finalidad pre establecida; e implica basarse en una política pre determinada e incluida dentro de la política general del Estado. Como se puede comprender, el Derecho Penal no previene pues siempre llega cuando el delito ya se ha cometido; y la finalidad preventiva de la pena ha perdido eficacia, si alguna vez la tuvo, por cuanto el sistema penal es selectivo. Se requiere de medidas económicas, educativas, sociales y culturales, así como de la intervención de los poderes públicos y de la comunidad misma fuera del Estado, para prevenir, controlar y reprimir el crimen.

Cada forma de Estado y de gobierno, aprecian de manera distinta la criminalidad. El Estado totalitario se identifica con la prevención general y especial y la resocialización, mientras que el Estado democrático considera que el crimen nunca puede ser totalmente erradicado de la sociedad, que es una necesidad en una sociedad sana, pues le sirve para evolucionar a través del cuestionamiento de sus propias normas. En todo Estado democrático, la presencia del crimen es inevitable, es el precio a pagar por la existencia de mínimas condiciones de libertad y respeto a los Derechos Humanos.

El Derecho Penal no debe elaborar “castillos en el aire”, necesita conocer las tendencias político criminológicas para cumplir con su función de otorgar respuestas lógicas y racionales a los conflictos humanos, por su parte, la política criminológica debe orientar racionalmente su misión de prevención y tratamiento del fenómeno criminal en el ámbito de la reforma de la legislación penal, considerando los principios e instituciones del Derecho Penal. Tengamos en cuenta que la política criminológica no es Ciencia sino estrategia con valoraciones coyunturales históricas, de ahí que debe existir un puente entre la Criminología y el Derecho Penal, que es la política criminológica, las tres constituyen una trilogía inseparable e interdependiente.

Como apunta Pérez Pinzón, A. (1986), “la criminología tradicional es definida por la mayor parte de los criminólogos como el estudio de las causas del delito, con el fin de prevenir y reprimir la criminalidad, dirigiendo la búsqueda al delincuente y tomando importancia el criminal endógeno” (pág. 3). Posteriormente, la búsqueda de la causa del delito pasó al ámbito social y entonces cobra importancia el criminal exógeno. El denominado Sociologismo francés, representado por Laccassagne y Manouvrier, entre otros, expresó este otro extremo causal opuesto al endógeno.

Como resulta obvio, surge una tercera posición ecléctica, representada por Fran Von Liszt, la cual postula que el delito no es causado por factores individuales solamente o por factores sociales exclusivamente, sino por la concurrencia de ambos, resultando ser la causa eficiente aquella que incide más en el resultado.

La criminología contemporánea, en cambio, como anota Pérez Pinzón, A. (1986), surgida en la década de 1960, reevalúa la causa y determina que ésta se encuentra en el proceso de criminalización y el proceso de control social, con lo cual da un giro de 180° grados al tema.

A decir de García-Pablos de Molina, A. (1994) “El proceso de criminalización como definición de la conducta criminal; etiquetamiento del delincuente; y asignación o rotulación de la pena; forma parte del control social formal y es selectivo, estigmatizante y acientífico; no selecciona el crimen sino que lo produce” (pág. 27),

El nuevo paradigma origina que la criminalidad se conciba como hecha, aplicada y ejecutada por quien tiene el poder de definición, de asignación o rotulación y de ejecución. Es decir, quien tiene el poder determina cuál conducta es delito y cuál deja de serlo. A esta nueva criminología se le conoce como “criminología crítica”, “radical” o “politología del delito”.

¿A qué razones se debe que el legislador criminalice determinada conducta? ¿A cuáles que el juez, el policía, etc. apliquen la ley de una manera y no de otra? ¿A qué obedece que la ejecución penitenciaria varíe en función de la persona a la que está destinada? Estas interrogantes las responde la criminología contemporánea al analizar el proceso de criminalización, dejando de lado la criminalidad, pero proponiendo una política criminológica alternativa a ser aplicada antes de la abolición del sistema penal y del cambio del sistema económico político, que son sus objetivos programáticos a largo plazo.

Si observamos y analizamos la realidad social, determinaremos que los dos enfoques -tradicional y contemporáneo- son razonables y deben complementarse en la búsqueda científica de la causa del delito. La criminología no puede abandonar la búsqueda de los factores y causas, estímulos y condiciones, que intervienen concurrentemente en la producción del delito. La criminalidad siempre se explicará con una serie de aspectos individuales, sociales, ecológicos, religiosos, económicos y políticos. Empero, la definición de criminología no sería completa si no expresara aquello a lo que apunta, de lo contrario quedaría reducida únicamente a la detección de las causas del delito, sin ninguna finalidad específica.

Esta finalidad es la política criminológica, es decir, el conjunto de medidas y acciones estatales destinadas a prevenir, reprimir y controlar el delito, sobre la cual nos ocuparemos más adelante.

## **CONTENIDO EN RELACIÓN CON EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y DE DERECHO**

La cuestión está relacionada con los diferentes criterios con los que se aborda el quehacer criminológico. De acuerdo con un criterio que denominaremos jurídico penal, el contenido de la criminología es el delito como lo concibe el Derecho Penal. Siguiendo este criterio, el contenido de la política criminológica sería el agravamiento de las penas y la creación de nuevos delitos.

Para el Derecho Penal, delito (crimen) es la conducta típica, antijurídica y culpable, prevista y penada por ley. Consecuentemente, delincuente (criminal) es el declarado responsable en una sentencia expedida luego de un debido proceso. Por

ende, delincuencia (criminalidad) es el conjunto de delitos (crímenes) y delincuentes (criminales) en un tiempo y espacio determinados.

