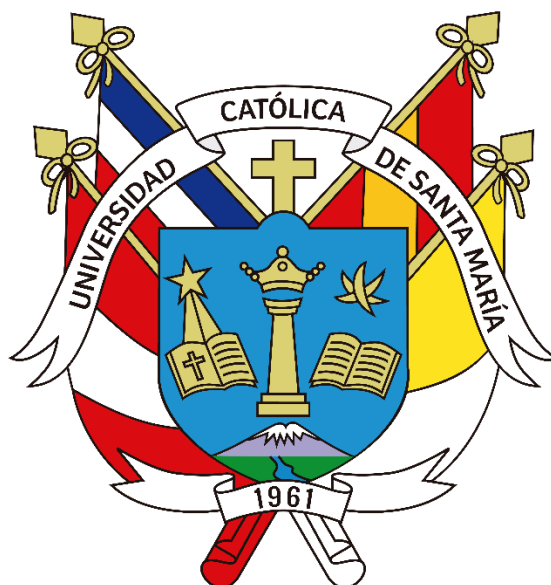


**Universidad Católica de Santa María**

**Escuela de Postgrado**

**Maestría en Derecho Penal**



**APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS DE SANCIÓN PENAL CON  
CONTEXTO BIOPOLÍTICO Y SUS EFECTOS EN EL DERECHO DE  
PROTESTA, PERÚ, 2022.**

Tesis presentada por la Bachiller:

**Pullchz Mayorga, Shiomara**

para optar el Título Profesional de

**Maestro en Derecho Penal**

Asesor:

**Dr. Mendoza Ayma,**

**Francisco Celis**

**Arequipa- Perú**

**2023**

UCSM-ERP

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA**  
**ESCUELA DE POSTGRADO**  
**DICTAMEN APROBACIÓN DE BORRADOR DE TESIS**

Arequipa, 19 de Abril del 2023

**Dictamen: 001226-C-EPG-2023**

Visto el borrador del expediente 001226, presentado por:

**2015005262 - PULLCHZ MAYORGA SHIOMARA**

Titulado:

**APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS DE SANCIÓN PENAL CON CONTEXTO BIOPOLÍTICO Y SUS  
EFECTOS EN EL DERECHO DE PROTESTA, PERÚ, 2022.**

Nuestro dictamen es:

**APROBADO**

**02424271 - PARI TABOADA MAURO  
DICTAMINADOR**



**29435798 - MEZA FLORES EDUARDO JESUS  
DICTAMINADOR**



**42327355 - VARGAS SALAS OBED  
DICTAMINADOR**



***Dedicatoria:***

**A nuestro Celestial del cielo:**

*Por su amor, su bondad y por ser el hacedor de mis desafíos y bendiciones haciendo de mi vida una con profundo contenido.*

**A mis amados padres:**

*Silvia y Adolfo por haberme formado con raíces afianzadas en valores de fe, amor, bondad, respeto, empatía, solidaridad, responsabilidad, perseverancia, optimismo, progresismo, y un largo etcétera que me han convertido en un buen ser humano.*

**A mi tesoro de vida, mi hijo:**

*Gabriel Nicolás por representar su primer nombre el ángel de vida que llego para hacerme sentir un amor sin descripción porque su sonrisa traduce el lenguaje de mi alma, convirtiéndose en mi 'ratio essendi' y el capitán de mi barco de vida.*

**A mi carrera de Derecho:**

*Por haber encontrado las razones que hacen que mi corazón y mi mente se conecten con emoción, haciendo de ella la oportunidad para ser el instrumento que busca justicia asentada en la vocación y sobre todo en la ética.*

**Pullchz Mayorga, Shiomara**



***Agradecimiento***

*A Giovanna Jeamileth, María Fernanda, Kevin Jordan y Edwin Jesús futuros abogados por enseñarme a ser mejor profesional en busca del futuro académicamente ilusionante.*

**Pulchz Mayorga, Shiomara**

*“El Estado siendo garante de los derechos de las personas y grupos afectados, ha recurrido lamentablemente a formas de represión e instrumentalización de mecanismos legales”*

**Miguel Levano**



## RESUMEN

Las penas “mecanismos de sanción” regulado por el artículo 28 del Código Penal del Perú de 1991 son: privativade libertad, restrictivas de libertad, limitativas de derechos y multa, empero, el ejercicio del derecho de protesta reconocido por el artículo 2 inciso 12 de la Carta Magna derecho cuya ratiodesendi son las demandas colectivas, se ha criminalizado ello influenciado por los mecanismosde control social donde la prensa televisiva, radial, escrita juegan un rol importante la misma que influye criminalizando mediáticamente el derecho de protesta en razón de que transmiten la información acontecida en el Perú que supuestamente refleja el ejercicio de un derecho “libertad de información” comunicando verdades tergiversadas creando sensaciones de miedoe inseguridad creando un desborde en el poder punitivo del Estado.

En esa línea el artículo 315 del Código Penal del Perú de 1991 regula el delito de disturbios con una pena entre los 6 y 8 años siendo que tenemos los casos de Walter Aduviri condenado a 6 años como coautor no ejecutivo del delito, caso Tía María que condeno a 16 años a Pepe Julio Gutiérrez Zeballos, caso Porcon, caso Bagua que dejo 30 muertos entre efectivos y civiles, caso Espinar, caso las Bambas, caso Andoas, caso Conga, entre otros, siendo que en algunos casos involucra la comisión de otros delitos como: asociación ilícita para delinquir, entorpecimiento a los servicios públicos, lesiones graves, daños agravados, entre otros; casos en los que se produce una persecución penal inclusive empleando por el Estado la bis absoluta a través de la policía estando frente a un escenario de represión tripartita (Juez, Policía, prensa), siendo que el juez dentro de ese escenario debe ser el que tutela los derechos fundamentales que a la vez es un expresión de un Estado democrático el mismo que debería ponderar si son o no conductas criminales.

### **Palabras claves:**

Derecho penal, biopolítica, mecanismos de sanción.

## ABSTRACT

The penalties "sanction mechanisms" regulated by article 28 of the Penal Code are: deprivation of liberty, restrictive of liberty, limitation of rights and fine, however, the exercise of the right to protest recognized by article 2 paragraph 12 of the Magna Carta law whose ratio essendi are collective demands, this has been criminalized influenced by the mechanisms of control of information where the television, radio, and written press play an important role, which has contributed to criminalizing the right to protest through the media because they transmit the information that occurred in Peru that supposedly reflects the exercise of a right "freedom of information" communicating distorted truths creating feelings of fear and insecurity creating an overflow in the punitive power of the State.

Along these lines, article 315 of the Criminal Code regulates the crime of riots with a sentence of between 6 and 8 years, and we have the cases of Walter Aduviri sentenced to 6 years as a non-executive co-author of the crime, the Tía María case sentenced to 16 years to Pepe Julio Gutiérrez Zeballos, the Porcon case, the Bagua case that left 30 dead between troops and civilians, the Espinar case, the Las Bambas case, the Andoas case, the Conga case, among others, and in some cases it involves the commission of other crimes such as: association illegal to commit a crime, hindrance to public services, serious injuries, aggravated damages, among others; cases in which there is a criminal prosecution including by the State using the absolute power through the police in front of a scenario of tripartite repression (Judge, Police, press), and the judge within that scenario must be the one who protection of fundamental rights, which at the same time is an expression of a democratic State, the same one that should consider whether or not they are criminal behaviors.

### **Keywords:**

Criminal law, biopolitics, sanction mechanisms

## ÍNDICE

**DEDICATORIA**

**AGRADECIMIENTO**

**EPIGRAFE**

**RESUMEN.....**

**ABSTRACT .....**

**INTRODUCCIÓN..... 1**

**HIPÓTESIS ..... 3**

**OBJETIVOS..... 4**

**MARCO TEÓRICO..... 5**

**I. BIOPOLÍTICA ..... 5**

1. La Biopolítica..... 5

1.1. Definición, antecedentes y autores ..... 7

1.2. Dimensiones del Gobierno Biopolítico..... 16

2. La Sanción Jurídica ..... 19

2.1. Mecanismos de Control Social ..... 21

2.2. Sanción Jurídico-Penal ..... 24

**II. MECANISMOS DE SANCIÓN PENAL ..... 25**

3. Consideraciones Generales sobre el Derecho Penal y el Poder Punitivo..... 25

4. Consideraciones Generales sobre la Sanción Penal ..... 28

5. Origen Histórico ..... 28

6. Teorías Absolutas de la Pena ..... 29

7. Teorías Relativas de la Pena ..... 31

8. Teorías de la Unión ..... 36

9. Teoría de la Diferenciación..... 37

10. Teoría de restabilización de la pena..... 38

1.1. Sustento Normativo de la Sanción Penal ..... 39

11. Instrumentos Internacionales ..... 42

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |           |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 12. Instrumentos Nacionales.....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 48        |
| 13. Desarrollo Jurisprudencial .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 50        |
| 14. La Sanción Penal y los diversos mecanismos de control social .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 51        |
| <b>III. LA SANCIÓN PENAL COMO MECANISMO DE CONTROL SOCIAL: LA<br/>PRIVATIZACIÓN DE LOS MECANISMOS DE CONTROL SOCIAL .....</b>                                                                                                                                                                                                                                                              | <b>55</b> |
| 15. Neoliberalismo y gobierno biopolítico .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 55        |
| 16. Inclusión de la lógica de mercado en la función social del derecho penal.....                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 62        |
| 17. Casos de privatización de los mecanismos de control social.....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 67        |
| 8.1. Autoprotección privada de seguridad social .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 70        |
| 8.2. Control político de la sociedad a partir de la privatización del control social .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 71        |
| <b>CAPITULO II.....</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | <b>78</b> |
| <b>METODOLOGÍA .....</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | <b>78</b> |
| 18. Método de Investigación .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 78        |
| 19. Técnica de Interpretación Jurídica .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 78        |
| 20. Variables e Indicadores .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 79        |
| 21. Técnicas de Investigación.....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 80        |
| 22. Instrumentos de la Investigación .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 81        |
| 23. Criterios de Validación de Instrumentos .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 82        |
| 24. Universo y Muestra .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 83        |
| <b>Respecto al universo y muestra, se utilizó la metodología propuesta por Vasilachis<br/>(2019), respecto de Estudio de Casos. Estos casos fueron los suscitados en el Perú, donde<br/>por su trascendencia se pudo evidenciar la vinculación del derecho de protesta con<br/>contexto biopolítico. En ese sentido, se pasa a especificar cuáles fueron los casos<br/>escogidos:.....</b> |           |
| 25. Sistema de Citación .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 84        |
| 26. Confidencialidad .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 84        |
| 27. Conflicto de Intereses .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 84        |
| <b>CAPÍTULO III .....</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | <b>85</b> |
| <b>RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | <b>85</b> |
| 28. Análisis Caso Porcón – 2007 .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 112       |
| 19.1. Descripción .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 112       |
| 19.2. Análisis .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 112       |
| 19.3. Interpretación .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 112       |
| 29. Análisis Caso Majaz – 2008 .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 113       |

|       |                                                                   |     |
|-------|-------------------------------------------------------------------|-----|
| 8.3.  | Descripción .....                                                 | 113 |
| 8.4.  | 20.2. Análisis.....                                               | 113 |
| 8.5.  | 20.3. Interpretación.....                                         | 113 |
| 30.   | Análisis Caso Andoas - 2008.....                                  | 113 |
| 8.6.  | Descripción .....                                                 | 113 |
| 8.7.  | Análisis.....                                                     | 114 |
| 8.8.  | Interpretación .....                                              | 114 |
| 31.   | Análisis Caso Yurimaguas – 2009.....                              | 115 |
| 8.9.  | Descripción .....                                                 | 115 |
| 8.10. | Análisis.....                                                     | 115 |
| 8.11. | Interpretación .....                                              | 116 |
| 32.   | Análisis Caso Bagua – 2009.....                                   | 116 |
| 8.12. | Descripción .....                                                 | 116 |
| 8.13. | Análisis.....                                                     | 117 |
| 8.14. | Interpretación .....                                              | 118 |
| 33.   | Análisis Caso Conga - 2011-2012 .....                             | 118 |
| 8.15. | Descripción .....                                                 | 118 |
| 8.16. | Análisis.....                                                     | 119 |
| 8.17. | Interpretación .....                                              | 119 |
| 34.   | Análisis Caso Espinar – 2012.....                                 | 119 |
| 8.18. | Descripción .....                                                 | 119 |
| 8.19. | Análisis.....                                                     | 119 |
| 8.20. | Interpretación .....                                              | 120 |
| 35.   | Análisis Caso Proyecto Minero Tía María - Southern Perú .....     | 120 |
| 8.21. | Descripción .....                                                 | 120 |
| 8.22. | Análisis.....                                                     | 121 |
| 8.23. | Interpretación .....                                              | 122 |
| 36.   | Análisis Caso Proyecto de Concesión Minera Santa Ana – 2011 ..... | 123 |
| 8.24. | Descripción .....                                                 | 123 |
| 8.25. | Análisis.....                                                     | 123 |
| 8.26. | Interpretación .....                                              | 124 |
| 37.   | Análisis Caso Las Bambas -2019 .....                              | 124 |
| 8.27. | Descripción .....                                                 | 124 |
| 8.28. | Análisis.....                                                     | 125 |
| 8.29. | Interpretación .....                                              | 125 |

|                                                 |            |
|-------------------------------------------------|------------|
| 38. Análisis Caso Parcoy .....                  | 125        |
| 8.30. Descripción .....                         | 125        |
| 39. Análisis.....                               | 126        |
| 40. Interpretación .....                        | 126        |
| 41. Análisis Caso Walter Aduviri Calisaya ..... | 127        |
| 8.31. Descripción .....                         | 127        |
| 8.32. Análisis.....                             | 128        |
| 8.33. Interpretación .....                      | 128        |
| <b>CONCLUSIONES .....</b>                       | <b>136</b> |
| <b>RECOMENDACIÓN.....</b>                       | <b>139</b> |
| <b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>         | <b>140</b> |



## INTRODUCCIÓN

Claus Roxin sostiene que el sistema penal tiene como punto central a la política criminal que debe adoptar el Estado para prever el delito a través de medidas económicas, sociales, educacionales y políticas, en esa línea con el advenimiento del neoliberalismo que tiene por finalidad reducir al mínimo la intervención del Estado en asuntos jurídicos y económicos movimiento qué duda cabe, apareció después de la primera guerra mundial 1918; es que a partir de la década de los 80, la corporativización de los Estados de occidente, incidieron con la influencia económica en las relaciones sociales de la población, lo que arriba a la multiplicación del modelo económico al individuo, en diversos aspectos de su vida social y ello es parte de la biopolítica.

La biopolítica, aplicada a la sociedad neoliberal es decir considera que la economía es el motor de desarrollo de un Estado, constituye una nueva forma de dominación, que administrando la vida o bios, es así que la forma en que la sociedad se administra es mediante los mecanismos de control social, que todavía se encuentran en propiedad del Estado, pero que progresivamente han ido pasando a manos de entidades privadas.

En esta era, el derecho penal cumple un rol importante, en tanto se extiende aumentando las sanciones para los delitos existentes o creando nuevos delitos. También mediante el derecho penal simbólico que aparece con la generación de miedo en la población y la consecuencia exigencia de un endurecimiento de las penas, todo ello manipulado por los medios de comunicación, ergo, hay un efecto que sobre la ciudadanía ejerce el derecho penal.

Frente a esta situación, nos planteamos en el siguiente trabajo de investigación cual es el rol que asiste al derecho penal en este tipo de régimen, ordenamiento u organización de la vida es decir la biopolítica. Para lo cual realizaremos un análisis desde la teoría penal sobre los diversos cambios que se han generado con esta nueva orientación del control social.

La presente investigación está distribuida en 3 capítulos correspondiendo al primero el desarrollo del marco teórico teniendo como punto uno el desarrollo de la biopolítica desde la perspectiva del teórico social Michel Foucault. Como segundo punto se desarrollará los mecanismos de sanción penal describiendo el desarrollo del Derecho Penal concebido en un inicio como lo refiere Zaffaroni como un engendro monstruoso y el capítulo perverso del

derecho, asimismo se desarrollarán las teorías relativas a las penas en consideración a que el Derecho Penal se funda en la teoría del delito. Como punto tercero se desarrollará la sanción penal como mecanismo de control social. Siendo que el segundo capítulo se desarrollará los aspectos metodológicos observados para la realización de la presente investigación, Finalmente el tercero contendrá el análisis de casos los mismos que comprobaran los objetivos planteados.