Cabe, sin embargo, hacer un análisis crítico. En primer lugar, todos los actos lesivos y reprochables socialmente no están previstos en la ley penal. En segundo lugar, ¿todo declarado responsable es realmente culpable? No es así. Recordemos que la búsqueda de la verdad legal es objeto del proceso penal. La verdad real es inasible y pertenece al ámbito de la fenomenología, desde que es aprehendida de distinta manera por los diversos actores del fenómeno. De igual manera podemos afirmar que no todo culpable es declarado responsable; no todo reo es responsable; y no todo responsable está en la cárcel. ¿Qué podemos deducir en consecuencia? Que la ley penal es insuficiente y limitada para explicar el objeto de la criminología y servir de base para construir una eficaz política criminológica.

Según otro criterio que llamaremos peligrosista, el contenido de la criminología lo integran también las conductas antisociales, peligrosas, los estados pre delictivos o fronterizos del delito, en otras palabras la peligrosidad, la cual puede ser peligrosidad social si se atiende al peligro del delito o peligrosidad criminal si se atiende a la reincidencia. Como es fácil advertir, este criterio se basa en la potencialidad (riesgo especial) de un individuo para el delito de acuerdo con su situación personal en la sociedad, respecto del Estado, la sociedad y el prójimo. Así, la mendicidad, la prostitución, la oposición o disidencia políticas, el alcoholismo, la vagancia, el homosexualismo, la toxicomanía, la desadaptación, etc. son consideradas una contingencia para la sociedad.

Una visión analítica de este criterio nos llevaría a concluir que dichas situaciones son más bien el resultado de una nula o inadecuada política social y, *stricto sensu*, no representan un peligro *per se* que deba ser tipificado como delito y estudiado específicamente por la criminología, razón por la cual los estados peligrosos tampoco sirven de base para construir una eficaz política criminológica.

Un tercer criterio es la conducta desviada, de la que el delito es una de sus modalidades. Este criterio encuentra desviaciones respecto de las normas jurídicas, sociales y religiosas; y de los modelos físicos, fisiológicos e intelectuales predominantes. Es decir, la falta de aproximación a un estándar mayoritario implicaría un comportamiento desviado, algo así como el desajuste entre *status* y rol, que diferencia al individuo y lo hace indeseable para los demás.

La crítica es inmediata frente a este criterio discriminador, pues los enanos, gigantes, deformes, desfigurados, débiles mentales, herejes, apóstatas, neuróticos, sicóticos, bipolares, bohemios, hippies, excéntricos y demás personajes de la variada sociedad, no tienen necesariamente, por su sola condición, conductas desviadas. De hecho, existen numerosos ejemplos de personas respetables de la vida pública política, artística y profesional, que se encuentran en las referidas situaciones y son ciudadanos honorables. Esta visión irrespeta la dignidad de tales personas y vulnera el derecho a ser distinto, diferente, negando la dinámica personal y olvidando que la desviación la produce quien tiene el poder, por lo que es una construcción política y no individual, de ahí que no puede ser objeto de la criminología.

Un cuarto criterio es el de la violación de los derechos humanos, criterio seductor pero que está lejos de constituir el contenido de la criminología, por cuanto están siempre referidos a normas y son sumamente manipulables políticamente.

Un quinto criterio es el sentido común, lo que entiende la opinión pública por crimen, lo cual es también fácilmente manipulable por el poder, a través de los medios de comunicación social. Este criterio *lego*, no puede servir para identificar cuál es el

contenido de la ciencia criminológica precisamente por su carácter científico. Recordemos cómo los *mass media*, exceden su finalidad informativa al dar cuenta de diversas acciones sociales supuestamente delictivas, estableciendo *a priori* un juicio público condenatorio sin que les importe el principio constitucional de la presunción de inocencia; determinando *prima facie* inclusive hasta la calificación del delito y tergiversando las circunstancias de los hechos.

Finalmente, existe el criterio de las situaciones problemáticas, actos lamentables, comportamientos no deseables, disturbios; y el criterio del control social. Para el primero, el contenido de la criminología no es el delito en sí mismo, sino las situaciones que implican la separación del orden generalmente aceptado, por lo que se debe prestar atención al disturbio como hecho social y no al delito como acto normado y presentado bajo una determinada forma, la cual conlleva en sí misma una estigmatización. Para el segundo criterio, el del control social, es el conjunto de mecanismos mediante los cuales la sociedad ejerce su dominio sobre los individuos, consiguiendo que éstos obedezcan sus normas, lo que interesa a la criminología como objeto.

En conclusión, creemos que lo importante es considerar todos los criterios, sin excluir alguno, sino aplicándolos prioritariamente en función de la dinámica social. En efecto, si analizamos el control social, sabremos cuál conducta se criminaliza, cuál no, cuál se descriminaliza, por cuáles razones y para qué, con lo cual apreciaremos su carácter instrumental al servicio del poder en una sociedad, lo que nos servirá para verificar si el Derecho Penal es clasista y represivo, para reconstruir la legalidad penal y hacer más justo e igualitario el control social.

De esa manera, al decantarse el sistema penal, el contenido de la Criminología ya no será el delito, sino que pasará a ser las situaciones problemáticas, para solucionarlas y evitarlas. Cabe afirmar entonces que el contenido de la Criminología moderna es el control social y no el Derecho Penal. Pero, se trata de un control social democrático, horizontal y no militarizado ni temible, basado más que en el poder, en movimientos de ética social del libre desarrollo de los individuos y los pueblos, pues la sociedad civil se muestra capaz de elevarse sobre sus propias necesidades y limitaciones.

Nuevamente, el maestro Zaffaroni, E (1989) ilustra palmariamente este tópico cuando afirma que “la negación epistemológica de la deslegitimación del sistema penal, consiste en que los autores del discurso jurídico penal positivista lógico, consideran que el derecho penal se halla limitado por la ley, la cual debe interpretarse semánticamente cuidando celosamente evitar cualquier dato de la realidad no asimilable por el discurso” (pág. 86), con lo cual el retribucionismo retorna triunfante.

## **EL ESTADO DE LA CUESTIÓN**

### **El incremento de penas: Un ineficaz mito de efecto popular.**

En América Latina es común y frecuente que se utilice el incremento de penas como remedio frente al incremento de determinados delitos. Los gobiernos, que se dicen democráticos y de Derecho, emplean este mecanismo que está al alcance de su poder, para pretender exhibir frente a la población una respuesta ante la ola delictiva. La opinión pública, manipulada por los medios de comunicación; adormecida por bajos niveles educativos; y con sed de venganza frente a los actos delictivos; cae en el ardid político y asume el incremento de penas como la solución al problema de la

criminalidad. En otras palabras, se toma el placebo creyendo que le solucionará el mal, cuando no es ni remotamente así.

La criminalidad no se combate con penas más draconianas. La búsqueda de la solución al problema comunitario de la criminalidad requiere de conocimientos criminológicos sistematizados en instrumentos y realizados mediante decisiones de política criminológica integradas con la política general del Estado en los sectores involucrados con la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales básicas de la ciudadanía. El mito del eterno retorno de elevar las penas frente a olas delictivas, es probablemente ineficaz e inútil, pero gusta a la clase gobernante por ser un recurso fácil y expeditivo, en comparación de los esfuerzos a corto, mediano y largo plazo que demanda la construcción de una política criminológica.

A esta manifestación elocuente de la deslegitimación del sistema penal, el maestro Zaffaroni, E. (1989) la denomina pérdida de las penas, es decir, la imposición de un dolor sin sentido, carente de racionalidad” (pág. 14).

## **LA DETENCIÓN POR SOSPECHA: LA LIBERTAD PERSONAL EN RIESGO**

Indudablemente, los derechos humanos no son ilimitados, esto es, no se puede autorizar *-permitir-* cualquier conducta; pero tampoco los límites son absolutos, es decir, no se les puede restringir más allá de su delimitación constitucional. Los límites surgen de la necesidad de proteger o conservar otros derechos fundamentales, pero deben hacerse de acuerdo a pautas razonables que no tengan por efecto desnaturalizar el derecho que se debe limitar.

De lo anterior se desprende que los derechos humanos constituyen, por su naturaleza, límites y prohibiciones para el legislador. La fuerza prescriptiva de los derechos fundamentales es tal que impide al legislador constitucional u ordinario debatir al respecto. Consideramos con Bidart, G. (2002) que “el derecho natural constituye una cláusula pétrea de contenido invariable aún para el poder constituyente u originario” (pág. 408).

De cualquier manera, no es posible entonces que el legislador invente límites a los derechos esenciales, ni aún cuando el texto constitucional pueda ser impreciso al remitir a una ulterior delimitación legal, porque en tal supuesto se tendrá que recurrir y tomar en consideración no sólo lo prescrito por los preceptos constitucionales referidos al derecho en cuestión, sino también integrar al caso los demás enunciados vía interpretación sistemática. Si ello no bastara, entonces se tendrá que recurrir a criterios externos al texto constitucional, es decir, a los principios generales del derecho y al derecho natural.

En consecuencia, una intención limitadora de un derecho humano, nos obliga a delimitar con exactitud y con carácter previo a la labor de limitación del derecho, el contorno preciso de cada derecho fundamental, a fin de poder determinar si al limitarlo se le está desnaturalizando y violando. Por ello, doctrinariamente, las condiciones de la limitación son: la cláusula del contenido esencial y la exigencia de mayor justificación.

En la interpretación de la cláusula de contenido esencial, se identifica el derecho fundamental con la existencia de un núcleo resistente, que debe ser preservado en todo caso, aún cuando concurren razones externas justificadoras de su restricción o limitación. La segunda condición limitante es la exigencia de mayor justificación, esto es, ponderar la necesidad y los beneficios de una regulación legal con



los sacrificios que comporta para el derecho fundamental. En otras palabras, establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto.

Si toda ley goza de una presunción de constitucionalidad, que obliga a acreditar la inconstitucionalidad cuando se invoca; en materia de derechos humanos la ley limitadora tiene una presunción de inconstitucionalidad, que obliga al legislador, inversamente, a demostrar la conformidad de aquella con los derechos naturales. O sea, es sospechosa de inconstitucionalidad y necesita justificarse amplia y sólidamente.

Pero, ¿cuándo está justificada una ley limitadora de derechos humanos? Lo está en términos de razonabilidad para la protección de otro derecho o bien, así como para la consecución de un fin legítimo. En términos de razonabilidad, la exigencia de ponderación es fundamental. Se debe ponderar entre dos principios, valores, derechos o bienes en conflicto, esto es, el que resulta afectado por la ley y el que sirve de justificación a la misma. La regla es que debe haber una relación directamente proporcional que se puede resumir en que, cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

El test de calidad para la razonabilidad y ponderación de una norma limitadora, pasa por exigir a la norma la acreditación concurrente de los siguientes aspectos: Que el fundamento de la intervención en el derecho sea un fin constitucionalmente legítimo; que la medida restrictiva sea idónea y consistente con el fin que sirve de fundamento a la intervención del derecho; que la necesidad de la intervención se demuestre con la inexistencia de una medida limitadora menos restrictiva; y que se acredite la existencia de un equilibrio entre los beneficios que derivan de la medida limitadora y los daños que producen en el ejercicio del derecho esencial.

Lo anterior demuestra que la norma limitadora de un derecho fundamental es necesariamente restrictiva, mientras que éste es expansivo, por lo que debe interpretarse siempre a aquella mediante la cláusula *pro libertatis*, a favor de la libertad personal, lo que dice del carácter ficticio del conflicto entre el interés particular y el interés público, que usualmente se piensa que se debe resolver a favor de este último, cuando es exactamente lo contrario, pues bajo ese criterio, se llegaría a la extinción de los intereses privados y con ello de la persona humana, fin supremo de la sociedad y del Estado.