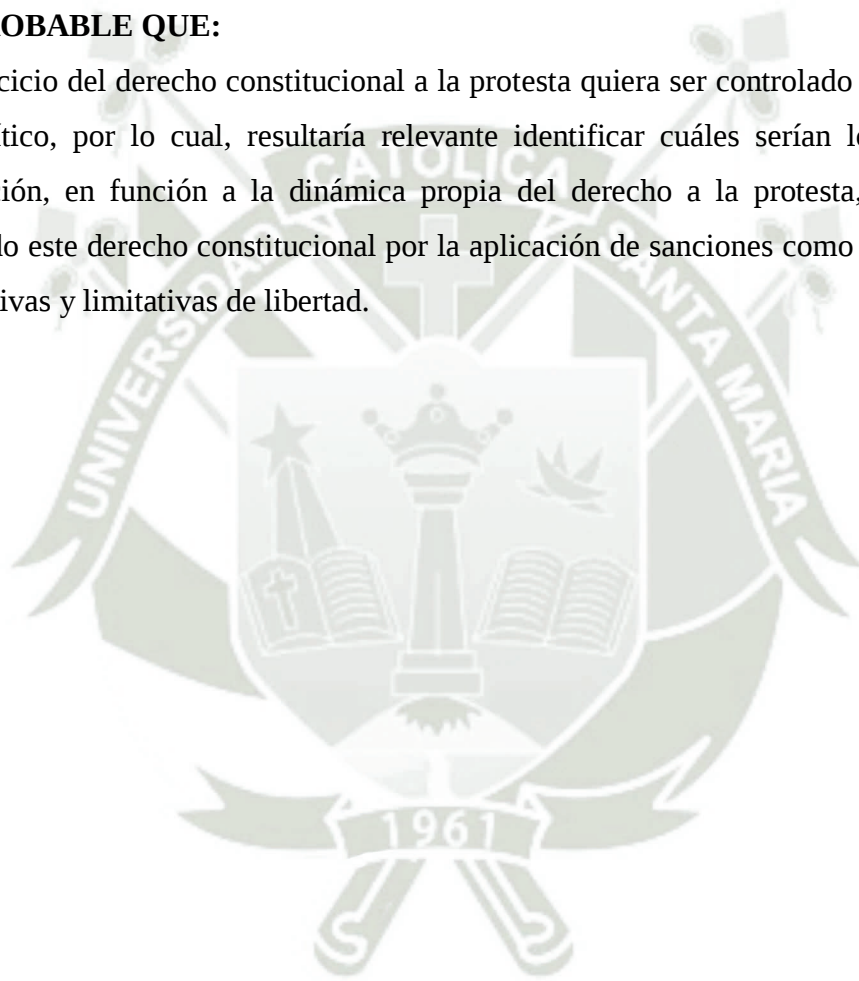
## HIPÓTESIS

### **DADO QUE:**

En la actualidad se identifican normas con contenido biopolítico con lo cual se ejerce poder sobre el sujeto-objeto como parte de una población que vive bajo la idea de estado de Derecho;

### **ES PROBABLE QUE:**

El ejercicio del derecho constitucional a la protesta quiera ser controlado desde el enfoque biopolítico, por lo cual, resultaría relevante identificar cuáles serían los efectos de su aplicación, en función a la dinámica propia del derecho a la protesta, pudiendo verse afectado este derecho constitucional por la aplicación de sanciones como penas privativas, restrictivas y limitativas de libertad.



## OBJETIVOS

### Objetivo General

- Evaluar la aplicación de los mecanismos de sanción penal con contexto biopolítico y sus efectos en el derecho de protesta, Perú, 2022.

### Objetivos Específicos

- Determinar los mecanismos de sanción penal con contexto biopolítico.
- Evaluar los mecanismos de control social en el derecho de protesta con contexto biopolítico.
- Examinar si corresponde criminalizar la protesta social.



## MARCO TEÓRICO

### I. BIOPOLÍTICA

#### 1. La Biopolítica

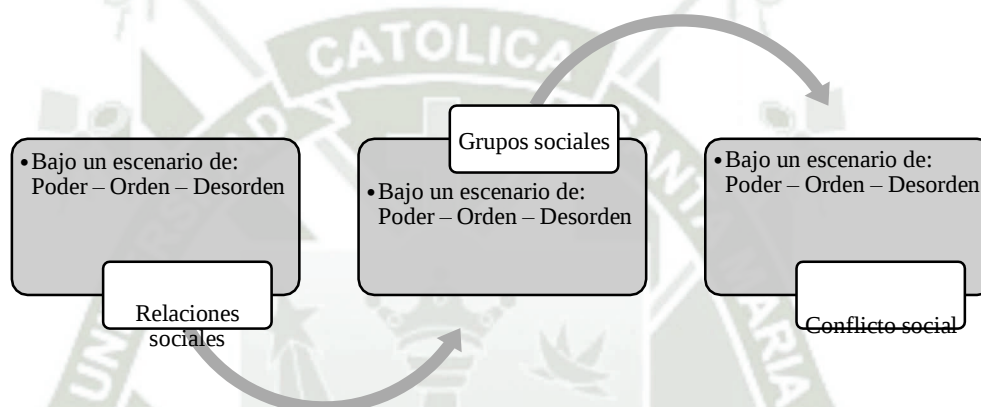
Prima facie debemos de abordar nuestra realidad tanto social como jurídica vinculación sine qua nom, pero a través de la historia siendo esta la protagonista para entender cómo es que estamos evolucionando en ambos parámetros, en esa línea bascularemos si la forma como se está aplicando el derecho cumple con su finalidad y si nosotros como sujetos de derechos, así como ciudadanos dotados de libertad estamos sometidos a un poder disciplinario donde debemos acatar órdenes.

Posiblemente, el tema objeto de estudio parta de un término poco popular (biopolítica) que cada vez escuchamos menos en el argot jurídico, dado que nuestras regulaciones tanto en procesal - penal como sustantivo-penal y nuestro escenario jurídico convoca y aplica el derecho en base a normas diversas per se, radicando en ella la importancia de entender la fuente de las mismas; dentro de ese escenario encontramos a **los mecanismos de sanción en el Derecho Penal**, y en esa línea tenemos a las tipologías de penas que regula el Código Penal del Perú de 1991 en su artículo 28 **“Las penas aplicables de conformidad con este Código Penal del Perú de 1991 son: Privativa de libertad, restrictivas de libertad, limitativas de derecho y multa”**, empero, ello nos conlleva a preguntarnos ¿Por qué en un delito se sanciona con pena privativa de libertad de 2 años y en otros de 35 años? ¿Por qué en otro delito se sanciona con pago de días multa?, entre otras formas de pena. Interrogantes que nos conducirán al camino de la ratio essendi del poder disciplinario; por otro lado, si soy un individuo libre *¿Qué se puede y no puede hacer? ¿Tienen límites la libertad individual o grupal? ¿La libertad excedida merece una sanción penal? ¿Por qué el control sobre los seres humanos se vuelve cada vez más opresiva y las penas se endurecen más? ¿Las sanciones cumplen su finalidad en el individuo?*

Es así que al hablar de biopolítica acuden a la mente conceptos que podrían relacionarse con el término; al compartir el prefijo ‘bio’ verbigracia: biopoder y bioética. “Ese prefijo indica que se trata de disciplinas o enfoques que tiene que ver con la vida humana en primer lugar, puesto que el empleo de los sufijos ética y política señalan esa relación” (Ugarte, 2006, p. 76).

En tal forma, “la noción de biopolítica ha conocido en los últimos años un auge notable: no sólo el pensamiento político y la filosofía política parecen haber tomado un interés creciente en esta noción, sino que también la política “real” ha descubierto el potencial de este término” (Muhle, 2009, p. 144). En tal sentido, todo ámbito de la vida social vinculado con la vida y lo biológico, como, por ejemplo, las ciencias de la vida, la manipulación genética, el tema del aborto e, incluso, la “**represión de grupos sociales de parte del Estado como de particulares, se encuentran englobados bajo la óptica y análisis de la biopolítica**” siendo este último tema, el que vamos a inquirir graficado de la siguiente manera:

**Gráfica 01: Estructura de organización y control.**



Así expresado, puede inferirse que la biopolítica es antes que nada un concepto filosófico-político que se refiere a una forma y a una modalidad del poder contemporáneo, ergo, para entender lo que biopolítica significa no es por lo tanto suficiente investigar las técnicas administrativas de un Estado de bienestar, sus normas de salud, sus leyes respecto a la fecundación artificial, la represión punitivista, etc. Al contrario, el entendimiento del funcionamiento de estas técnicas obliga a una exploración de la noción de biopolítica desde un punto de vista filosófico-político para que, teniendo dicha noción clara, se pueda ver cómo se manifiesta en las técnicas administrativas del control político del día a día en la sociedad.

En suma, un tema tan arcaico y tan novísimo a la vez, adquiere importancia mientras las estructuras de control y dominación sobre los seres humanos se vuelven más opresivas, máxime, en el contexto cotidiano en el cual nos realizamos diariamente. Con la acepción de la biopolítica se pensó en determinado momento que se abriría la discusión de las ciencias sociales y humanas a campos nuevos e inéditos en la investigación académica.

En un sentido se ha visto de esa manera, ya que las tecnologías de la información y la comunicación, el control y el manejo del poder sobre los individuos, las subjetividades y los cuerpos llegan a terrenos inexplorados. En otro aspecto, se regresa a discusiones clásicas sobre el poder, la soberanía, el cuerpo y la violencia, presentes en el hoy a pesar de los discursos y asuntos políticos clásicos que hablan sobre las libertades, la democracia y los derechos humanos. (Tejeda, 2011, p. 77)

Bajo la connotación previa anotada, se pasará a analizar la definición puntual de la biopolítica y sus antecedentes. Debe quedar claro, por supuesto, que este análisis se realizará desde la óptica estrictamente foucaultiana como por otras que analizan dicho término.

### **1.1. Definición, antecedentes y autores**

#### **1.1.1. Definición**

“El término biopolítica, engarza la relación entre política, cuerpo y politización de la vida, este término fue introducido por el filósofo y teórico social Michel Foucault a lo largo de sus clases impartidas en el Collège de France desde el año de 1971 hasta su muerte en junio de 1984, bajo el nombre de “Historia de los sistemas de pensamiento. En dicha instancia, a partir de inquirir materias como medicina, sexualidad, racismo y poder, Foucault se propone construir una genealogía de las relaciones del saber/poder” (Foucault, 1978).

Empero, como apunta López (2014), las primeras y esporádicas apariciones del concepto en la obra de Michel Foucault se remontan al ciclo de conferencias dictadas en 1974 en la Universidad Estadual de Río de Janeiro (p. 114). En aquel momento, el pensador francés incluía la biopolítica en el marco de la sociedad capitalista para la cual “lo que importa, ante todo, es lo biológico, lo somático, lo corporal” (Foucault, 1977).

En tal forma, advertía el rol estratégico de la medicina y analizaba en términos de bio-historia la incidencia de su intervención sobre la especie humana, dejando constancia manifiesta de su convicción respecto de la imposibilidad de que la existencia, la conducta, el comportamiento, el cuerpo humano pueden ser enajenadas a la estrecha de red de intervenciones médicas que empezó a tejerse a partir del siglo XVIII. (López, 2014, p. 114)

En esa línea, refiere Ugarte (2006), el origen de dicho término se encuentra en la obra de Foucault, producto de su magisterio, en la clase del 17 de marzo de 1976, undécima conferencia impartida en el Collège de France durante ese curso. (p. 76) La lección se enmarcó dentro de un estudio sobre el racismo, su genealogía y desarrollo como política de Estado, la cual se encuentra editada en la obra “Defender la sociedad”. En dicha obra,

Foucault (2001) expresa “¿Cuál es el interés central en esa nueva tecnología del poder, esa biopolítica, ese biopoder que está estableciéndose?” (p. 220) respondiendo: “se trata de un conjunto de procesos como la proporción de los nacimientos y las defunciones, la tasa de reproducción, la fecundidad de una población, etcétera” (p. 220). En suma, “no se trata, simplemente, del problema de la fecundidad. Se trata también del problema de la morbilidad” (p. 220).

Quien ha sostenido gran parte de la filosofía en materia de biopolítica es Foucault, considerándosele como uno de los filósofos contemporáneos que han buscado desentrañar las relaciones que existen entre la subjetividad humana y el biopoder. Este enfoque se vio profundizado en la transición del siglo XVII al XVIII, donde se estableció la relación entre el poder que ejercen los órganos poder por sobre la vida y el desarrollo del pueblo. (Burich, 2017, p.91)

De lo anterior, apunta López (2014) que Foucault acuñó la fórmula “hacer vivir, dejar morir” para especificar la modalidad propia de ejercicio del biopoder (p. 114). Esto es, y citando nuevamente a Foucault (2001), “la biopolítica tiene que ver con la población, y ésta como problema político, como problema a la vez científico y político, como problema biológico y problema de poder” (p. 222), lo que conlleva a colegir que la biopolítica vino a transformar, sustituir, completar, penetrar, atravesar, modificar e invertir, al modelo soberano de ejercicio del poder.

Se infiere, entonces, que Foucault muestra que el poder, como potencia para transformar la vida de una colectividad, hace dos siglos que ha sufrido una metamorfosis. “Ha dejado de ser el derecho de matar, en el modo de ejecución pública, para convertirse en la capacidad de hacer vivir. Esto desplaza el problema de la soberanía porque el gobierno de un territorio se ha convertido en la gestión de una población” (Ugarte, 2006, p. 76). Pero, en cualquier caso, esto es tanto para hacer morir como para dejar vivir, el soberano requería de la legitimación del derecho. En otras palabras, su poder era al mismo tiempo justificado y delimitado por el derecho. (López, 2014, p. 115)

Apuntado lo anterior, Foucault (2007), con mayor precisión, define la biopolítica como “la manera como se ha procurado, desde el siglo XVIII, la práctica gubernamental sobre los fenómenos propios de un conjunto de seres vivos constituidos como población: la salud, la higiene, la natalidad, la longevidad, las razas” (p. 359). Por consiguiente, la biopolítica

implica la admisión de las variables de la vida y los acontecimientos propios de la población al escenario político en el cual los gobernantes determinarán su futurabilidad o dependencia.

Los acontecimientos propios de la vida en la población cuerpo social pasan a estar sujetos a la práctica de los organismos de poder. El Estado, en cuanto representante del poder político, debe intervenir las formas en que se hace posible la vida (Villegas, 2010, p. 10). En suma, desde finales del siglo XVIII se estudian y cobran interés los individuos con sus ritmos de natalidad, mortalidad y enfermedad. La incidencia de las epidemias y la forma de combatirlas se incluyen entre las preocupaciones básicas del Estado para mantener un control activo sobre la población.

Se esboza el proyecto de una tecnología de la población a partir de estimaciones demográficas, esperanzas de vida, crecimiento de las riquezas, matrimonio, natalidad, educación etc. En este sentido, el Estado y quién ostenta el poder empieza a interesarse sobre las condiciones de interés del cuerpo, el cuerpo de los individuos y el cuerpo de las poblaciones.

El cuerpo y su pasar con la vida y la muerte se transforman de esta manera en una excusa sobre la contemplación de los rasgos biológicos de una población. La vida entonces antes fugitiva y de poco interés para el gobierno sobre los hombres, se ofrece como objeto de producción. Debe recordarse el contexto en que se cifran estas transformaciones socio-histórico-políticas a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, además de la revolución industrial.

En ese contexto, era importante que los ciudadanos en concreto, los obreros se adaptaran al ritmo de trabajo que imponía el nuevo modo de producción, el capitalismo industrial (Ugarte Pérez; 2006; p. 76). Para lograr el ajuste, se estudia al cuerpo humano en sus habilidades y funciones, cómo órganos sometidos a un control de reacondicionamiento conductual objetivo a fin de lograr la disciplina necesaria en pos del régimen social.

Sólo así se entiende este proceso de “domesticación” de las personas. “La disciplina es, en el fondo, el mecanismo de poder por el cual llegamos a controlar en el cuerpo social hasta los elementos más tenues, y por éstos alcanzamos los átomos sociales mismos, es decir, los individuos [...] a grandes rasgos, una especie de anatomía política, de anatomopolítica” (Foucault; 1999; p. 245). El objetivo es bien claro y evidente: tanto cuerpo y mente acepten la función que tienen establecido socialmente: el cumplimiento de las normas (legales, morales) y la satisfacción de los ritmos de la producción.

Es evidente, como concuerdan López (2014; p. 121) y Ugarte Pérez (2006; p. 77), las técnicas para obtener el sometimiento del cuerpo, es decir, las disciplinas, se desarrollan cuando se alcanza la forma de observar a los seres humanos sin que éstos sepan si son objeto de atención, vigilancia y reacondicionamiento conductual. Esto es exclusivamente posible gracias a un nuevo tipo de edificio, el panóptico (arquitectura carcelaria) hoy en día los dispositivos tecnológicos de videocámara vigilancia como las aplicaciones de seguimiento de los celulares, verbigracia: que permite estudiar el comportamiento de los sujetos encerrados en prisiones, hospitales, etc., sin que los internos sean capaces de oponerse a la observación.