Las condiciones para la procedencia de una medida limitadora de un derecho fundamental, acaban con la discrecionalidad política del legislador y ponen en evidencia que junto a la validez formal de una ley, es exigible la validez material, sustantiva respecto a su contenido.

Ambas condiciones para la limitación de los derechos fundamentales, persiguen que el fin de la limitación del derecho humano no sea contrario a la Constitución, como ésta no puede ser contraria a los derechos humanos. Recordemos que la denominada visión copernicana de los derechos humanos así lo exige. En efecto, antes los derechos humanos sólo valían en el marco de la ley. Esta era una perspectiva positivista. Hoy en día, es la ley la que vale únicamente si está conforme con los derechos humanos. Esta es una visión centralista de los derechos fundamentales que demanda la dignidad, libertad e igualdad humanas.

En el caso materia de examen, la intervención justificada de la libertad personal se encuentra establecida racionalmente en la Constitución Política. Es, desde la perspectiva jus filosófica, que venimos tratando, una excepción limitadora del derecho general a la libertad en su vertiente física, corporal, de locomoción. Como tal,

debe ser verificada su validez formal y material, dentro de un esquema de ponderación con fines de interpretación restrictiva de la limitación, dado su carácter excepcional.

Los pre supuestos fácticos de la norma limitadora son absolutamente graves: el mandato escrito y motivado de un juez competente y la flagrancia delictiva. No cabe duda que se trata de eventos en los que se aprecia la necesidad y justificación racionales y justas de restringir el principio general de libertad, con el añadido que en el caso del mandato judicial se exige que provenga de juez competente y se encuentre debidamente motivado, lo cual implica aplicar criterios de racionalidad y proporcionalidad, no bastando la facultad de que goza la autoridad jurisdiccional.

Es, pues, enorme el peso valorativo que nuestra Constitución consagra para la libertad física. Cualquier autoridad no puede detener a una persona, sólo un juez. Más aún, cualquier juez no puede hacerlo tampoco, tiene que ser competente. Aún más, el juez competente no puede hacerlo arbitrariamente, tiene que fundamentar su decisión exponiendo los motivos que lo llevan a dictar el mandato de detención. Fuera de estos supuestos no es posible restringir la libertad corporal de un ciudadano.

Sin embargo, el artículo 205 del Código Procesal Penal autoriza a la autoridad policial a intervenir a una persona al considerarlo sospechoso, y retenerlo hasta por cuatro horas, fuera del supuesto de flagrancia delictiva, por no portar documento de identidad, con fines de investigación. Un somero análisis de la norma legal nos indica que es abiertamente inconstitucional porque excede los términos de la excepción que limita el derecho a la libertad ambulatoria o de movimientos.

Algunos defensores de la norma legal en comentario sostienen que no se trata de una detención sino de una retención únicamente, a juzgar por el breve tiempo de la afectación de la libertad; que la seguridad ciudadana justifica la intervención; y que la misma Constitución permite dicha restricción de la libertad. Hemos de afirmar aquí que la privación de la libertad de locomoción se debe medir por la existencia de un acto que prive contra su voluntad a una persona de su derecho a la libertad de movimientos, siendo indiferente la calificación (intervención, conducción, puesta a disposición, retención o detención) realizada por quien ejecuta el acto, en este caso, el propio poder político a través de sus agentes.

De acuerdo al artículo 2 inciso 24 literal f) de la Carta Política, las únicas detenciones válidas de un ciudadano por la policía son las que se practican en cumplimiento de una orden judicial motivada y por la policía en caso de flagrante delito, siempre que, en ambos casos, se cumpla con ponerlo a disposición del Juzgado dentro de las veinticuatro horas. En el primer caso, el ciudadano tiene derecho de ser informado de las razones de su detención, a conocer la orden judicial, como parte del derecho de defensa inmerso en el debido proceso. Una detención que no se encuadre en este marco es, simplemente, arbitraria, aunque lo autorice una ley y un juez, ya que no sería razonable ni justa, en la medida que la exigencia de justificación de la limitación no es suficiente para enervar el mayor valor del derecho general de libertad.

El Tribunal Constitucional (STC N<sup>o</sup> 433-2000 de 16-12-2000) ha establecido que la conducción compulsiva de cualquier persona a un local policial y su detención en sede sin que exista contra ella mandato de detención o la circunstancia de comisión de flagrante delito, constituye un atentado contra la libertad individual. Se garantiza así la libertad corporal ante cualquier restricción arbitraria, en conformidad con lo preceptuado por el artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Veamos el segundo argumento, consistente en que la seguridad ciudadana justifica la restricción del derecho. Si bien la seguridad ciudadana es un fin

constitucionalmente legítimo, sin embargo, la medida restrictiva no es idónea ni consistente, ya que existen otros medios operativos para garantizarla, sin afectar la libertad de locomoción.

No se llega, entonces, a acreditar un equilibrio entre los beneficios que derivan de la medida limitadora (en realidad se genera más perjuicio a la ciudadanía, pues la tasa de criminalidad que afecta a la seguridad ciudadana no disminuye y no se materializa ningún beneficio) y los daños que producen en el ejercicio del derecho a la libertad corporal.

Asimismo, el tercer argumento, consistente en que el artículo 2 inciso 24 literal b) de la Constitución Política, dispone que no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley, la que viene a ser en este caso el artículo 205 del nuevo Código Procesal Penal; no resiste el menor análisis por cuanto está claro que la libertad física, de locomoción, es una modalidad de la libertad personal y para la restricción de ésta la Carta establece únicamente dos excepciones, previstas en el literal f) del inciso y artículo antes indicados, que es la norma específica que prevalece sobre la genérica.