Además está presente tanto en el trabajo de la industria, instalaciones fabriles y las minas, lugares donde era importante y de vital importancia el disciplinamiento, como también en la escuela, la Academia y el ejército, para extraer de los sujetos la mayor eficacia, fuese el objetivo el aprendizaje estandarizado de millones de muchachos en los centros educativos bajo una educación programa y estandarizada para un común determinado o el movimiento coordinado de los soldados durante los ejercicios y maniobras para que no existan “individualidades” divorciadas del control masivo de dichos sujetos.

En resumen, “el biopoder corresponde a aquella intromisión del poder, ya no sólo en la decisión de dejar vivir o hacer morir, sino que, como controlador de todas las esferas de la vida pública y privada, desde el nacimiento hasta la muerte” (Foucault; 1998; p. 169).

Ergo, “anatomopolítica y biopolítica serían así desde el punto de vista de Foucault dos aspectos del mismo proceso, típicamente moderno, de racionalización o “disciplinamiento” de lo vivo: en aquélla, de lo corporal-individual; en éste, de lo corporal-social, siempre con el fin de alcanzar su rentabilización política” (Frías Urrea; 2013; p. 120). En tal forma, lo estrictamente biopolítico supone una importante alteración no solo del concepto tradicional de política sino, además, de la relación, igualmente tradicional, entre el poder político y la vida. Foucault (1999) dice por ello:

“con la época clásica, es decir, siglo XVII-XVIII, el viejo derecho de vida y muerte característico del poder soberano se transforma a principios del siglo XIX en una tecnología de poder disciplinario, articulado en las disciplinas y en el control biológico sobre las poblaciones: se trata, ahora, de un «poder sobre la vida» (p. 190).

Y también Foucault (1998):

“el establecimiento, durante la edad clásica, de esa gran tecnología de doble faz anatómica y biológica, individualizante y especificante, vuelta hacia las relaciones del cuerpo y atenta a los procesos de la vida que caracteriza un poder cuya más alta función no es ya matar, sino invadir la vida enteramente” (p. 169)

Por eso se puede concluir que esta práctica operada confluyó a un control de los procesos biológicos. Esto quiere decir que la vida pasa a ser un elemento indispensable para la instalación del capitalismo en el siglo XIX, cosificando al cuerpo humano como herramienta para el sistema productivo y a la población en los procesos económicos, como un implacable consumidor. Muhle (2009) por eso afirma que la fundamental positividad de la relación entre el poder y la vida, así como la comprensión de la vida como correlato de las constelaciones de poder y saber darán lugar, a lo largo de los análisis de la biopolítica por parte de Foucault, a una ampliación de la comprensión de este mismo poder. (p. 149)

De esta manera, el constante cambio que se opera en las sociedades modernas tanto en países industrializados de primer mundo como subdesarrollados y tercermundistas a fin de operativizar y mantener viva la llama del progreso y desarrollo capitalista sin límite alguno, se ha visto reflejado en el protagonismo que han ostentado los movimientos sociales de resistencia en los últimos cuarenta años en todo territorio en dónde se ha criticado dicha noción lineal y vertical de progreso. Es debido a ese motivo que surgió la necesidad de incorporar reforzamientos a la estructura de dominación de los cuerpos sociales campesinos, universitarios, poblaciones indígenas o naturales, trabajadores, pobladores, amas de casa, comunidad LGTBI, migrantes, etc. Es así como se ingresó en un período dominado y controlado por “micropoderes”, donde el poder no está concentrado ni proviene de un sólo organismo que maniobra e impone las políticas sociales a todos los sectores dominados, sino que se encuentra diseminado en poderes insertos en la cotidianeidad pública y a través de los cuales se ejerce el control en cada una de las parcelas sociales ut supra.

En respuesta a estos cuestionamientos abiertos y que muchas veces toman aspectos cualitativos de revueltas callejeras con choques frontales con los mecanismos de control social cómo lo es la policía o los mismos dirigentes que tratan de operativizar y recuperar la movilización social, el sistema capitalista integrado y unitario ha diseñado una serie de instituciones a través de las cuales se adoctrina y educa a los individuos a lo largo de su vida para que no exista cuestionamiento alguno al orden social existente: la escuela, el hospital,

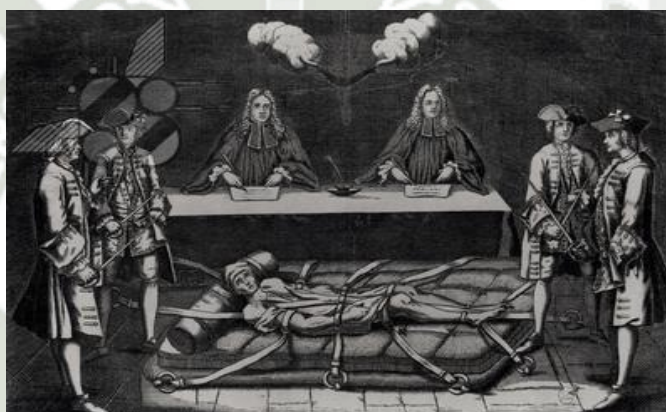
el manicomio, la policía y la prisión, constituyéndose de esa manera una “sociedad disciplinaria”.

Por eso, Foucault (1996) afirma que nos encontramos ante “una forma de poder, ante un tipo de sociedad que denomina sociedad disciplinaria en oposición a las sociedades propiamente penales que conocimos con anterioridad. Es la edad del control social. Se produce una conjunción entre lo biológico y lo político” (p. 98)

### 1.1.2. Antecedentes

Es menester señalar un hecho que gesto el pensamiento de Foucault, para la cual se ilustrará la siguiente imagen:

*Gráfica 02: Robert Francois Damiens ante los jueces.*



Ahora bien, quien es Robert Francois Damiens, este fue el autor de un intento de asesinato al Rey Luis XV de Francia cuyas características físicas eran (baja estatura, moreno, nariz aguileña, corpulento, con marcas de la viruela en el rostro), su mayor tiempo lo dedicaba a estar en el Palacio de Justicia de Francia, interponiendo a los magistrados momento en el que Paris estaba pasando por conflictos entre el Parlamento y el rey, considerando que el rey debía ser ultimado.

*Gráfica 03: Robert Francois Damiens*



Las distintas historias conceptuales como orígenes de la noción de biopolítica con las que se cuenta actualmente ponen en evidencia que si bien Michel Foucault no acuñó el concepto de biopolítica este ha renovado completamente su significado.

Esposito (2006) indica que fue el sueco Rudolph Kjellen el primero en emplear el término a principios del siglo XX para dar cuenta del Estado como una forma viviente inaugurando así una concepción organicista de la política.

De otro lado, López (2014) refiere como primer antecedente el uso por parte de Auguste Comte del término “biocracia” en el sentido de gobierno de los vivientes en su texto de 1851 titulado *Système de politique positive ou traité de sociologie instituant la Religion de l’Humanité*. (p. 112) De igual manera, la misma autora indica que Aaron Starobinski dijo que la biopolítica constituía una tentativa de explicar la historia de la civilización tomando como base las leyes de la vida biológica. De otro lado, Edgar Morin la empleó para referirse a las condiciones de supervivencia dados los desequilibrios económicos producidos por el capitalismo.

Finalmente, todos aquellos colaboradores de la revista *Cahiers de la biopolitique* criticaron la formulación “biopolítica” por reflejar el fracaso del intento del socialismo occidental para ofrecer una alternativa válida al capitalismo en la resolución de los problemas económicos que afectan las condiciones de vida de los sujetos conformantes de la civilización occidental. (p. 112).

No obstante, lo anterior, Esposito (2006) vuelve a referir que en el ámbito anglosajón empezó a presentarse un enfoque naturalista aún en vigencia del discurso biopolítico

caracterizado por una “referencia directa y persistente a la esfera de la naturaleza como parámetro privilegiado de determinación política” (p. 36)

Castro (2011) por su parte amplió el registro de esta historia conceptual al indagar la matriz de la noción remontando sus análisis a las distinciones griegas entre bíos y zoé, phoné y logos, soberanía y gobierno que, a su juicio, delimitan el espacio de significación y aplicación de la biopolítica:

“Si el contenido del concepto de biopolítica se redujese a sostener que el estudio del Estado puede o debe abordarse a partir de la analogía con los organismos vivientes y a pensar la acción política a partir de la comparación con la actividad del médico, entonces, sus orígenes se remontarían a los de la teoría política occidental” (p. 27)

Además de lo dicho, Castro hace un especial énfasis a la reconstrucción del surgimiento y desarrollo de la categoría bajo estudio en el siglo XX y aporta un dato faltante en las otras historias que todo el mundo pasó desapercibido: el tratado Fundamentos de Biopolítica publicado en Argentina en 1968 cuyo autor, Jacques Marie de Mahieu, pretendía saldar las insuficiencias del tratamiento de la cuestión de la raza desarrollando una genopolítica que explicitará las diferencias biopsíquicas existentes en una misma comunidad étnica (p. 69).

### 1.1.3. Autores

Ya señalado que fue Foucault quien conceptualizó y determinó la complejidad y radicalidad del enfoque teórico propositivo sobre la biopolítica y biopoder, no admite equiparación con los abordajes reseñados anteriormente. Sin embargo, a partir del pensador francés otros pensadores y filósofos han comentado no sólo su obra sino también su enfoque planteado. Es sobre ellos que se pasará a emitir un breve comentario.

Esposito, comentando sobre la biopolítica, habla de una oscilación insuperada entre una lectura positiva y productiva de la relación entre política y vida y otra lectura negativa y trágica (Muhle; 2009; p. 150). Dicho pensador encuentra la razón de esta oscilación en la originaria separación entre política y vida en el pensamiento de Foucault: de esta separación resulta que los dos polos van a ser conectados ulteriormente y de manera que uno siempre va a ser expuesto a la captación por el otro, ya sea la vida por el poder o el poder por la vida. De allí que, como indica Muhle (2009), en el primer caso esta captación da lugar a un “poder absoluto sobre la vida”, en el segundo caso da lugar a un “poder absoluto de la vida” (p. 150-151). De ello resulta que Esposito se distancia de la disolución del poder en la vida, al igual que rechaza la disolución de la vida en el poder, y propone una política de la vida que

engloba la paradójica dinámica entre la positividad de la vida (el poder de la vida) y la negatividad del poder (el poder sobre la vida) (Muhle; 2009; p. 151).

De otro lado, Giorgio Agamben ha sido el pensador que ha cultivado de forma más explícita el análisis biopolítico en los últimos tiempos. Agamben estudia cómo la nuda vida se ha constituido en el núcleo de la soberanía. La perspectiva biopolítica y la preocupación por el poder se unen en el análisis de los mecanismos que regulan la ley y el derecho (Ugarte Pérez; 2006; p. 78), esto es, entre técnicas biopolíticas y estrategias de poder soberano. (Muhle; 2009; p. 152), por eso Agamben lo manifiesta de forma expresa en la introducción de su libro *Homo Sacer*: “la presente investigación se refiere precisamente a ese punto oculto en que confluyen el modelo jurídico-institucional y el modelo biopolítico del poder” (Agamben; 2003; p. 15). La inclusión de lo que él llama la vida desnuda en el ámbito de lo político constituye el núcleo del poder soberano, cuya prestación originaria es la producción de un cuerpo biopolítico. En tal forma, el poder soberano produce espacios de excepción dentro de los cuales toda vida es vida desnuda, despojada de sus cualidades, que Agamben identifica con la “sustancia biopolítica absoluta” (Muhle; 2009; p. 153). De lo cual se puede inferir, en opinión de Agamben, que nos encontramos en un Estado de excepción permanente que ha convertido a todos los humanos en sacerdotes, factores de la excepcionalidad del poder y la política sobreviviente en los Estados modernos y democráticos. Presentándose dicha excepcionalidad como un núcleo duro y antidemocrático que se ve cubierto por relaciones sociales y de poder, más bien normalizadas por el imperio de la ley y el Estado de derecho, donde se anulan y cancelan las libertades individuales, se violentan los derechos humanos y se coartan los espacios democráticos. En síntesis, el poder relacional de los fuertes sobre los débiles se observa con toda su contundencia y crudeza. El poder soberano es un privilegio de los poderosos sobre una sociedad que se muestra inerme e indefensa y que nos hace reflexionar sobre el hecho crudo de que las relaciones sociales y de poder siguen siendo tan opresivas, violentas y crueles como antaño en lo que se refiere al poder desnudo y los grupos altamente vulnerables que están expuestos a los atropellos (Tejeda González; 2011; p. 90).

Por todo lo expuesto, se puede decir que la supresión de las libertades individuales y la violación de los derechos humanos se producen en toda su expresión contra todas particularidades y grupos sociales bajo la connotación organizativa moderna demarcada por el control social del capital, convirtiendo en aquellos que se oponen a la disciplinariedad y normalización de la vida en enemigos interiores del Estado. La existencia y la vida de las

personas son poco o nada valoradas, con lo que se sitúa una carga negativa que expresa la biopolítica como interés e injerencia política erga omnes, para dañar, perjudicar y dominar. Se afecta, se lastima y se lesiona a los demás en una biopolítica orientada al reforzamiento del orden, el control y el sometimiento.

## 1.2. Dimensiones del Gobierno Biopolítico

El decir que las sociedades y las comunidades humanas requieren control, porque sin él no se podría sostener y reproducir una civilización, es afirmar una verdad de Perogrullo y necesario para el gobierno de las poblaciones. De allí que, si para Foucault, cómo se ha visto, la biopolítica es una modalidad de poder que sobre determina en un momento histórico las otras modalidades de poder, dicho pensador propone una genealogía del poder que no aspira a desvelar elementos transhistóricos y estructurales o a descubrir ab origine y fundador del poder en general, sino a analizar constelaciones concretas de poder-saber cómo condiciones de posibilidad de la Constitución Política del Perú de 1993 y de la imposición de regímenes de gobierno específicos (Muhle; 2009; p. 156).

Los problemas en torno a la gubernamentalidad son fundamentales, puesto que se trata del nivel donde se decide sobre la vida y la muerte de los sujetos. De allí que para Foucault las teorías sobre el gobierno son abstracciones, como la del contrato social, que merecen ser tenidas en cuenta al encarnarse gracias a las técnicas que aplican nuevos cuerpos de funcionarios, como los médicos higienistas, los economistas, o los diferentes cuerpos de policía (sobre todo, la municipal) (Ugarte Pérez; 2006; p. 80). En tal sentido, Foucault indica que ab initio del siglo XVIII, las tecnologías de gobierno se encontraban bloqueadas o atascadas por el predominio del paradigma de la soberanía. Ahora bien, a partir del siglo XVIII se produjo un cambio del mecanismo de poder producto de la instalación de la vida en el centro de la política estatal. El objetivo ya no es sustraer la potencia de vida, sino de producirla y darle forma (Botticelli; 2015; p. 89).

En tal forma, se evidencia un cambio de enfoque transcendental en cuanto a las relaciones de poder: estas ya no son planteadas bajo los términos jurídicos de la soberanía, sino más bien, bajo el concepto de gubernamentalidad. Foucault (2006) dirá:

Por “gubernamentalidad” entiendo el conjunto constituido por las instituciones, los procedimientos, análisis y reflexiones, los cálculos y las tácticas que permiten ejercer esa forma bien específica, aunque muy compleja, de poder que tiene por blanco principal la población, por forma mayor de saber la economía política y por

instrumento técnico esencial los dispositivos de seguridad. Segundo, por «gubernamentalidad» entiendo la tendencia, la línea de fuerza que, en todo Occidente, no dejó de conducir, y desde hace mucho, hacia la preeminencia del tipo de poder que podemos llamar ‘gobierno’ sobre todos los demás: soberanía, disciplina, y que indujo, por un lado, el desarrollo de toda una serie de aparatos específicos de gobierno, y por otro el desarrollo de toda una serie de saberes. Por último, creo que habría que entender la «gubernamentalidad» como el proceso o, mejor, el resultado del proceso en virtud del cual el Estado de justicia de la Edad Media, convertido en Estado administrativo durante los siglos XV y XVI, se ‘gubernamentalizó’ poco a poco (p. 136).

En síntesis, dice Botticelli (2015) la gubernamentalidad para Foucault reside en la articulación de una variedad de planos: por un lado, las instituciones, procedimientos, análisis, reflexiones, cálculos y tácticas que permiten ejercer el poder sobre la población; por otro lado, la tendencia del gobierno sobre los demás, entendiéndose como soberanía y disciplina; y finalmente, como el proceso en virtud del cual el Estado de justicia de la Edad Media se gubernamentalizó. Es decir, se articulan las formas del saber, del poder y los procesos de subjetivación, como una variedad de planos que, en principio, no tienen entre sí una mayor preponderancia (p. 89).

Dicho lo anterior, se generó un cambio en el entendimiento del ejercicio de gobernar. Debido a esto, Foucault no contrapone soberanía a biopolítica, sino soberanía a gobierno. En el caso de la soberanía, ésta tiene un carácter circular: el bien general depende de la obediencia a la ley, y a su vez, esta ley es la encargada de fijar el contenido del bien general. Por su parte, el poder gubernamental es definido a partir de la continuidad de la sociedad: el poder gubernamental “ya no busca imponer una ley a los hombres para conseguir su obediencia, sino disponer de sus vidas en vistas de un fin diferente: los sujetos deben pasar del vivir al más que vivir, deben maximizar sus posibilidades, deben producir riquezas, entre otros” (Foucault; 2006; p. 25). Con lo dicho, el Estado ya no se define a partir del análisis de su estructura o de su funcionalidad, sino a partir de un régimen de gubernalidades múltiples, es decir, transacciones entre diversas formas de poder. Ergo, más allá de la exigencia de un corpus normativo que simbolice el poder del soberano, el gobierno debe hacerse cargo y velar por nuevas finalidades específicas sobre la vida y los recursos a su cargo como disposición, incorporando el tema de la economía dentro del ejercicio político. En este sentido, se transformó, como se dijo, la acción gubernativa: las artes de gobierno utilizan

tácticas para gobernar a los hombres y disponer de sus vidas, maximizando sus posibilidades y produciendo riquezas. Esto significó el surgimiento de nuevas formas de intervención sobre el individuo y las poblaciones, en materias de higiene, educación, cuidado de la familia, disciplina corporal, control de la sexualidad, uso del tiempo, etc.

Es así, como entra a dar forma el gobierno de lo biopolítico: estará así dispuesto para la entrada en la historia de estrategias de control y dominación basadas en la consideración de las características naturales adscritas a los individuos y los grupos sociales para el afianzamiento de la identidad (Valencia Mesa; 2017; p. 104). A contrario sensu de lo que sucedía anteriormente, los teóricos de la Razón de Estado, la forma de alcanzar un buen gobierno radica en la Doctrina de la Policía y en la consiguiente incorporación de la población como una variable independiente de la ley y de la soberanía territorial. Esta doctrina consiste en la observancia, cumplimiento y control de la potencia del Estado, a través de un método para analizar la población en términos de seres vivos, activos y productivos dentro del territorio del Estado. Este poder no se restringe exclusivamente a la institución estatal, sino que abarca un conjunto relativamente heterogéneo de técnicas de gobierno orientado específicamente a la conducción de las conductas. Para Foucault, la Razón de Estado y la Doctrina de la Policía funcionan de manera complementaria: mientras la primera expresa la racionalidad propia de la naciente estatalidad, la segunda estipula la tecnología política que resulta correlativa a esta (Botticelli; 2015; p. 95).

Virado la concepción del acto de gobernar, este arte deberá pensarse en términos administrativos, en tanto se reemplaza el modelo jurídico por uno económico. De ahí que el objeto de gobernar pasa a ser la administración de riquezas, el territorio y en mayor parte la población. Por eso, como señala Botticelli (2015) de Foucault, la perspectiva de la población, es decir, la realidad de los fenómenos propios de la población, permitirá descartar definitivamente al anterior arte de gobernar centrado en el modelo de la familia, así como repensar la noción de economía sobre algo distinto (p. 98). La población, de esa forma, aparece como el fin y el instrumento del gobierno, siendo indisociable el saber de gobierno de todos los procesos que giran en torno a la población y los grupos sociales que se conforman a partir de dicha población. Bajo esta nueva racionalidad política, el gobierno tendrá por objeto intervenir sobre la conciencia de la población, modificando sus formas de pensar, decir y actuar a través de los dispositivos de seguridad. En pocas palabras, el control, en su acepción más difundida, se refiere al control que realiza un puñado de seres humanos sobre millones, con objetivos y fines que están lejos de ser loables. Cuando discutimos el

control nos adentramos en los terrenos espinosos de quién ejerce el poder y para qué, quiénes controlan a quién y cómo, y lo que resulta muy importante para el debate de la biopolítica: qué tipo de poder y cómo los controles sobre los individuos afectan y alteran la vida que llevan (Tejeda González; 2011; p. 91).

De esta forma, un gobierno Biopolítico no centrará su atención sobre el cuerpo, con el castigo visceral, sino por sobre la vida del cuerpo social, reduciéndola a su biológico estado primario. Gracias a esta reducción, el Estado es capaz de ejecutar la regularización sobre elementos que, en antaño, se mantenían ocultos como la natalidad y las interacciones íntimas, esto con el fin de ejercer control sobre la vida colectiva a largo plazo. (Benente, 2019, p.203)

Antes de finalizar éste acápite es necesario señalar que esta nueva gestión de gobierno centrada en la economía y en la población, no supuso la desaparición de la soberanía y del poder. Al contrario, el fenómeno de gubernamentalización del Estado consistió en una conjunción de una triada compuesta por: soberanía, disciplina y gestión de gobierno. Los controles de la población, de la sexualidad y del cuerpo humano, de la etnia, de las preferencias, opiniones, sentimientos, afectos, posturas políticas e ideológicas, son variaciones de un mismo tema. Las élites globales y nacionales, tanto económicas como políticas y militares buscan un control mayor, mejor dicho, dominación sobre la actividad humana, como si no les bastara con los mecanismos de seguridad interna y nacional que ya existen y que, por sí misma, sofocan la existencia de las personas. En suma, la discusión y controversia sigue siendo quién controla a quién, cómo lo hace y para qué se instauran el control social y político en el gobierno de los hombres.

## **2. La Sanción Jurídica**

Lumia (1982) dijo que un orden social cualquiera se define fundamentalmente por las diversas formas de conducta, usos y costumbres (con respectivos valores y principios, es decir, cosmovisión), con los que los individuos y grupos establecen sus relaciones sociales. En la medida de su importancia, y de las consecuencias que producen en el juego social, esas conductas se respaldan en las instituciones y autoridades oficiales, que las aprueban o desaprueban, conforme su coherencia con los principios y valores predominantes o instituidos en el medio social. En realidad, el poder instituido crea o simplemente sanciona, aprobando o desaprobando, los modelos o prácticas coherentes con sus paradigmas y visión de mundo (p. 13).

Conforme lo señalado ut supra, por sanción se puede comprender cómo la reacción de aprobación (sanción positiva) o reprobación (sanción negativa) de una autoridad, de un subgrupo o de toda la sociedad hacia una conducta determinada o realizada, que puede ser organizada o difusa en el ordenamiento jurídico. Las sanciones organizadas son las expresiones de aprobación o reprobación que están bajo control de los subgrupos oficiales y se realizan de acuerdo con las tradiciones y procedimientos formales; las difusas son las que promueven los individuos o subgrupos antioficiales y oscilantes. En una sociedad, las sanciones de reprobación, las que se refieren a lo que no se debe hacer, suelen ser más organizadas y definidas que las de aprobación, y suelen estar explícitas en el orden social y jurídico. Así, las obligaciones, es decir, las reglas de conducta imperativas no observadas implican una reprobación (sanción negativa) y, por el contrario, cuando observadas, bien como la práctica de conductas facultativas, implican una aprobación (sanción positiva).

En la estructura del Derecho, la sanción tiene el fin especial de regulación de las conductas de los individuos y grupos en la sociedad, conforme a los preceptos (reglas, usos y costumbres) que se establecen según la jerarquía de valores y principios vigentes en el orden social. Se trata de seguir el modelo de comportamiento que se crea en el plano de la logosfera (conceptos, creencias y sentimientos sobre lo justo que se establecen en el medio social y entre los operadores del Derecho), y que, por medio de los cánones jurídicos, se adopta como ideal en el orden de los factores sociales. Para transportarlo a un plano de la realidad, es decir, para convertirlo efectivo en el plano de los hechos, se necesita un elemento inductor: la sanción. Desde la perspectiva jurídica, la sanción produce, como efecto inmediato, el deseo de aprobación de la conducta o de evitar eventual castigo al sujeto por su conducta en la sociedad; es decir, la sanción busca obtener las recompensas y evitar las penalidades con las que la sociedad premia o castiga a sus miembros por sus actuaciones; en segundo lugar, y conforme al juicio de valor sobre las normas vigentes y sobre las consecuencias que una determinada conducta puede acarrear, amolda la conducta del sujeto de acuerdo con las reglas que prevalecen en la sociedad a la que pertenece (Lastra Lastra; 1998; p. 404).

Según la jerarquía de valores establecida en el orden social y los principios que la justifican, la territorialidad, la temporalidad, y otros factores antropológicos o culturales, las sanciones se expresan en diferentes grados de intensidad, sea en la franja positiva o sea en la negativa, conforme a los sectores o subsistemas sociales en los que se encuentran (Lastra Lastra; 1998; p. 403). Así, a una conducta dada se le puede aplicar una sanción en el más alto grado en un determinado sector social que en otro, o en un mismo sector en determinadas circunstancias

diferentes. Incluso, en determinada circunstancia, una misma conducta puede tener una sanción positiva y en otra una sanción negativa.

Esto puede pasar, por ejemplo, con relación a un golpe que un boxeador aplica a su contrincante en una lucha válida por el título de campeón, por lo que tendrá una sanción positiva que culmina con la entrega del título. Por otro lado, la misma conducta, si es practicada en otro contexto, podrá valerle una sanción negativa, con el correspondiente castigo. En determinadas circunstancias podrá valerle una sanción criminal.

En resumen, se puede decir, tal cual cómo lo apunta Lastra Lastra (1998), estar jurídicamente obligado a determinado comportamiento significa que la conducta contraria es antijurídica y como tal representa “la condición de una sanción establecida por la norma”. Es sujeto del deber el responsable de la sanción estipulada. La existencia de un deber jurídico es la validez de una norma de derecho que hace depender una sanción de la conducta contraria a aquélla que forma el deber jurídico. Éste es, simplemente, la norma que enlaza la sanción, la conducta opuesta es condición de la sanción y constituye el contenido del deber jurídico (p. 405). Lo anterior, se encuentra inserto en lo ya dicho por Bascuñán Valdés (1960) quién con total claridad sentenciaba que en los circuitos normativos intervienen: el hecho condicionante, los sujetos, el objeto y la sanción entre los cuales existe el enlace de una relación que se transmuta en jurídica (deber ser) y, en ocasiones, en vínculo de derecho.

### **2.1. Mecanismos de Control Social**

El Control Social, término tomado de la Sociología por el Derecho Penal y colocado como parte de alguna de sus instituciones, indica que una persona en su acción está de hecho condicionada y limitada por los grupos, por las instituciones y por la sociedad entera de la que es miembro. Es a partir de éstas razones con las cuales se permite fundamentar el hallazgo de mecanismos de control tanto en las sociedades primitivas como en las complejas ciudades cosmopolitas en pleno apogeo postmoderno, materializándose en la primera de estas mediante los controles informales, mientras que en las siguientes se produce una combinación entre estos y aquellos que tienen en sus manos la tarea de concretar la disciplina social o mecanismos formales (Bustos Ramírez;1994; p. 32).

*Ad hoc*, la extensión del campo de acción del denominado control social es sumamente amplia, impulsando casi *ab origine* una división entre sus corrientes o tendencias para el empleo tanto del vocablo como de su futura aplicación. De allí que deba hablarse entonces del control social como control de la desviación o como conjunto de procesos de influencia

y de presión, siendo de interés el primero de estos caminos al considerarse el delito una manifestación de la conducta desviada, pasando también a formar parte dicho fenómeno del objeto de análisis de las teorías sobre el proceso social, donde se entrelazan las consideraciones del crimen como fruto de un aprendizaje social, el entendimiento de que todo individuo puede actuar criminalmente si el potencial delictivo que posee no es frenado por sutiles vínculos sociales que lo conducen al orden y por último la contemplación del delito como un subproducto del control social que previamente etiqueta y selecciona de manera discriminatoria, tanto las conductas como a sus autores, ubicándolos en un estatus criminal (Bustos Ramírez; 1994; p. 43).

En mérito a lo dicho, el sistema social debe de mantener una dinámica que le permita el cumplimiento de sus fines; de ahí que se sostenga que tarea importante es evitar su disfuncionalidad. Por eso, en un sistema social se generan sistemas de control formales e informales, que tienen por objeto la adecuación de los comportamientos sociales a pautas de organización de la convivencia que cada sociedad o grupo social quiere o puede darse (Serrano-Piedracasas Fernández; 1999; p. 3).

En ese sentido, resulta importante que los elementos que componen la estructura social en su conjunto, se interrelacionen y actúen de manera ordenada, manteniendo un nivel de coherencia, en su accionar, con los patrones culturales imperantes (Quiroz Pérez; 1999; p. 34). Lo cual nos lleva a concluir que no hay duda de que toda sociedad, de forma imperativa, necesita de una disciplina que garantice la coherencia interna de sus miembros; de ahí las incesantes búsquedas de mecanismos que aseguren su conformidad con las normas y pautas de conductas.

En tal modo, volviendo a lo referido anteriormente, Baratta (1986) expresa que el control social, vinculado al sistema social imperante, puede entenderse por un lado como una estrategia de administración del orden, y por otro, como un instrumento de dominación legitimado por la base social. Como instrumento se manifiesta de un modo formal (Control Social Formal) y de un modo informal (Control Social Informal) (p. 154).

En su nivel informal, el Control Social actúa sobre la psicología de los individuos, mediante la internalización de valores y patrones de conducta. Estos últimos son transmitidos por instancias cercanas al hábitat del individuo: la familia, la escuela, la sociedad, los medios de comunicación, entre otros. A este proceso interactivo y paulatino individuo se le denomina “proceso de socialización” (Baratta; 1986; p. 179). Se ejerce de modo indirecto.

El individuo a través del desarrollo de su vida va asumiendo los valores, los límites y las orientaciones sociales del Control. La familia, la escuela y la sociedad cumplen un rol de orientadores conductuales, de instancias socializadores del individuo. En todas ellas el sujeto recibe las nociones de orden y de autoridad de disciplina y de obediencia, de castigo y de dominio. Él se asume pues en base a sus experiencias como hijo, como alumno o como empleado, que la sociedad está compuesta por personas normales y por disidentes, por fuertes y débiles. Cada instancia de control informal ha de incidir en el sujeto a fin de que él tome conciencia de su inferioridad frente al control (García-Pablos de Molina; 1996, p. 106). Por lo dicho, se puede decir que en este tipo de nivel se trata de condicionar al individuo, de disciplinarlo a través de un largo y sutil proceso que comienza en los núcleos primarios, la familia, la escuela, la profesión y la instancia laboral y culmina con la obtención de su conformismo veneración de la ley y la obediencia. Los medios más importantes de este control social son las creencias e ideologías sociales, la religión, la propaganda, la educación formal o informal.

De otro lado, en lo que respecta a su nivel formal, el Control Social ampara medios y manifestaciones distintas a los del ámbito informal. *Ad initio*, el control es más abierto, directo y coactivo. Luego, cómo es de imaginarse, su presión se ejerce a través de procedimientos y órganos públicos determinados y más concretos aquí entra a tallar la disciplina jurídica y los organismos oficiales estatales que dictan y aplican las normas jurídicas. Por último, el control social formal es imperativo y represivo, es decir quien no cumple y obedece las reglas o las quebrante, ingresa, irremediable y fatalmente al completo laberinto de la represión (Baratta; 1986; p. 186).

De tal manera, en este nivel, es el establecimiento de procedimientos públicos y la delegación en ciertas instituciones para lograrlo, siendo inherente cierto grado de formalización, cumpliendo importantes funciones, tales como: seleccionar, delimitar y estructurar las posibilidades de acción de las personas implicadas en el conflicto, orientándolas en su ser/deber social para con la ciudadanía en general. Dentro de esta instancia, se encuentran aquellos organismos que, regulados mediante una disposición legal, se encargan de regular sus funciones y objetivos, encaminados principalmente a aportar una vía para lograr el orden social que ha sido quebrantado (García-Pablos de Molina; 1996; p. 119). En este nivel se encuentra la Policía, el Ministerio Público, el Poder Judicial, el Sistema Penitenciario.