Pero, además, la interpretación de una norma constitucional debe hacerse sistemática, unitaria y teleológicamente, conforme a los valores y principios que consagra el modelo de Estado que se adopta en la Constitución, pues ningún precepto constitucional, ni siquiera los que reconocen derechos fundamentales, pueden ser interpretados por sí mismos, como si estuvieran aislados del resto. En el caso peruano, se trata de un Estado social y democrático de Derecho que se funda en la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, consagrando la libertad e igualdad de las personas, en virtud de lo cual no se debe afectar indebidamente, arbitrariamente, la libertad física de las personas. Así, se logrará materializar la función objetiva de los derechos humanos, al permitir una convivencia en armonía y paz sociales, como aspira la Nación peruana con el sistema material de valores contenido en nuestro ordenamiento constitucional.

En el caso del artículo 205 del nuevo Código Procesal Penal, materia de comentario, se introduce una nueva facultad del poder público: detener sin orden escrita y motivada de juez competente y sin encontrarse en delito flagrante. Y se establece la presunción de culpabilidad: la detención por mera sospecha. Es decir, contrariamente, a los demás principios constitucionales, lo cual hace irrazonable la disposición introducida por afectar la libertad personal en su vertiente física.

Además, desde que por mera sospecha, se le puede, compulsivamente, efectuar un registro personal, revisión de sus pertenencias o vehículo, tomarle fotografías, impresiones dactilares y mediciones y medidas; se está atentando contra la intimidad personal, la imagen propia, al secreto e inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados, a la presunción de inocencia y, eventualmente, a la prohibición de violencia moral, síquica o física y el derecho a la integridad, por el carácter de los procedimientos policiales que se verán exacerbados por esta nueva facultad que le ha sido otorgada.

El artículo sub examen, por otra parte, colisiona con el artículo 25 inciso 7) de la Ley 28237 -Código Procesal Constitucional- en el cual se dispone que el habeas hábeas procede ante la acción u omisión que amenace o vulnere el derecho, que conforma de la libertad individual, entre otros, a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito o, si ha sido detenido (en cualquiera de ambos supuestos), a ser puesto dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado correspondiente.

En efecto, ya que en caso de detención por la policía fuera de ambos supuestos, no hay acción procesal para garantizar el derecho a la libertad física, con lo que la persona humana se encuentra en un estado de indefensión que vulnera el derecho de acceso a la justicia, de tutela jurisdiccional y de defensa, lo que no puede darse porque los valores materiales positivizados por la Constitución Política no son mera retórica ni simples principios programáticos, sino que como anota Fernández, F. (1994) “constituyen principios jerárquicos superiores y el soporte fundamental del ordenamiento jurídico y político, pues supone la consagración de la persona y su dignidad como el principio rector supremo” (pág. 48).

En esta problemática, el maestro Zaffaroni, E. (1989) advertiría un mero funcionalismo burocrático de la agencia penal, ya que “la legitimidad general del sistema no es problema de su incumbencia, sino que queda reducida únicamente a la resolución de casos concretos conforme a las pautas legales existentes” (pág. 90).

### **LA NEO CRIMINALIZACIÓN: UN EJERCICIO POLÍTICO CRIMINAL DESDE EL PODER POLÍTICO**

Cuando un gobierno no es eficaz, entonces compromete la finalidad del Estado de estar al servicio de la persona humana. En esta línea, cuando se presentan en la vida nacional conflictos socio políticos consistentes, la respuesta del gobierno es criminalizar y penalizar dicha conducta. Grave error, pues el gobierno aparece no sólo alejado de su espíritu democrático, sino también como ineficiente para hacer frente y solucionar los problemas de la colectividad, es decir, para cumplir con su misión existencial. En otras palabras, el Estado ausente y débil, se muestra represivo. Sin embargo, ello es frecuente. En mi país, por ejemplo, lejos de reforzar la institucionalidad del Estado, se creó recientemente el delito de minería informal, con lo cual se elevó a categoría penal una infracción administrativa, debido a que existe un grave conflicto de intereses entre la inversión en minería y la preservación del medio ambiente, así como la participación de las comunidades regionales y locales asentadas desde tiempos inmemoriales en los territorios donde se encuentran los yacimientos mineros. ¿El Derecho Penal es última *ratio*? ¿El gobierno de un Estado democrático y de Derecho hace uso del garrote penal *a priori*?

Evidentemente, una política criminológica basada en conocimientos criminológicos recusa una forma de actuación político gubernamental así. Recordemos que el poder es el instrumento para lograr el equilibrio armónico entre el orden y la libertad en un Estado; y debe usarse con ponderación. El sistema penal y las fuerzas del orden son, por antonomasia, los dos instrumentos más poderosos con que cuenta un Estado para asegurar su existencia, *ergo* debemos reservar su empleo para casos extremos. La política es una ciencia, un arte y una actividad, que debe utilizarse para el servicio del pueblo; no para entronizarse ni oprimir imponiendo decisiones no consensuadas que polarizan a la sociedad, único elemento personal constitutivo del Estado.

Este ejercicio desde el poder, de crear delitos nuevos cuando hay conflictos sociales, no recomendado por la política criminológica, desgasta y pone de manifiesto las deficiencias del Derecho Penal selectivo, injusto, falso y perverso, como vimos en el ítem 3.1; por lo que debemos estar preparados académicamente para ilustrar a la comunidad a fin de rechazar estas manifestaciones arbitrarias de ejercicio de poder político pero inservibles para conducir rectamente y encauzar los sentimientos del pueblo.

Esta versión de la problemática criminológica nacional se explica desde el pensamiento del ilustre maestro Zaffaroni, E. (1989), con “el poder que ejercen las agencias del sistema penal para controlar un marco social que no es posible controlar y solucionar con un arsenal penal que evidencia un ejercicio de poder disciplinante que cancela el discurso jurídico penal” (pág. 16).

## **EL ARRESTO CIUDADANO: UNA IRRESPONSABLE VÍA DE ESCAPE PARA LA TUTELA ESTATAL**

El artículo 260° del nuevo Código Procesal Penal peruano, establece que en los casos previstos en su artículo 259°, toda persona podrá proceder al arresto de otra que se encuentre en estado de flagrancia delictiva. En tal caso, debe entregar inmediatamente al arrestado y las cosas que constituyen el cuerpo del delito a la dependencia policial más cercana o al policía que se halle por las inmediaciones.