La necesidad de establecer instituciones Estatales que puedan ejercer el control social público se justifica en el propio entendimiento del sistema de justicia penal como una definición que entraña aspectos normativos, burocráticos y culturales; generando las instituciones pertinentes para aplicar y ejecutar la normativa correspondiente, denotando el rol estatal. (Morales et al., 2022, p.5)

## 2.2. Sanción Jurídico-Penal

Es de conocimiento general que el Derecho Penal es definido como el conjunto de normas jurídicas mediante las que el Estado prohíbe, amenazando con sanción, la realización de determinados comportamientos. En ese sentido, la norma jurídico-penal tiene como característica natural que es una norma jurídica con carácter de obligatoriedad. Así, García Caveró (2019) indica que en la base de toda ley penal completa entiéndase como tal aquella que contiene un delito como supuesto de hecho y una pena como consecuencia jurídica, existe una norma penal con un mensaje prescriptivo. En función de a quién se dirige la prescripción, la doctrina penal ha distinguido entre norma de conducta (dirigida a los ciudadanos) y norma de sanción (dirigida a los jueces). (p. 68)

La norma de conducta asume, por lo general, la forma de una prohibición (norma de prohibición), ya que proscribire la realización de determinadas conductas socialmente perturbadoras. La *ratio* es, por lo tanto, impedir que los destinatarios de la norma se inmiscuyan de forma especialmente grave en una esfera de organización de terceros (García Caveró; 2019; p. 69). En cambio, la norma de sanción, como norma de determinación, se dirige al juez para determinarlo a imponer al autor del delito la pena prevista en la ley. Pero el cumplimiento de esta orden requiere que el juez determine previamente, con base en la infracción de la norma de conducta que subyace al tipo penal, si el autor realizó el hecho delictivo o no (García Caveró; 2019; p. 72).

En tal forma, una norma jurídico penal que no tiene o implica una sanción dentro de la misma, se cae en una enunciación de buenos deseos (De La Barreda Solórzano; 1997, p. 79). Por ende, la sanción jurídico penal es la reacción jurídico-estatal frente a los ataques más graves a los bienes protegidos legalmente y tipificados como delitos. De ello se desprende que el control social penal es un subsistema en el sistema total del control social. Su especificidad, derivada del objeto a que se refiere solamente al delito, así como sus fines, prevención, represión y a los medios que utiliza para ello, cómo son las penas medidas de seguridad, con una rigurosa formalización de la forma de operar, en correspondencia a la

legalidad. La imposición de una sanción penal requiere que la conducta incriminada haya lesionado el bien jurídico protegido. Por el contrario, si la conducta no cuenta con esa lesividad, entonces no estará justificado sancionarla penalmente. Por lo cual, las sanciones penales se convierten en un instrumento de control más, pues debido a las gravosas consecuencias derivadas de su aplicación constituyen una respuesta especialmente problemática para los ciudadanos y la sociedad.

No obstante, *vide supra*, el Control Social Penal tiene limitaciones estructurales inherentes a su naturaleza y función. El control social penal solamente sirve desde un particular sistema normativo, que tiene partes de conductas al ciudadano imponiéndosele mandatos y prohibiciones que tienen que cumplir, pero enfocados a un fin determinado. La norma penal establece deberes jurídicos, desde luego, pero su finalidad no puede consistir en la mera creación de deberes y obligaciones. El Derecho Penal, solo puede proteger con efectividad a largo plazo los bienes jurídicos cuando las personas, convencidas de lo justo de esa protección, cooperan en esa función. Su misión más importante es la reafirmación y el aseguramiento de las normas fundamentales de la sociedad y la cultura jurídica. Esta misión solo se puede realizar reforzando los valores éticos y sociales de la acción y afianzando el reconocimiento normativo sin olvidar su base sociológica (Bustos Ramírez; 1994; p. 345).

## II. MECANISMOS DE SANCIÓN PENAL

### 3. Consideraciones Generales sobre el Derecho Penal y el Poder Punitivo

El imaginario social a través de la historia concibe al Derecho Penal como un mundo de crímenes; en esa línea esta crueldad no solo es producida por los ciudadanos parte de una sociedad sino también por los mismos sistemas penales y de ello teneos evidencia arcaica “mujeres quemadas vivas, niños robados de sus cunas y de sus familias, mujeres violadas en campos de tortura, fusilados por la espala en las calles, aplicación de electricidad en las vaginas, quema de personas por su orientación sexual, mutilaciones atroces, castración de toxico dependientes, castración discapacitados” Saffaroni (2006).

**Gráfica 03: mujeres acusadas de blasfemia, adulterio, brujería eran cortadas a la mitad en la edad media**



Es increíble la forma de castigo cruel y sádico aplicado a niños, mujeres, personas de color, etc., que como vemos era realizado por el sistema de poder como es el caso de las mujeres que abortaban donde utilizaban la *pera de la angustia* usado en Europa en 1600 aprox., que era un aparato como pétalos que se abren como cuando maniobras un sacacorchos que era introducido en la vagina de la mujer cuando estaba cerrado y abierto cuando estaba dentro de la vagina destruyendo todo el aparato reproductor de la mujer.

**Gráfica 01: Pera de la Angustia utilizado como castigo en mujeres que se producían el aborto**



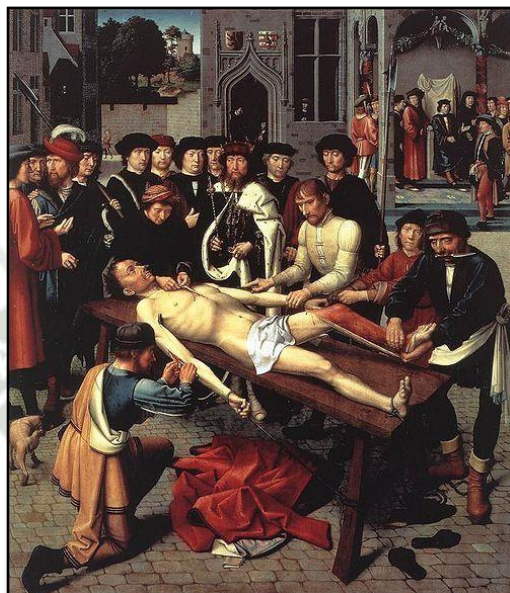
Por otro lado, también tenemos a la *brida de scold* utilizado en Escocia en 1567 que era un bozal que se utilizaba en toda la boca impidiendo el movimiento de la lengua utilizado en personas que hacían escándalo en la calle o personas que eran groseras,

**Gráfica 02. Brida de Scold utilizado como castigo en personas que hacían escándalo en las calles**



Tenemos también el caso de Sisamnes quien fue un juez real, corrupto, de la época del reinado de Cambises II de Persia, dictó una sentencia a un inocente supuestamente prevaricador en consideración haber recibido un soborno ordenando que se le despellejara vivo; usando su piel como tapiz del asiento en la silla donde había presidido los juicios.

*Gráfica 03.El despellejamiento de Sisamnes*



En esa línea debemos de resaltar que el reconocimiento de los derechos humanos y dignidad de las personas es producto de la lucha contra el poder por ese desprecio al derecho penal, el mismo que se ha ido legitimando, empero su función debería ser reducirlo, como se ha visto unas cuantas formas de castigo utilizado por el poder sin embargo existe una extensa desgarradora lista.

Dentro de ese orden de ideas también tenemos los modelos de coerción jurídica restitutiva (aplicable al derecho privado) y coerción directa administrativa (aplicable al derecho administrativo); empero en cuanto al modelo punitivo penal este tiene la característica de ser abstracto donde no hay dos partes como en los modelos citados *ex ante* solo está el Estado que subroga a la víctima ergo, es un acto de poder vertical donde no se soluciona un conflicto, sino que se suspende el conflicto, reparando este extremo por ejemplo cuando a una persona comete un delito (robo) desde luego la consecuencia es la imposición de una pena con la supuesta finalidad de resocializarlo, sin embargo, esta aplicación tiene un mensaje implícito conocido también como efecto disuasivo es decir generar miedo en los demás para que no roben y al que lo haga le espera la cárcel hoy por hoy y antes les esperaba los medios de tortura crueles vide ut supra.

#### 4. Consideraciones Generales sobre la Sanción Penal

Debe partirse señalando que para hablar sobre la Sanción Penal debe referirse obligatoriamente a la Teoría de la Pena. En tal sentido, como sostiene Mir Puig (2003) si la principal consecuencia jurídica establecida en las leyes penales es la pena, resulta lógico que la función del Derecho Penal esté directamente vinculada con la función atribuida a esta consecuencia jurídica (p. 61). Por eso, una definición material del Derecho Penal dependerá de la respuesta que se le dispense a la pregunta de qué es lo que legitima imposición de un mal bajo el título de pena. Por eso, como afirma Zaffaroni (2006): “resulta que la delimitación del campo del Derecho Penal respecto del resto del derecho está siempre referido al concepto de pena. Si no precisamos este concepto no podremos delimitar el universo del Derecho Penal como saber jurídico” (p. 33).

De otro lado, debe considerarse lo que refiere Meini (2013) en relación a que la función de la pena estatal habrá de sintonizar con la función de la norma de conducta, y sobre todo, con el fin último del derecho penal, lo que implica, proteger la libertad de actuación de las personas como presupuesto para el libre desarrollo de la personalidad de todos por igual (p. 142). En la legitimación de la pena debe discutirse únicamente si, cómo y en qué medida la pena puede repercutir favorablemente en el aseguramiento de la libertad jurídica y en el funcionamiento del propio sistema jurídico.

De igual forma, se debe recalcar la vinculación entre la búsqueda de la sanción penal y la afectación de garantías individuales esenciales; el ejercicio del *ius puniendi* necesita restringir derechos fundamentales como la libertad de tránsito o el derecho de propiedad. El sacrificio de estos derechos fundamentales es vital para lograr la operatividad en el sistema de justicia, así como la sustancialidad y la valoración del ciudadano. (Nuñez y Correa, 2017, p.196)

#### 5. Origen Histórico

Con la ilustración comienza el esfuerzo intelectual de racionalizar la imposición de la pena. Los primeros planteamientos iusnaturalistas mezclaron la lógica de la retribución por el delito cometido con la consecuencia de un efecto positivo en el futuro. No obstante, a lo largo del siglo XVII se hizo preponderante la noción de que la pena debía retraer a los sujetos de cometer delitos en el futuro. Beccaria destaca como representante de dicha postura. A esta comprensión utilitarista se le opuso el surgimiento de los planteamientos filosóficos del siglo XVIII que se asentaron en un racionalismo idealista y que, por lo tanto, dejaron de lado la importancia de los efectos futuros de prevención en la fundamentación de la pena. Con el

liberalismo del siglo XIX volvieron a tomar peso los planteamientos preventivos que le atribuyeron a la pena la función de coaccionar psicológicamente a los ciudadanos para evitar la lesión de los derechos subjetivos de otro (García Caveró; 2019; p. 76).

El discurrir histórico entre planteamientos idealistas y los que defienden una justificación utilitarista de la pena explica que las exposiciones doctrinales sobre la teoría de la pena se estructuren sobre la base de la oposición de estos planteamientos. Así, se distingue entre las llamadas teorías absolutas de la pena y las llamadas teorías relativas de la pena. Las primeras ven a la pena como una finalidad en sí misma, mientras que las segundas la vinculan siempre a la satisfacción de una necesidad social. Si bien esta clasificación constituye una simplificación esquemática de posturas que, en la práctica, se muestran mucho más complejas y menos unilaterales, no puede negarse su utilidad pedagógica en la exposición de las ideas.

#### **6. Teorías Absolutas de la Pena**

Zaffaroni (2006) indica que desde que las sistematizó Antón Bauer en 1830 hasta la actualidad, las teorías positivas de la pena son más o menos las mismas, y tienen como sustento principal en que todas ellas postulan que las penas cumplen una función de defensa de la sociedad, esto es, la misión trascendental de realizar el ideal de la justicia (p. 37). De ello se desprende que, para estas teorías, la justificación de la pena se encontraría completamente al margen de criterios de utilidad social.

No extraña entonces que las ideas filosóficas que subyacen a estas teorías conciban al hombre como sujeto capaz de autodeterminarse a sí mismo, y al Estado como custodio y guardián de la justicia terrestre y de la moral, cuya tarea se limita a la protección de la libertad individual. Esto explica que las teorías absolutas de la pena hayan sido defendidas no solo con argumentos jurídicos, sino también desde postulados religiosos y éticos. A lo largo de la evolución histórica de las teorías de la pena, las teorías absolutas han sido edificadas sobre la base de la expiación o de la retribución (Meini; 2013; p.145).

Dado que esta justificación de la pena se mueve en un plano supra-empírico, ha sido fundamentalmente en el campo de la filosofía, en donde sus defensores han encontrado la base teórica para explicar lo que constituye la retribución de la pena. Al respecto es posible distinguir entre un planteamiento subjetivista y otro objetivista (García Caveró; 2019; p. 77). En su versión subjetivo-idealista, Kant sostiene que la ley penal que ordena el castigo del delito es un imperativo categórico que la razón del sujeto individual impone sin atender a

consideraciones de corte utilitarista. El carácter ideal de esta concepción sobre el fin de la pena se pone de manifiesto en el extendido ejemplo de la isla propuesto por el Profesor de Königsberg, en el que llega a afirmar que si la sociedad de una isla decidiera disolverse, se tendría que ejecutar hasta el último asesino que se encontrara en prisión. Con este ejemplo Kant pone en evidencia que la pena es una exigencia ética que tiene que imponerse al culpable del delito por imperativos de la razón, aunque su ejecución sea innecesaria desde el punto de vista de la convivencia social (García Caveró; 2019; p. 77). De ahí que la ley del Talió (= *ius talionis*) sea para Kant la única capaz de establecer de manera justa la cualidad y cantidad de castigo que merece el sujeto infractor: la pena ha de ser proporcional a la ofensa causada (Meini; 2013; p. 146).

De forma concreta, se persigue un fin retributivo donde la razón en la imposición de la penalidad es reparar la culpa frente a una conducta reprochable por el Estado. El postulado central es justificar la pena en el hecho a retribuir por la tipificación normativa que así lo exige, por lo que queda descartado cualquier fin socialmente útil. (David y Bonato, 2018, p.1162)

En su versión objetivo-idealista, la teoría de la retribución de Hegel entiende que el Derecho, como objetividad de la voluntad, debe ser restablecido ante la negación del delito que expresa la voluntad subjetiva del autor. Si bien esta voluntad del autor, en tanto irracional, no podría perturbar la objetividad del Derecho, la única forma de tratar al delincuente como un ser racional sería dándole a su voluntad una pretensión de validez general. Es, en este contexto, en el que cabe comprender la extendida afirmación de Hegel de que la pena honra al delincuente como un sujeto racional. La imposición de la pena, al negar la voluntad subjetiva del delincuente, reafirma la racionalidad general del Derecho (García Caveró; 2019; p. 77). No se trata, por tanto, de un restablecimiento empírico, sino de un restablecimiento de la racionalidad del Derecho. Buscar el fin de la pena en el efecto motivador que despliega sobre el individuo, sería tratarlo como a un perro al que se le levanta un palo para amenazarlo. En suma, para Hegel en el ordenamiento jurídico se plasma la voluntad general de las personas, que no puede ser desconocida por la voluntad individual del infractor. Cuando este delinque, cuestiona la vigencia del ordenamiento jurídico y pone en duda la voluntad general de las personas. Este conflicto es resuelto con la imposición de la pena que, como reivindicación del orden jurídico, niega el delito: la pena niega la negación del orden jurídico. El fin de la pena sería el restablecimiento del orden jurídico (Meini; 2013; p. 147).

Desde los años sesenta del siglo pasado, la doctrina penal optó de manera uniforme por rechazar concepciones absolutas de la pena, lo que, si bien se ha ido luego matizando, sigue siendo la posición mayoritaria. No obstante, debe quedar claro que la razón fundamental de este rechazo no radica en el cuestionamiento que se le pudiera hacer a la filosofía de corte idealista que subyace en los primeros planteamientos retribucionistas. Su falta de acogida se encuentra, más bien, en la opinión general de que la existencia del Derecho penal depende de la existencia de la sociedad, de manera tal que resulta imposible imaginar un Derecho penal desligado de su utilidad social (García Caveró; 2019; p. 78).

Zaffaroni (2006), sostiene que los representantes de dicha teoría no ostentan ningún dato empírico que las pueda neutralizar, porque se basan en deducciones apriorísticas: Si se afirma que el Estado es el garante externo del imperativo categórico, que se materializa mediante la pena talional, ésta será necesaria para el Estado social, porque de lo contrario se vuelve al Estado de naturaleza precontractual (Kant); si la pena no niega el delito no podrá reafirmar el derecho, con lo cual el Estado desaparece y se vuelve al Estado de naturaleza (Hegel) (p. 37). Por eso, se puede decir que las llamadas teorías absolutas son deductivas, las cuáles no constituyen ninguna justificación de la pena en sí misma, sino siempre al servicio de otra cosa, que es la defensa social, aunque se la llame de otra manera; el sentido de la pena radica en la retribución, en la imposición de un mal por el mal cometido. En esto se agota y termina la función de la pena (Muñoz Conde & García Arán; 2010, p. 47).