El artículo 259° aludido dispone que la policía detenga sin mandato judicial a quien sorprenda en flagrancia delictiva. Añade que existe flagrancia cuando la realización del hecho punible es actual y el autor es descubierto o cuando es perseguido y capturado inmediatamente después de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo.

Hemos dicho en este trabajo que el Estado es una creación humana y un instrumento al servicio del hombre, que tiene entre sus fines dar seguridad integral a los ciudadanos. Para ello cuenta con órganos públicos que expresan su voluntad en los distintos ámbitos del quehacer nacional y con órganos públicos que son depositarios de la totalidad del poder estatal, los cuales emplean legítimamente la fuerza pública.

Por tal razón, a través del mecanismo de la culpa *in eligendo*, el Estado responde solidariamente con su agente por una eventual responsabilidad civil generadora de daños y perjuicios en agravio de las personas contra las que se ha empleado indebida, excesiva o desproporcionalmente la fuerza pública. La responsabilidad penal es de carácter personal y entre las causales de justificación de un ilícito penal se encuentran el cumplimiento de un deber o el actuar por disposición de la ley, circunstancias que en el caso que nos ocupa no se verificarían por cuanto el artículo 260° establece, por un lado, una facultad y no un deber a cumplir; y por otro lado, dicho dispositivo legal no prescribe compulsivamente ni dispone que una persona detenga a otra en flagrancia delictiva.

Entonces, liminarmente ya tenemos un problema, relacionado con una eventual responsabilidad objetiva por daños y perjuicios derivados del ejercicio de la facultad otorgada. En otras palabras, el Estado le dice al ciudadano, podrás detener (si así lo deseas) pero no le dice que quedará sujeto a responder por los daños y perjuicios que su acción (que sólo puede ser ejercida con violencia particular) pueda causar; tampoco le dice que el mismo puedes sufrir algún daño personal en el intento, que nadie te resarcirá.

El riesgo anotado esteriliza el supuesto fundamento de la facultad conferida por el dispositivo legal en cuestión, consistente en la promoción y fomento de la solidaridad social en casos delictivos, toda vez que el riesgo de tener que responder económicamente por ayudar a otro, tendrá un costo muy oneroso para el eventual beneficio social al que se aspira. No olvidemos que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, precepto de filosofía jusnaturalista inscrito en el pórtico de la constitucionalidad nacional, que

caracteriza a un Estado Democrático de Derecho en el que se consagra la libertad personal.

La noción de un Estado que trate de hacer la felicidad de sus súbditos efectuando impertinentes intervenciones en la vida privada, ha sido superada históricamente y se trata de un anacronismo de la época del absolutismo ilustrado. Se puede apreciar, pues, la consideración de que la ley se legitima por su dependencia de valores trascendentes aceptados y contenidos en la Constitución, elevándola así desde el nivel programático al nivel vinculante.

Si bien la seguridad ciudadana es un fin constitucionalmente legítimo, sin embargo, la medida restrictiva no es idónea ni consistente, ya que existen otros medios operativos a cargo del Estado para garantizarla. No se llega, entonces, a acreditar un equilibrio entre los beneficios que derivan de la medida limitadora (en realidad se genera más perjuicio a la ciudadanía, pues la tasa de criminalidad que afecta a la seguridad ciudadana no disminuye y no se materializa ningún beneficio) y los daños que producen en el ejercicio del derecho a la libertad corporal.

En el caso del artículo 260° del nuevo Código Procesal Penal, se faculta al particular para que pueda detener, contrariamente a los principios constitucionales, lo cual hace irrazonable la disposición introducida por afectar la libertad personal en su vertiente física.

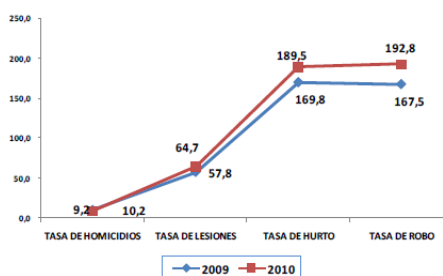
Reflexionemos más sobre el arresto ciudadano. ¿Qué puede justificarlo? ¿La seguridad ciudadana? ¿No es ésta una obligación y un fin del Estado? ¿Si el ciudadano la tuviera a su cargo no se estaría retornando a la ley del más fuerte o la ley de la selva? ¿No se está pretendiendo que el particular reemplace al Estado en su función garantizadora del orden, en su deber de otorgar seguridad y tranquilidad a las personas? ¿Qué más podría justificar el arresto ciudadano? ¿Una acusación directa? ¿Con pruebas obtenidas por medio de la violencia? ¿Frutos del árbol prohibido? ¿Tendrían algún valor probatorio? Por el contrario, dificultarían la investigación del delito. ¿Se podría detener ante cualquier delito? ¿Quién calificaría si se trata de un delito doloso o culposo? ¿Si es delito o falta? ¿Y la participación en el delito quién la determinaría? ¿Se detendría al cómplice? ¿Cómo sabría el ciudadano proceder en estos casos sin una preparación o formación especializada? ¿Lo podría justificar la solidaridad? ¿Qué pasaría con los errores que se producirían en el arresto por la mala identificación de la persona arrestada o del hecho mismo? ¿Quién los indemnizaría? ¿Y los daños físicos, morales o materiales producidos en el arresto?

En opinión del suscrito, esta facultad introducida en el nuevo *Código Procesal Penal Peruano* rompe con un esquema de libertades que innova el nuevo sistema acusatorio garantista y pretende que el ciudadano asuma un rol subsidiario del Estado en materia tan sensible como es la seguridad interna, que constituye un rol exclusivo de la forma de organización jurídico política que hemos adoptado. Es a todas luces inconstitucional y socialmente inconveniente. A decir del maestro Zaffaroni, E. (1989) “explícitamente el monopolio de la violencia pertenece al Estado y sus agencias tienen el monopolio del delito, por lo que el sistema penal se convierte en una guerra sucia de la política coyuntural en la que el fin justifica los medios” (pág. 43); y en este caso el gobierno pretende utilizar a los ciudadanos para hacer frente a los delincuentes, en una labor que le corresponde efectuar a la policía.