A forma de síntesis, la teoría clásica o aspira a fines extrapenales como la corrección o restauración del delincuente. Esta teoría supone que los mecanismos de sanción no buscan algún fin social más allá de aplicar justicia sobre el culpable; visualizando la majestad del derecho despredida de objetivos. (Farfán, 2021, p.232)

## **7. Teorías Relativas de la Pena**

Las teorías más difundidas son las que desde 1830 se llaman relativas, o sea, las que asignan a la pena funciones prácticas y verificables. Existen dos grandes grupos de teorías legitimantes llamadas relativas: (a) las que sostienen que las penas actúan sobre los que no han delinquido son las llamadas teorías de la prevención general y se subdividen en negativas (disuasorias, provocan miedo) y positivas (reforzadoras, generan confianza); y (b) las que afirman que actúa sobre los que han delinquido, llamadas teorías de la prevención especial y que se subdividen en negativas (neutralizantes) y positivas (ideologías re: reproducen un valor positivo en la persona) (Zaffaroni; 2006, p. 38).

Así, complementando a lo anterior, García Caveró (2019) apunta que éstas teorías entienden que la pena solamente podría encontrar justificación si resulta socialmente útil. Cuál sería esa utilidad social que la legitima, constituye motivo de discusión en los estudios doctrinales (p. 80). Empero, en los últimos tiempos han ido adquiriendo un protagonismo cada vez mayor los planteamientos que sostienen que la utilidad social de la pena radica en la reparación o restablecimiento del orden social quebrantado por el delito. En suma, cómo acertadamente señala Muñoz Conde & García Arán (2010) “atienden al fin que se persigue con la pena” (p. 48).

Esta teoría aparece con el auge de los valores garantistas y liberales; los cuales buscaban un nuevo acercamiento hacia el delincuente y la víctima. En base a este postulado, se pudo cimentar una relación plurilateral que vincula al autor, víctima y sociedad en un plano vertical donde, la imposición de una pena o sanción busca lograr la pacificación social. (Beltrán, 2019, p.148)

Se dividen en teorías de la prevención especial y teorías de la prevención general. Por regla general, el fin con el cual justifican la pena es la prevención del delito, y dependiendo de a quiénes se dirige se distingue entre prevención especial, si se pretende evitar que el condenado vuelva a delinquir en el futuro, y prevención general, si se busca prevenir que terceros no delincan (Meini; 2013; p. 148).

Las teorías de la prevención general ven el fin de la pena en la intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión de delitos. Su principal representante fue el penalista alemán de principios de siglo XIX, Feuerbach, que consideraba la pena como una «coacción psicológica» que se ejercía en todos los ciudadanos para que omitieran la comisión de delitos (Muñoz Conde & García Arán; 2010; p. 48). La teoría de la prevención general sostiene que el sistema penal apunta a motivar a todos los ciudadanos a que no cometan delitos. Bajo esta perspectiva, la pena no se impone para retribuir el delito cometido, sino que lo que busca es influir en la comunidad para evitar su futura comisión (García Caveró; 2019; p. 81). En atención a la forma como la pena incide en el proceso de motivación de los ciudadanos se puede diferenciar las dos variantes que se reconocen al interior de este planteamiento: La prevención general negativa, por un lado, y la prevención general positiva, por el otro. La teoría de la prevención general negativa se caracteriza por concebir a la pena como un mecanismo de intimidación de los ciudadanos para motivarlos a no lesionar los bienes jurídicos penalmente protegidos. Este proceso de motivación puede

verificarse en dos momentos distintos. Por un lado, la motivación de los ciudadanos puede tener lugar a nivel de la ley penal que prevé la imposición de una pena por la realización de la conducta prohibida. Por otro lado, puede ser también que con el cumplimiento efectivo de la pena concretamente impuesta se produzca sobre los ciudadanos la disuasión que se quiere alcanzar (García Caveró; 2019; p. 81). De esta manera, se echa así mano de un razonamiento aceptado ya en otras disciplinas científicas, a través del cual la persona suele relacionar los estímulos que recibe con la valoración de los actos que realiza: el premio es la consecuencia de las acciones valoradas positivamente y el castigo lo es de las indeseadas (Meini; 2013, p. 151). En paralelo, la prevención general positiva postula la prevención de delitos mediante la afirmación del derecho. No es la intimidación a través de la amenaza penal la forma de conseguir que los ciudadanos no lesionen los bienes jurídicos protegidos, sino el fortalecimiento que produce la pena en la convicción de la población sobre la intangibilidad de dichos bienes (García Caveró; 2019; p. 84). A partir de este postulado se diferencian dos grandes corrientes de la prevención general positiva. En primer lugar, la prevención integradora, para la cual la pena reafirma la conciencia social de validez de la norma vulnerada con el delito. Con ello se generaría confianza en la sociedad sobre el funcionamiento del derecho, ya que, después de todo, se ha impuesto una pena por el delito perpetrado y eso significa que el Estado ha reaccionado frente al delito (Meini; 2013, p. 152). Se desprende de lo anterior que la pena, aquí, integra a la sociedad, en el sentido que propicia la confianza de la colectividad. Como segundo aspecto, la prevención estabilizadora, que proclama que la pena restablece la vigencia de la norma penal que ha sido cuestionada con el delito facilita el respeto hacia el derecho, asumiendo que la legitimación de la pena se desprende de la relación entre esta y la norma de conducta (Meini; 2013, p. 153). En síntesis, desde el punto de vista de la prevención general positiva, la tarea del Derecho penal consistiría en proteger los bienes jurídicos a través del mantenimiento de los valores ético-sociales elementales de la acción, confirmando la pena al Derecho como orden ético.

Frente a la teoría de la prevención general negativa, Zaffaroni (2006) comenta que la misma parte de una idea del ser humano como ente racional, que siempre hace un cálculo de costos y beneficios, o sea, que la antropología básica es la misma de la lógica de mercado (así como alguien hace un cálculo antes de hacer una operación comercial, se supone que consultaría el Código Penal del Perú de 1991 antes de matar a su cónyuge, para saber cuánto le costará) (p. 40) Asimismo, desde la realidad social puede observarse que la criminalización ejemplarizante al menos

respecto del grueso de la delincuencia criminalizada (delitos con finalidad lucrativa), siempre recaería sobre algunas personas vulnerables y respecto de los delitos que éstas suelen cometer. Por lo que una criminalización que selecciona las obras toscas no ejemplariza disuadiendo del delito, sino de la torpeza en su ejecución, pues si no hay cambio de las constantes sociales dominantes, impulsa el perfeccionamiento criminal al establecer un mayor nivel de elaboración delictiva como regla de supervivencia para quien delinque. No tiene efecto disuasivo sino estimulante de mayor elaboración delictiva. Respecto de otras formas más graves de criminalidad, el efecto de disuasión parece ser aún menos sensible; al contrario, las únicas experiencias de efecto disuasivo del poder punitivo que se pueden verificar son los Estados de terror, con penas crueles e indiscriminadas, que conllevan tal concentración del poder que los operadores de las agencias pasan a detentar el monopolio del delito impune, aniquilan todos los espacios de libertad social y suprimen o neutralizan a las agencias judiciales (p. 41).

En paralelo, frente a la teoría de la prevención general positiva, Zaffaroni (2006) indica que la misma constituye un fuerte sinceramiento acerca de la función de la pena y por eso es la única posición que demuestra no ignorar completamente la realidad social: la pena no sirve pero debe hacerse creer que sí lo hace para bien de la sociedad. Desde lo teórico la criminalización sería un símbolo que se usa para sostener la confianza en el sistema, de modo que también mediatiza (cosifica) a una persona, utilizando su dolor como símbolo, porque debe priorizar el sistema a la persona, tanto del autor como de la víctima, su lógica se inserta en apuntar que cuando un sistema se halle muy desequilibrado por sus defectos, por la injusticia distributiva, por las carencias de la población, por la selectividad del poder, por la violencia social, etc., será necesario un enorme esfuerzo para crear confianza en él, y para ello no debiera dudar en apelar a criminalizaciones eventualmente atroces y a medios de investigación inquisitorios, con tal que proporcionen resultados ciertos en casos que, por su visibilidad, preocupan por sus posibles efectos desequilibrantes (p. 45).

Las teorías de la prevención especial ven el fin de la pena en apartar al que ya ha delinquido de la comisión de futuros delitos, bien a través de su corrección o intimidación, bien a través de su aseguramiento, apartándolo de la vida social en libertad (Muñoz Conde & García Arán; 2010, p. 48). Así, pues se coincide con lo que expresa García Caverio (2019) en relación a que ésta teoría asume, por lo tanto, una posición diametralmente opuesta a la teoría de la retribución, pues la pena no respondería al mal del delito cometido, sino a evitar que el autor cometa futuros delitos y, por ello, para alcanzar esta finalidad preventiva, la pena debe

conseguir no sólo intimidar al condenado para que no vuelva a delinquir, sino también reformarlo e incluso, de ser necesario, inocuizarlo (p. 87). Sin embargo, a fin de finalizar este aspecto, es bastante ilustrativo lo que señala Muñoz Conde & García Arán (2010) cuando apunta que las tesis preventivas, aunque sin distinguir entre preventivas generales y especiales, están ya recogidas en la famosa sentencia que se atribuye a Platón y recoge Séneca: «Ninguna persona razonable castiga por el pecado cometido, sino para que no se peque» (p. 48).

Con respecto a las teorías preventivo especiales, Zaffaroni (2006) comenta que las mismas caen en la ideología re: resocialización, reeducación, reinserción, repersonalización, reindividualización, reincorporación, etc. Estas ideologías se hallan tan deslegitimadas frente a los datos de la ciencia social, que hoy suele esgrimirse como argumento en su favor la necesidad de sostenerlas para no caer en un retribucionismo irracional, que legitime la conversión de las cárceles en campos de concentración (p. 46).

Los diferentes criterios que extrae significados preventivos de los fines de la pena dependen integralmente del enfoque penitenciario a utilizar, por ejemplo, al interno de una ideología de resocialización se adopta a la libertad vigilada como medio análogo a las penas restrictivas de libertad de corta duración, designado un simil al oficial de pruebas del derecho anglosajón. (Morales y Salinero, 2020, p.517)

Por otro lado, este discurso ideológico considera a la pena como un bien para quien la sufre, oculta su carácter penoso y llega a negarle incluso su nombre, reemplazándolo por sanciones y medidas y otros eufemismos. Si la pena es un bien para el condenado, su medida será la necesaria para realizar la ideología re que se sostenga y no requerirá de otro límite. El delito sería sólo un síntoma de inferioridad que indicaría al Estado la necesidad de aplicar el benéfico remedio social de la pena. Ergo, puesto que la intervención punitiva es un bien, no sería necesario definir muy precisamente su presupuesto (el delito), bastando una indicación orientadora general, como sucede con las prescripciones médicas. De igual modo, en el plano procesal no sería necesario un enfrentamiento de partes, dado que el tribunal asumiría una función tutelar de la persona para curar su inferioridad. La analogía legal y su correlato procesal el inquisitorio serían instituciones humanitarias que superarían los prejuicios limitadores de legalidad, acusatorio y defensa, que perderían sentido como obstáculos al bien de la pena, que cumpliría una función de defensa social al mejorar las células

imperfectas del cuerpo social, cuya salud como expresión de la de todas sus células- es lo único que en último análisis interesaría. (Zaffaroni, 2006, p. 47)

## 8. Teorías de la Unión

Los cuestionamientos hechos a las teorías absolutas y a las diversas variantes de las teorías de la prevención, han conducido, de alguna manera, a la formulación de teorías de corte ecléctico que buscan corregir las deficiencias o excesos a los que se llega con la asunción de una sola de ellas.

Las teorías de la unión justifican la pena combinando y superponiendo los fines que postulan las distintas teorías de la pena existentes, logrando así equipararlas en importancia y rescatar las bondades que cada una de ella pueda tener (Meini; 2013; p. 154).

Estas teorías unificadoras aparecen en la historia del Derecho Penal como una solución de compromiso en la lucha de Escuelas que dividió a los penalistas en dos bandos irreconciliables: los partidarios de la retribución y los partidarios de la prevención, general o especial. Pero como toda solución de compromiso desemboca en un eclecticismo que, queriendo contentar a todos, no satisface totalmente a nadie (Muñoz Conde & García Arán; 2010, p. 49). En tal forma, la idea central de esta formulación doctrinal es que las distintas teorías de la pena contienen puntos de vista aprovechables, por lo que conviene acogerlas por medio de una formulación conjunta, tal como lo dijo Muñoz Conde. Se procede así a unificar en una sola teoría las distintas legitimaciones posibles de la pena mediante una adición de; los criterios que animan a cada una de ellas.

Dentro de las diversas manifestaciones de la teoría de la unión, la doctrina se refiere a la «Teoría preventiva de la unión» cuyo principal exponente, Roxin, la concibió a partir de su teoría dialéctica de la unión que se remonta a 1966. El punto de partida ésta teoría es reconocer que ni la culpabilidad del sujeto ni la prevención por sí solas son capaces de legitimar la sanción penal, y rechazar que la retribución de la culpabilidad tenga cabida en la legitimación de la pena al no poder explicarse metafísicamente una intervención estatal como la pena (Meini; 2013; p. 155). Para estas teorías lo fundamental sigue siendo la pura retribución del delito culpablemente cometido y sólo dentro de este marco retributivo y, por vía de excepción, admiten que con el castigo se busquen fines preventivos. En tal forma, Muñoz Conde & García Arán (2010) señala que la retribución no es el único efecto de la pena, sino uno más de sus diversos caracteres que incluso no se agota en sí mismo, sino que, al demostrar la superioridad de la norma jurídica sobre la voluntad del delincuente que la

infringió, tiene un saludable efecto preventivo general en la comunidad. Se habla en este sentido de prevención general positiva que más que la intimidación general, persigue el reforzamiento de la confianza social en el Derecho (p. 49).

Al respecto de esta teoría, Zaffaroni (2006) indica que quiénes sostienen la misma tratan de mezclar presupuestos filosóficos absolutamente incompatibles, en especial antropológicos (conceptos de lo humano) que no pueden compatibilizarse puesto que es igual a querer legitimar la pena cortando páginas sueltas de Darwin, Spencer, Aristóteles, Platón, Tomás de Aquino, Kant, Hegel y algunos sociólogos, y esto cuando la legitimación todavía no ha perdido la compostura, porque a la hora de legitimar castigo la autoridad no dudó en recurrir a páginas de discursos abiertamente genocidas (p. 39). De esa forma, se obtienen pretendidas fórmulas combinadas de legitimación de la pena, sosteniéndose que sirve para prevención general, positiva y negativa, y para prevención especial, también positiva y negativa, y que también tiene carácter retributivo, o sea, que sirve para todo un objetivo de poder (práctico) que es permitir a los jueces imponer la pena que quieran con total arbitrariedad, porque cuando se usan todos los elementos legitimantes y de ellos se deduce la cantidad de pena a imponer en cada caso, siempre habrá un elemento que sirva como criterio indicador del mínimo y otro del máximo (p. 39).

## **9. Teoría de la Diferenciación**

Explica Meini (2013) que la teoría de la diferenciación de Schmidhäuser separa lo que él denomina «teoría de la pena en general» de «los momentos que se viven en el desarrollo de la pena». En el marco de «la teoría de la pena en general», diferencia el sentido de la pena, que es combatir la criminalidad, del fin de la pena, que sería mantener la criminalidad dentro de límites que permitan la convivencia social (p. 153). Continúa explicado dicho autor que en este escenario adquiere especial importancia la prevención general: la condena sirve de amenaza a la colectividad de lo que ocurre en dicho ordenamiento jurídico ante un hecho semejante (prevención general negativa), y muestra al mismo tiempo la validez de la norma (prevención general positiva). Se descarta aquí la prevención especial (resocialización), porque conllevaría a no depender de la pena cuando no existiesen probabilidades de reincidencia y extendería el tratamiento penitenciario hasta alcanzar la mejora del interno.

Por eso, de forma ilustrativa y sintetizando los momentos en que se desarrolla la pena, Schmidhäuser señala que (i) al legislador la pena le permite resaltar el valor de la sociedad y la idea de justicia; (ii) a los órganos de persecución penal (por ejemplo, Policía y Ministerio

Público) les compete esclarecer los delitos y llevar al infractor ante el juez; (iii) al juez le atribuye la obligación de juzgar con arreglo al principio de legalidad y sancionar comparando las penas previstas para otros delitos y para los delitos que el infractor haya podido cometer; (iv) a los funcionarios de ejecución penal les reconoce el deber de ayudar al interno a que aproveche el tiempo en prisión; (v) el condenado ha de procurar librarse de su culpabilidad lo que se asemeja a la expiación, y (vi) la sociedad ha de dar por purgada la pena y aceptar el regreso del sujeto (conciliación) (Meini; 2013; p. 153).