## LA CRIMINALIDAD VISTA DESDE LA ESTADÍSTICA

En el cuadro se observa la creciente y sostenida tendencia delictiva en mi país, a través de doce años de medición, vista desde el primer nivel de control social formal, el nivel policial; lo cual hace pensar en una situación insostenible en un Estado democrático y de Derecho, lo que atribuyo a la ausencia de una política criminológica ineficiente e ineficaz.

PERÚ: TASAS DE CRIMINALIDAD POR CADA 100 000 HABITANTES, PERIODO: 2009-2010

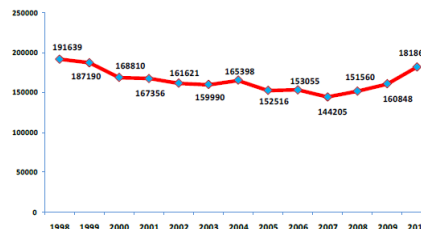


FUENTE: DIGA-PNP, INDI  
ELABORACIÓN: AECIT-CONASEC

En el cuadro se aprecia la misma tendencia, remarcada por cada cien mil habitantes, en el período de los últimos cuatro años, lo cual dota de mayor especificidad al referente que se muestra; y se ratifica la impresión respecto a la inexistencia de medidas de prevención y control de la criminalidad.

NACIONAL  
1998-2010

PERÚ: SERIE DE DENUNCIAS POR COMISIÓN DE DELITOS REGISTRADOS POR LA PNP A NIVEL NACIONAL, PERIODO: 1998-2010



FUENTE: DIGA-PNP  
ELABORACIÓN: AECIT-CONASEC

CUADRO N° 7  
EN GENERAL, ¿DIRÍA USTED QUE CONFÍA EN LAS SIGUIENTES INSTITUCIONES?

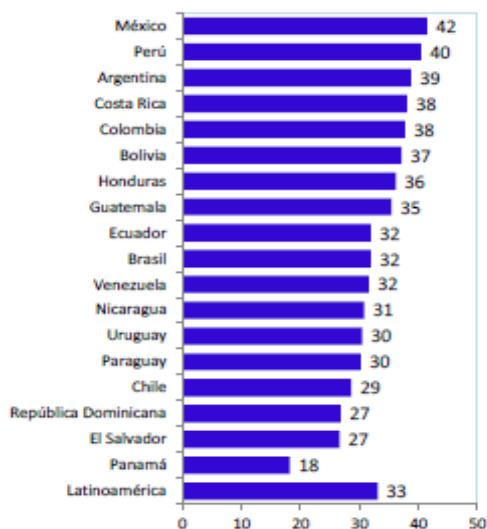
Institución	Setiembre 2007	Setiembre 2008	Setiembre 2009	Setiembre 2010
RENIEC	71	67	72	68
Iglesia Católica	71	69	68	64
Radio	70	67	71	59
BCR	56	42	47	53
Empresas encuestadoras	59	58	59	53
Televisión	59	55	56	52
Defensoría del Pueblo	60	56	53	51
ONPE	52	41	47	51
EsSalud	46	36	55	50
SUNAT	49	47	50	50
Hospitales del sector salud	-	-	59	49
Fuerzas Armadas	63	49	57	49
JNE	51	38	43	49
ONGs	41	42	44	43
Empresas privadas	53	40	45	42
Prensa escrita	49	42	49	41
Municipalidad distrital	42	42	46	41
Municipalidad provincial	46	41	44	41
INEI	45	38	41	40
INDECOPI	50	39	43	40
Iglesias evangélicas	31	32	33	35
Tribunal Constitucional	32	27	35	34
Policía Nacional	43	39	46	34
Fiscalía de la Nación	35	24	33	32
Sindicatos	34	32	30	30
Poder Judicial	20	18	29	22
Poder Ejecutivo	28	20	25	21
CGTP	29	24	24	20
CONFIEP	26	18	17	20
Congreso de la República	24	13	17	17
Partidos Políticos	13	10	13	15

Fuente: IPSOS Apoyo, Opinión y Mercado. Encuesta Nacional Urbana 2010.

En el cuadro se advierte el bajo nivel de credibilidad que tienen las agencias del sistema penal en mi país, reflejado en el período comprendido durante los años 2007 al 2010; lo cual permite pensar asimismo en el alto nivel que tiene la denominada cifra negra de la criminalidad, pues es difícil pensar que la población pueda denunciar los delitos si no confía en la autoridad. Nótese que el índice más bajo corresponde al Poder Judicial, seguido de la Fiscalía de la Nación, la Policía Nacional y el Tribunal Constitucional. A ello se agrega que también los Poderes Legislativo y Ejecutivo carecen de credibilidad entre la población; y en el punto más álgido del problema, los partidos políticos constituyen el ente menos confiable de la vida nacional, con lo cual es fácil advertir cómo la criminalidad gana terreno en un Estado ausente y débil, en el que la ley ha perdido respeto porque la autoridad que la dicta y debe hacer cumplir, tampoco la cumple. Hay una especie de anomia tácita, encubierta o solapada.

### ¿HA SIDO VÍCTIMA DE UN DELITO? TOTAL AMÉRICA LATINA 1995 - 2011 - TOTALES POR PAÍS 2011

El cuadro nos permite conocer el nivel de víctimas en los países de la región. Hay una importante diferencia por país. Se observa que en Latinoamérica, un promedio de 33% de la población, es decir, 1 de cada 3 latinoamericanos, fue víctima o tuvo una víctima en su círculo familiar cercano. Nótese que los países con mayor porcentaje de victimización son México, Perú, Argentina, Costa Rica y Colombia, con más del 38%. Estos datos reflejan que la política criminológica de dichos países no es eficaz y debe ser rediseñada para adoptar un conjunto de medidas integrales de Estado que permitan hacer frente a la criminalidad, previniéndola, controlándola y reprimiéndola adecuadamente.