### **10. Teoría de restabilización de la pena**

La función social de la pena puede configurarse de un modo distinto a como lo hacen las teorías de la prevención y eclécticas citadas anteriormente. Jakobs le asigna a la pena la función comunicativa de restablecer la vigencia de la norma defraudada por el delito. Más que influir en la futura realización de delitos, la pena apuntaría a contradecir comunicativamente el sentido de la conducta delictiva acaecida, lo que explica que algunos autores prefieran calificar a este planteamiento, siguiendo la tradición angloamericana, como una teoría expresiva de la pena.

De allí que Jakobs no ubica la función de la pena en la motivación de las personas para evitar la lesión de bienes jurídicos, pues le queda claro que, cuando entra en escena, éstos se encuentran ya mermados. De hecho, en diversas circunstancias los bienes jurídicos resultan lesionados sin que el Derecho Penal intervenga por ello (una persona muere por su avanzada edad o un automóvil se deteriora por el paso del tiempo). Todo esto pondría en evidencia que a la pena no le asiste la función de mantener preventivamente la incolumidad de los bienes jurídicos. La función que le atañe debe encontrarse en aquello que aún puede reparar con su imposición. Dado que el delito constituye una negación comunicativa de la norma infringida que pone en tela de juicio su vigencia social, a la pena le corresponde la función de devolverle comunicativamente a la norma su vigencia social (García Caveró; 2019; pp. 91-92).

En tal forma, en el planteamiento de Jakobs se destaca especialmente la necesidad social de una vigencia segura de la norma, en tanto sólo así resulta posible orientarse en los contactos interpersonales. Si bien podría procederse cognitivamente frente a la defraudación de expectativas en la interrelación social esto es, modificando el modelo de orientación de manera que no se vuelva a cometer el mismo error (no confiar más en la norma defraudada), esta forma de resolver la disfunción haría finalmente difícil la convivencia social.

Por consiguiente, la norma debe mantenerse a pesar de la defraudación, de manera que el error no se encuentre en los que confiaron en su vigencia, sino en quien la infringió (García Caveró; 2019; p. 93).

En síntesis, indica Meini (2013) respecto al sistema Jakobsiano apunta que la pena obtiene su legitimación material de la necesidad de garantizar la vigencia social de la norma penalmente garantizada frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con dicha norma. Por eso, el volver a establecer la vigencia de la norma defraudada se lleva a cabo mediante un acto (la pena) que niega comunicativamente el sentido expresado por el delito, con lo que se pone de manifiesto que la conducta del infractor no se corresponde con las normas vigentes y que éstas siguen siendo el modelo de orientación social. Ergo, la función de la pena no tiene lugar en el plano de su incidencia en el esquema de decisión del individuo, sino en el restablecimiento normativo del sistema social. La pena debe imponerse para que la sociedad mantenga su identidad normativa (p. 155).

### **2.3. Sustento Normativo de la Sanción Penal**

La legalidad de la intervención estatal tiene en el Derecho penal una importancia capital. Dada la gravedad de las sanciones penales, éstas no pueden ser impuestas a una persona si previamente una ley en sentido estricto no ha precisado de manera clara las condiciones de su imposición. Así, es acertado lo expresado por Muñoz Conde & García Arán (2010) quienes afirman que no cabe calificar de delito a las conductas que no se encuentran definidas como tales por la ley, incluso aunque sean desvaloradas socialmente o consideradas deshonestas o inmorales (garantía criminal); del mismo modo, a las conductas delictivas no pueden aplicárseles penas distintas de las que están previstas en la ley (garantía penal). Este principio de legalidad se debe a la formulación brindada por Feuerbach quien expresó que no hay pena sin una ley previa que describa suficientemente la conducta punible y la entidad de la pena a imponer (p. 102).

Siguiendo con esta postura, sosteniendonos en el principio de legalidad, se prevee una pluralidad de sanciones, recibiendo la clasificación de penas principales y accesorias. La distinción mencionada permite al legislador realizar diferenciaciones en base a situaciones particulares, pero siempre al interno de los márgenes del principio de legalidad. (Maldonado, 2017, p.3)

A diferencia de las leyes naturales en las que la causa y el efecto están unidos por una relación de causalidad, las leyes jurídicas vinculan el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica a través de un nexo de imputación<sup>1</sup>. Teniendo en cuenta esta particularidad, se puede comprender sin mayor inconveniente que la determinación del supuesto de hecho y la atribución de la consecuencia jurídica no tiene lugar a través de un simple proceso de verificación de realidades empíricas, sino que constituye, más bien, el resultado de un proceso de valoración. La peculiaridad de la ley penal es que el supuesto de hecho está constituido por un delito y la consecuencia jurídica por una pena aplicable a los responsables de su realización (García Caveró; 2019; p. 64).

Con lo dicho, en el campo del Derecho Penal material, esto se comprueba en el establecimiento de principios limitadores del poder punitivo del Estado, lo que ha conllevado a la consagración de los derechos fundamentales como derechos que limitan desde el principio la autoridad del Estado y que operan como fuentes de obligaciones del mismo (Bacigalupo; 1999; p. 13). Siendo que la *ratio* de la legitimidad del Derecho penal o del poder punitivo del Estado proviene del modelo fijado en la Constitución Política del Perú de 1993 y de los Pactos y Tratados Internacionales, reconocidos por la Constitución Política del Perú de 1993 y que el Derecho Penal debe respetar y garantizar en su ejercicio.

En tal forma, concurriendo con Muñoz Conde & García Arán (2010), la legitimación del Derecho Penal, y por ende, de la sanción penal, tiene un doble aspecto: la legitimación extrínseca proveniente del marco o modelo establecido por la Constitución Política del Perú de 1993 y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos; y la legitimación intrínseca del propio instrumento jurídico punitivo, que estaría representada por los principios específicos que limitan la actuación o poder punitivo del Estado (p. 70).

Por ello, en nuestra Constitución Política del Perú de 1993, el principio de legalidad está reconocido en el artículo 2 inciso 24 literal d) de la Constitución Política del Perú de 1993. En esta disposición constitucional se establece que nadie podrá ser procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley. Con esta exigencia constitucional se garantiza un ejercicio imparcial de la potestad punitiva por parte del Estado, en tanto éste

---

<sup>1</sup> Kelsen (1977) afirmaba ello: “En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación

de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición” (p. 50) tiene que determinar, de manera general y antes de la realización del delito, las características del hecho prohibido y la reacción penal que cabe contra el responsable.

Lo que se persigue es evitar que la respuesta punitiva pueda estar cargada de subjetividades o de intereses políticos o estratégicos. Es una garantía que se le otorga al ciudadano en el sentido de que también el Estado tiene sus reglas de juego y de actuación delimitadas.

Es por ese motivo, cómo señala García Caveró (2019), este mandato constitucional que se ha referido materializa dos aspectos de la forma de organización política concretamente asumida por nuestra sociedad. Por un lado, es expresión propia del sistema democrático en el ámbito específico de la determinación de las conductas punibles y las penas aplicables, pues la aprobación de la ley penal por un Congreso democráticamente elegido confirma el principio constitucional que establece que la Administración de Justicia emana del pueblo. Solamente mediante una ley aprobada por el Congreso se expresa la voluntad general y se considera también los puntos de vista de las minorías. De otro lado, la exigencia de legalidad constituye también un mecanismo para proscribir el abuso del poder estatal concentrado en las mismas manos en perjuicio de los ciudadanos, puesto que así se distribuye la potestad punitiva entre el legislador que toma la decisión de criminalización y los jueces que toman la decisión de imposición de la sanción penal (p. 140).

Así entendido es justo que se afirme que la ley penal al expresar los intereses que la sociedad considera más importantes para la convivencia, destina a su protección el instrumento más grave de que dispone: la sanción penal.

La legitimación exclusivamente atribuida al legislador para elaborar la ley penal debe ejercerse con el máximo consenso posible en torno a su elaboración y promulgación puesto que, en definitiva, será la ley penal y su sanción los que se constituyan como el mejor dispositivo para el control social de la población en el encuadramiento de las conductas que se estimen tolerablemente permitidas. De allí las correctas palabras de Muñoz Conde & García Arán (2010) cuando apunta que “todo ello implica una serie de limitaciones para el Derecho penal cuyo incumplimiento supondría la lesión del principio de legalidad y con ello, la inconstitucionalidad del precepto o de la decisión punitiva en cuestión” (p. 102).

Otro aspecto de suma relevancia es el poder que recide en el Estado para obligar al cumplimiento de la pena impuesta; sobre este punto existe igualdad de criterios tanto en doctrina como en los instrumentos internacionales para la ejecución penal posterior. Deesta

forma, el poder estatal se extiende a la evaluación sobre la flexibilidad de la pena y la instancia penitenciaria. (Castro, 2022, p.527)

### **11. Instrumentos Internacionales**

El respeto de la dignidad de la persona se sustenta como principio limitante de la sanción penal. En tal forma, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros instrumentos garantistas, los cuales forman parte del derecho nacional en conformidad de la cláusula de incorporación del derecho internacional consagrado en el artículo 55 de la Constitución Política del Perú de 1993.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 concluye una etapa en la lucha por la positivización de los derechos humanos a escala mundial, consagrando la universalidad de estos derechos y la protección internacional de los mismos. La declaración universal va reconocer en su parte preambular a la dignidad humana como intrínseca del ser humano, la cual se constituye en la base de la libertad, la justicia y la paz, resaltando la importancia y relación entre Derechos Humanos y Estado de Derecho, y considerando de manera esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, es decir por un Estado democrático de Derecho. En dicha declaración se enuncian como garantías frente al punitivismo y encausamiento penal: se consagra que todo ser humano tiene derecho a la libertad y la seguridad de su persona (art.3); la proscripción de la tortura, penas y los tratos crueles, inhumanos y degradantes (art.5) ya que estas constituyen graves afectaciones a la dignidad humana; la igualdad de todos ante la ley, por lo que toda forma de discriminación es rechazada (art.7); el establecimiento que nadie puede ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado (art.9); se garantiza la presunción de inocencia y el derecho de defensa, así como el principio de legalidad (art.11).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del año 1966, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, despliega los postulados, derechos y garantías contenidas en la declaración universal como son, entre otros: la proscripción de la tortura, las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art.7); establecer garantías frente a la detención o prisión arbitraria, consagrando que nadie deberá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento

establecido en ella (art.9.1); el derecho a ser informado de las razones y motivos de su detención, y de la notificación sin demora de la acusación formulada en su contra (art.9.2); en caso de una detención, el derecho a ser puesto de manera inmediata ante el funcionario o juez competente y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, se consagra la libertad en juicio como regla y la detención preventiva como excepción (9.3); El derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, frente a una acusación formulada (art.14.1); el derecho a la presunción de inocencia mientras no se demuestre su culpabilidad conforme a ley (14.2); el principio de legalidad de los delitos y las penas (art.15).

Por su lado, en el sistema convencional interamericano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del año 1948 estableció en su parte considerativa que los derechos esenciales del hombre tienen como fundamento los atributos de la persona humana y que su protección debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución. En este dispositivo se consagra el derecho a la libertad y la seguridad personal (art.1); se establece que nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes, el derecho a ser juzgado sin dilación injustificada y a un tratamiento humano durante la privación de su libertad (art.25); y, la presunción de inocencia hasta que se prueba su culpabilidad, y el derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgado por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes, y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas (art.26).

El rol que cumple la sanción penal no puede desconocer la racionalidad, pues se perdería la calidad normativa frente la formulación de leyes. Por esta razón, es que, al interno de un margen de globalización jurídica, el legislador debe reinterpretar principios de tal envergadura como el de legalidad o el principio de reserva de ley, justificando dichas interpretaciones en las exigencias reconocidas en los instrumentos internacionales. (Alarcón, 2020, p.1024)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, establece que nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art.5.2); las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados (art.5.6); el derecho a no ser privado de la libertad sino por los motivos establecidos en la Constitución Política del Perú de 1993

(art.7.2); el derecho de presunción de inocencia (art.8.2); el principio de legalidad del delito y de las penas, así como la retroactividad benigna en materia penal (art.9)

**Tabla 01: Instrumentos Internacionales en Materia de Derechos Humanos.**

| <b>INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS</b> |                                                                                                                                                                        |
|--------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>1</b>                                                           | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.                                                                                                                   |
| <b>2</b>                                                           | Declaración Universal de los Derechos Humanos                                                                                                                          |
| <b>3</b>                                                           | Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.                                                                                         |
| <b>4</b>                                                           | Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.                                                                                                     |
| <b>5</b>                                                           | Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte.                                           |
| <b>6</b>                                                           | Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer.                                                                                 |
| <b>7</b>                                                           | Convención sobre los Derechos del Niño.                                                                                                                                |
| <b>8</b>                                                           | Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.                                                                            |
| <b>9</b>                                                           | Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros tratos o Penas Cruelles, inhumanos o Degradantes.                                                     |
| <b>10</b>                                                          | Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.                                                     |
| <b>11</b>                                                          | Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.                                     |
| <b>12</b>                                                          | Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.                                                |
| <b>13</b>                                                          | Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.                                                                                                           |
| <b>14</b>                                                          | Convención contra la tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.                                                                                 |
| <b>15</b>                                                          | Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. |
| <b>16</b>                                                          | Corte Penal Internacional.                                                                                                                                             |

En consecuencia, bajo este criterio hermenéutico desarrollado, los tratados internacionales son normas jurídicas de aplicación directa e inmediata self executing; es decir, que no son

meros derechos morales de naturaleza ética, a la cual se encuentran sometidos residualmente quienes, interpreten y apliquen los derechos fundamentales de la Constitución Política del Perú de 1993; sino, que son normas jurídicas vinculantes y de aplicación inmediata por los poderes públicos y de respeto por los poderes privados, en la medida que contengan normas más favorables a los derechos fundamentales de la persona demanda, que las contenidas en la Constitución Política del Perú de 1993 (Landa Arroyo; 2006; p. 123).

Así, la sanción penal y los criterios demarcados convencionalmente señalarán y establecerán los estándares mínimos para la configuración de la sanción penal y sus respectivas garantías de estos derechos, consagrando principios, derechos y garantías de las personas los cuales no pueden ser vulnerados por el poder punitivo del Estado.

***Tabla 02: Tratados internacionales sobre derechos humanos de los cuales el Perú es parte***

| TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS DE LOS CUALES EL PERÚ ES PARTE.                                               |                                |                                    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------|------------------------------------|
| TRATADO                                                                                                                       | ÓRGANO DE TRATADO Y/O CONVENIO | RATIFICACIÓN POR EL ESTADO PERUANO |
| Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965)                             | CERD                           | 29/SET/1971                        |
| Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (1966)                                                                  | CESCR                          | 28/ABR/1978                        |
| Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)                                                                    | CCPR                           | 28/ABR/1978                        |
| Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979)                                  | CEDAW                          | 13/SET/1982                        |
| Convención Contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes (1984)                                            | CAT                            | 07/JUL/1988                        |
| Convención sobre los Derechos del Niño (1989)                                                                                 | CRC                            | 04/SET/1990                        |
| Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares (1990) | CMW                            | 14/SET/2005                        |
| Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006)                                                         | CRPD                           | 30/ENE/2008                        |

Dentro de ese escenario cabe resaltar un tema relevante el mismo que comprende el control de convencionalidad el mismo que se gesta como creacion juridica de Sergio García Ramírez cuando desempeñaba como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos y también presidente de la misma entre el 2004 al 2007, en esa linea se tiene el caso Mack Chang contra Guatemala Myrna investigadora delas comunidades de las poblaciones en resistencia y de políticas hacia ellos por el ejército de Guatemala, en 11 de noviembre 1990 Myrna fue asesinada por agentes militares, luego de haber sido vigilada.

*“(...) la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003).*

Teniendo como antecedente este caso Sergio García Ramírez como juez de la CIDH propuso el concepto de control de convencionalidad el mismo que fue desarrollado en otros votos particulares del Juez Ramírez, finalmente adoptado por la CIDH en el año 2006 en el caso famoso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, donde Luis Alfredo Almonacid Arellano era profesor y dirigente gremial, fue ejecutado a los 42 años por carabineros el 16 de septiembre 1973, convirtiéndose en una de las víctimas de la dictadura militar en Chile.