Fuente: Latinobarómetro 1995 - 2011

### CONCLUSIONES

- 1) El Estado debe estar al servicio del hombre por ser creación de éste para el pleno desarrollo de su personalidad; por lo que debe respetar y hacer respetar la dignidad y los derechos fundamentales de los ciudadanos, sometiéndose los gobernantes, autoridades y población al Derecho para no imponer su voluntad sino alcanzar el bien común mediante la representación y participación política y con respeto a las minorías;
- 2) Los derechos humanos son inviolables por provenir de la dignidad humana y al ser inherentes al hombre constituyen el fundamento legitimante del orden político y jurídico de un Estado, el cual no debe desconocerlos ni restringirlos invocando el interés general por encima del interés personal, sin que medie un test de razonabilidad que obliga a ponderar cuál de los derechos humanos en conflicto debe prevalecer, aplicando criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad;



- 3) El Derecho Penal, expresión más grave del poder estatal, está deslegitimado porque su discurso ontológico es falso en la medida que se construye sobre ficciones legales, es selectivo y estigmatizante, además no es útil porque resulta extemporáneo frente al delito; por lo que la Criminología, que permite conocer las causas estructurales de la conducta social, es el mejor recurso para prevenir, controlar, corregir y reducir la criminalidad en un Estado Democrático y de Derecho al servicio del hombre;
- 4) La Política Criminológica, como conjunto de medidas y acciones adoptadas por el Estado para ejercer un control social, debe basarse en la Criminología y ser una política integral del Estado dirigida a superar las causas estructurales de la conducta social, desde el punto de vista educativo, laboral, sanitario, de vivienda, entre otros; y no una política meramente penal, dirigida a las causas coyunturales y destinada a reprimir a la persona humana con todo el poder estatal y social;
- 5) El incremento de penas para los tipos penales más frecuentemente perpetrados no constituye una solución de la criminalidad, porque el castigo por sí mismo no soluciona las causas que llevan al hombre a delinquir, de la misma manera que una ciudad no es más limpia porque se barre más, sino porque se ensucia menos;
- 6) La detención por sospecha es una medida que atenta contra el fundamental derecho a la libertad personal en la modalidad corporal o ambulatoria, que no justifica su autorización legal, por cuanto los derechos humanos están por encima de la seguridad ciudadana, no siendo razonable, necesaria, idónea ni proporcional como medida limitativa de dicho derecho;
- 7) La neo criminalización de conductas sociales desarrolladas por grupos regionales o comunidades étnicas como rechazo a medidas públicas a favor de derechos medio ambientales o actos arbitrarios de poder estatal o local, no solucionan el problema estructural radicado en el empleo de una política de espaldas al pueblo;
- 8) El arresto ciudadano para responder a la inseguridad ocasionada por el incremento delictivo, no es solución al problema porque significa una renuncia del Estado a su obligación de combatir la delincuencia, facultando irresponsablemente al ciudadano a aprehender al delincuente en flagrancia, exponiéndolo a sufrir las consecuencias de la violencia que supone todo arresto;
- 9) Las medidas que el Estado establece legislativamente como reacción a la situación de criminalidad que se ha instalado en nuestras sociedades, no corresponden a una forma estatal democrática ni de derecho ni están fundadas en una política criminológica consecuente con los postulados que legitiman dicha clase de Estado, por lo que es de advertir que el fácil recurso represivo penal deslegitima cada vez más al Estado y lo aleja de su fin supremo que es el carácter servicial a favor de la persona humana, y
- 10) El empleo de una política criminológica ineficiente e ineficaz conlleva graves implicancias relacionadas con la afectación desde el Estado Democrático y de Derecho de la dignidad humana y los derechos fundamentales del hombre, en contradicción con los fines esenciales del Estado.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ferrero Rebagliati, R. (2003). *Ciencia política. Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Perú: Jurídica Grijley.
- Tantaleán Odar, C. (2009). *El origen ontológico del Derecho*. Perú: San Agustín de Cajamarca.
- Tambini Del Valle, M. (1987). *Los Derechos Humanos en el Perú*. Perú: Edición personal.
- Fernández Segado, F. (1994). *La dogmática de los derechos humanos*. Perú: Jurídicas.
- Schmitd, C. (1982). *Teoría de la Constitución*. España: Alianza.
- Schneider, H.-P. (1979). “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, *Revista de Estudios Políticos*, N° 7.
- Fernández Segado, F. (1994). *La dogmática de los derechos humanos*. Perú: Jurídicas.
- Frosini, V. (1983). “Los derechos humanos en la sociedad tecnológica”. *Anuario de Derechos Humanos* N° 2, Universidad Complutense. España.
- Zaffaroni, E.R. (1989). *En busca de las penas perdida*. Perú: AFA.
- Pérez Pinzón, A. (1986). *Curso de Criminología*. Colombia: Temis.
- García-Pablos De Molina, A. (1994). *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*. España: Tirant lo Blanch.
- Cabanellas, G. (1972). *Diccionario de Derecho Usual. Tomo II*. Argentina: Heliasta.
- Vergès Ramírez, S. (1997). *Derechos Humanos: Fundamentación*. España: Tecnos.
- \_\_\_\_\_ (1988). *El derecho de la libertad en Hegel*. España: Estudios de Deusto.
- Bidart Campos, G. (2002). *Lecciones Elementales de Política* Argentina: Ediar.
- Ríos Patio, G. (2007). *Quince minutos de Derechos Humanos*. Perú: Grupo Imagen y Comunicaciones SAC.