*“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos*

*concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (...)” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006).*

En el caso de nuestro país Perú tenemos el caso de **Aguado Alfaro y otros Vs. Perú** que devienen del autogolpe de Estado en 1992 en el cual mediante Decreto Ley N° 25640 del 21 de julio 1992, se autorizó la ejecución del proceso de racionalización del personal del Congreso de la República, es así que se creó la Comisión Administradora de Patrimonio del Congreso de la República el 06 de noviembre 1992, la misma que emitió dos resoluciones por las que fueron cesados 1110 funcionarios y servidores del Congreso, entre los cuales, se encontraban las 257 víctimas.

*“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006).*

Este tema resulta importante dentro de lo inquirido en la presente tesis, como hemos advertido *ex ante* cuando se ha desarrollado la biopolítica y la sanción penal donde afirmamos que el derecho penal no solo está dentro del escenario criminal cometido por los individuos sino también por los mismos agentes que aplican el mismo llámese jueces, fiscales, policías, etc.; el tema del control de convencionalidad surge como pieza importante dentro de la jurisdicción nacional en su condición de Estado parte de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, ergo, de los tratados ratificados por el Perú en esa materia de su sujeción a la competencia de la CIDH en materia de derechos humanos sustentado en su carácter **oficioso**, ello implica que un juez nacional tiene que llevar a cabo control de convencionalidad aun si las partes no lo han invocado, es un deber objetivo

asumido por el Estado al firmar, ergo, es una obligación internacional de los que administran justicia. Asimismo, es **difuso**, es decir lo tienen que aplicar y llevar a cabo todos los jueces con independencia de la materia, ámbito geográfico, cuantía, entre otras. La pregunta es ¿Se cumple?, definitivamente nuestra realidad nacional y antecedentes internacionales lo contraponen convirtiéndonos en sujetos estereotipados a cometer delitos a veces por el simple ejercicio de sus derechos como lo es el derecho de protesta cuyas consecuencias son la criminalización y sanción.

## 12. Instrumentos Nacionales

El diseño constitucional del proceso penal tiene como marco jurídico fundamental lo establecido en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú de 1993, donde se señala que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Se deriva de dicho dispositivo, afirma Landa Arroyo (2006), la potestad de administrar justicia debe estar enmarcada dentro de los cauces constitucionales, como son la observancia de los principios, valores y derechos fundamentales que la Constitución consagra y reconoce, los cuales están delineados en el artículo 1 de la Carta política, como son “la defensa de la persona” y “el respeto de su dignidad”, los cuales se constituyen en valores fundamentales de la sociedad, del Estado y del Derecho (p. 54).

El principio de legalidad está reconocido en el artículo 2 inciso 24 literal d) de la Constitución Política del Perú de 1993. En esta disposición constitucional se establece que nadie podrá ser procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

Seguidamente encontramos que, desde el punto de vista constitucional, la interpretación que se realiza del principio de legalidad no es uniforme ante la gran magnitud de actos susceptibles de ser realizados. Sin embargo, a grandes rasgos, el principio de legalidad exige una actuación estatal concreta, dentro de márgenes objetivos de actuación fijados por las propias normas. (Orbegoso, 2020, p. 202)

El artículo 139 inciso 1 de la Constitución Política del Perú de 1993 indica que el monopolio estatal de la actividad punitiva obliga a ensayar un discurso legitimador que solo puede construirse a partir de la racionalidad de la pena.

El artículo 139 inciso 22 de la Constitución Política del Perú de 1993 señala que el fin de resocialización de la pena en una garantía del delincuente, es decir, en una posibilidad que se le ofrece de poder reinsertarse en la sociedad.

Con respecto al Código Penal del Perú de 1991, consta de un Título Preliminar (artículos I a X), en el que se establecen los principios generales que informan y orientan el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. En esta parte introductoria se hace alusión no sólo a las funciones atribuidas a las penas y las medidas de seguridad legalmente previstas, sino también a la vigencia irrenunciable de los principios jurídico-penales como el principio de legalidad, el principio de culpabilidad, el principio de lesividad o el principio de proporcionalidad.

Pero lo especialmente valioso de este reconocimiento preliminar de los principios rectores del sistema penal es que no se hace simplemente para facilitar su conocimiento o aplicación por los tribunales, sino para hacerlos de cumplimiento imperativo. El artículo IX del Título Preliminar del Código Penal del Perú de 1991 dispone que la pena cumple una función preventiva, protectora y resocializadora, lo que es interpretado en el sentido de una decisión legislativa a favor de la teoría de la unión (García Caveró; 2019; p. 91).

García Caveró (2019) describiendo el Código Penal del Perú de 1991 indica respecto a la Parte General del mismo que versan sobre disposiciones jurídicas que regulan las cuestiones comunes a todos los delitos o a una gran parte de ellos (artículos 1 al 105). Estas cuestiones generales están referidas a la aplicación de la ley penal, a los criterios de atribución del delito y a la determinación de las consecuencias jurídicas aplicables (p. 65).

Por eso, a diferencia de las disposiciones legales de la Parte Especial que tienen un delito como supuesto de hecho y una pena como consecuencia jurídica, las de la Parte General sólo pueden aplicarse si es que se las pone en referencia con las de la Parte Especial. Se trata de proposiciones jurídicas incompletas que sirven para determinar aspectos del supuesto de hecho o de la consecuencia jurídica de una disposición legal de la Parte Especial. Así también continúa el autor, el texto punitivo cuenta con disposiciones legales de la Parte Especial que establecen las figuras delictivas particulares, es decir, las formas de actuación que están penalmente sancionadas y la entidad abstracta de la sanción que le corresponde a los responsables de su realización (artículos 106 al 439). El legislador penal sistematiza los distintos tipos penales de la Parte Especial siguiendo, salvo algunas excepciones, el criterio de la titularidad del bien jurídico protegido (p. 66).

### 13. Desarrollo Jurisprudencial

Nuestro Tribunal Constitucional ha rechazado absolutamente la admisibilidad de una comprensión absoluta de la pena, señalando no sólo que carece de todo sustento científico, sino que constituye una negación absoluta del principio-derecho de la dignidad humana reconocido en la Constitución Política del Perú de 1993, además que las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática<sup>2</sup>.

Empero, como indica García Caveró (2019) el rechazo a las teorías absolutas de la pena parece ser más la asunción de una postura doctrinal aún mayoritaria que un mandato o principio previsto en la Constitución Política del Perú de 1993 (p. 80). Además de lo mencionado, el propio Tribunal Constitucional se ha decantado por seguir la tesis central de la teoría dialéctica de la unión remitiéndose a varias disposiciones constitucionales, procede a armar una teoría de la pena que unifica las diversas funciones que se le asignan<sup>3</sup>. Así, pues, en conclusión, quedó establecido “en una Norma Fundamental inspirada en el principio pro homine, la ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora, en la cual el Estado autolimita su potestad punitiva”<sup>4</sup>, corroborado por el criterio reseñado anteriormente.

De otro lado, la Corte Suprema de la República en el Recurso de Nulidad N ° 2830-2015 de 2 de febrero de 2017 establece que el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal del Perú de 1991 evidencia que se ha optado por acoger la teoría de la unión. De igual manera, en la Casación N° 167-2018 LAMBAYEQUE de fecha 16 de diciembre de 2020 señala en el fundamento octavo que conforme lo señala el artículo IX, Título Preliminar, del Código Penal del Perú de 1991, la misma tiene una función preventiva, protectora y resocializadora, cuya base se encuentra en el inciso 22, artículo 22, de la Constitución Política del Perú de 1993. Es por ello que deben ser impuestas con base en los principios de responsabilidad, proporcionalidad y racionalidad, pues el derecho a la libertad personal legítimamente puede ser restringido por una pena bien aplicada, mas no cuando, la misma sea una excesiva o errada.

<sup>2</sup> STC EXP. N ° 0019-2005-PI/TC de 21 de julio de 2005, fundamento jurídico 30 y 38.

<sup>3</sup> Op. Cit.

<sup>4</sup> Por todas, STC EXP N.º 06820-2013-PHC/TC LIMA de 28 de noviembre de 2017, fundamento jurídico 7.

#### **14. La Sanción Penal y los diversos mecanismos de control social**

A pesar de todo lo expuesto hasta este punto, se debe coincidir con Zaffaroni (2006) quién señala con justeza que si el derecho penal se ocupa de la interpretación de las leyes penales; estas leyes habilitan poder punitivo, o sea, penas; y, por ende, la diferencia entre leyes penales y no penales radica en que las primeras habilitan penas, por lo cual, de este modo, resulta que la delimitación del campo del derecho penal respecto del resto del derecho está siempre referido al concepto de pena, esto es, al poder punitivo del Estado frente a la sociedad (p. 33). Y dicha necesidad de punitivizar la condena conlleva a que el control social no sólo genera estructuras de poder, sino que se queda inmerso y sumergido en esas estructuras, o sea, que ellas no sólo nos comprimen desde afuera sino que y esto es lo más importante se meten dentro de nuestra subjetividad, nos ahogan en el sentido de que llenan nuestro equipo psicológico cotidiano y, cuando algo las conmueve, resulta que desestructura nuestro andamiaje de presupuestos con los que caminamos por el mundo (p. 62).

Así también no se puede negar lo que dice Muñoz Conde & García Arán (2010) quienes expresan que hablar del Derecho penal es hablar, de un modo u otro, de violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el Derecho penal (robo, asesinato, terrorismo, rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho penal soluciona estos casos (cárcel, internamientos psiquiátricos, suspensiones e inhabilitaciones de derechos) (p. 29). Por ello, considerando este factor, la sanción penal, tanto en los casos que sanciona, como en la forma de sancionarlos, es, pues, violencia; pero no toda la violencia es Derecho penal. La violencia es una característica de todas las instituciones sociales creadas para la defensa o protección de determinados intereses, legítimos o ilegítimos. La violencia es, por tanto, consustancial a todo sistema de control social. En consecuencia, lo que diferencia al Derecho penal de otras instituciones de control social es simplemente la formalización del control, liberándolo, dentro de lo posible, de la espontaneidad, de la sorpresa, del coyunturalismo y de la subjetividad propios de otros sistemas de control social. De allí que concluya Muñoz Conde & García Arán (2010) sentenciando: “el control social jurídico-penal es, además, un control normativo, es decir, se ejerce a través de un conjunto de normas creadas previamente al efecto” (p. 30).

Teniendo en cuenta lo anterior, no se puede negar que el Estado moderno, en tanto fuerza coercitiva y de gobierno, ordena y reordena la legalidad y el proceder de las conductas de

las personas. Con sus acciones burocráticas, administrativas y policiacas fomenta y protege intereses que no son siempre los de la colectividad ciudadana, sino los de los sectores sociales económicamente privilegiados y beneficiados. Esto necesariamente trae consigo el detrimento de aquellos sectores sociales que quedan estigmatizados como resultado de sus estrategias represivas y de gobernanza, neutralizando y silenciando los mecanismos que tienen éstos para defenderse de los excesos del Estado. En tal forma, frente a este acto del Estado de emitir dispositivos normativos que sancionen conductas y controlen socialmente el despliegue conductual de los hombres, el derecho penal liberal surgido en el siglo XIX, heredero de la Ilustración pero que conserva su vigencia hasta el día de hoy, se ha convertido en un instrumento de conservación de las condiciones fundamentales de vida de una sociedad que proclamaba la máxima libertad individual (Fernández; 1995; p. 47). De allí que esta ideología de la que partió el derecho penal liberal, encuentre sentido en el liberalismo político que se constituyó como ideología política gobernante desde el siglo XIX.

La ideología liberal creía posible conciliar libertad y seguridad. Quizá por eso se concebía el papel del Estado como el de un mero guardián del orden público. El entramado represivo del derecho estaría encaminado a proteger el contenido mínimo de los fundamentos del orden social natural según las reglas espontáneas de juego. Éstas determinan las leyes de la razón económica y establecen los procedimientos y las condiciones necesarias para mantenerlo coactivamente. La realización plena de los ideales del individualismo y la seguridad implican la consideración del derecho y de todos los mecanismos que promueven las funciones, incluida la aplicación del derecho, como instrumentos dotados de racionalidad formal. Surge, así, un sistema de control social basado en los criterios de racionalidad formal y seguridad jurídica, un derecho compuesto por normas prohibitivas, obligaciones de no hacer, reforzadas por sanciones de carácter negativo.

Un modelo de control social basado en la tipificación mediante leyes en sentido estricto de las conductas sancionables, para proteger los principios de legalidad y seguridad jurídica; formal, para proteger los valores de libertad individual y seguridad personal: presunción de inocencia, etc. Un modelo coherente, en definitiva, con la atribución al Estado de funciones meramente negativas, de mero árbitro del juego social. Debía dejar hacer sin tomar iniciativas sociales ni económicas. O mejor dicho, tomar las iniciativas necesarias para garantizar la plena realización de las leyes naturales del orden social. Las transformaciones del Estado y la revolución del derecho, sin embargo, han corrido por otras sendas (García

Calvo; 1995; p. 98). En por eso que, bajo esta premisa, para los autores antes mencionados, en el hoy por hoy se ve como algo natural la intervención del Estado con el fin de regular jurídicamente y controlar las formas espontáneas de la vida social, sobre todo cuando el Estado actúa para gestionar políticas orientadas a corregir y compensar los profundos desequilibrios que genera el desarrollo capitalista y a controlar las situaciones más alarmantes de riesgo social.

Por ello, situándonos en el contexto actual que se vive, la economía de mercado, o más popularmente llamado neoliberalismo, motor de este movimiento de neoconductivismo y programación social de las colectividades, está conduciendo por su propia lógica, a gran cantidad de personas, tanto en países desarrollados como en vías de desarrollo, a una pobreza y desesperación cada vez más profundas. Este modelo económico global no ha coincidido con el desarrollo de una sociedad global, sino más bien prodigando un trato desigual o discriminatorio en la ciudadanía, por lo cual el sistema penal se convierte en una maquinaria brutal de violenta selectividad, estigmatizando o estereotipando a los sectores más deprimidos económica y socialmente de la población como potencialmente criminales.

En otras palabras, las normas penales se aplican de manera desigual y desproporcionadas en el sistema penal. O sea, la igualdad formal ante la ley, aquel principio que se erigió desde la revolución francesa como uno de igualdad formal de los ciudadanos ante la ley, se aprecia en la realidad que eso es falso ya que la violencia estatal y control social es lacerante para las poblaciones deprimidas o pobres contra quienes se dirige el sistema penal en general (Zaffaroni; 2006; p. 548).

Por supuesto, lo anterior se ve visibilizado y materializado ya que “responden a la idea consistente en la creación de una legislación que transforma lo excepcional en normal y la ‘seguridad jurídica o seguridad del Estado’ en seguridad ciudadana” (Portilla Contreras; 1995; p. 339). Este tipo de gobiernos o Estados con democracias dirigidos por los organismos financieros internacionales a fin de preservar el sistema neoliberal se los conoce como gobiernos fuertes, en oposición a los gobiernos débiles que no son confiables en la banca internacional, de ahí la necesidad de reforzar el control ciudadano a través del control político y penal. Se conjuga en un mismo discurso y en un mismo ejercicio del poder, formas híbridas de democracia y autoritarismo, libertades públicas y ajuricidad, neocapitalismo y patrimonialismo con reminiscencias feudales y un modelo social monstruoso que reniega de todo principio de solidaridad (Hassemer; 1995; p. 64). La consecuencia de ello es que en este tipo de sociedades los presupuestos o principios de derechos penal y procesal penal de

un derecho penal democrático han sido inexistentes. La disuasión social en cuanto a políticas anticrimen, en esta clase de gobiernos neoliberales, ha sido, es y seguirá siendo para los sectores pobres y marginados y no para toda la población en general. Por otro lado, en los sistemas penales de dichos Estados los códigos penales, las leyes penales especiales y toda la norma-tividad procesal penal y penitenciaria son sólo parte del problema. Se debe tener en cuenta estos aspectos para la comprensión de un sistema penal democrático que se le llega a equiparar, por los Estados neoliberales, en su desesperado afán de disciplinar a la sociedad civil con el llamado sistema de seguridad ciudadana.

En consecuencia, bajo el esquema descrito, la sanción penal ya no deber verse como un acto de control social orientado hacia al control social basado en el poder político. Los nuevos modelos de gobernabilidad no pueden sacrificar el modelo democrático de derecho por un modelo democrático autoritario de derecho. Es un reto abandonar el discurso fundamentalista neoliberal. El modelo neoliberal ha demostrado no ser eficiente para resolver los problemas estructurales de las sociedades desarrolladas y las menos desarrolladas o del Tercer Mundo a partir de la equivalencia entre normal penal y control social (Hassemer; 1995; 79).

Así también la criminalidad es el resultado de una sociedad enferma. La sociedad civil, y no únicamente el Estado, tiene la obligación de hacer un diagnóstico de la enfermedad social que estamos seguros es de naturaleza estructural y no sólo coyuntural, de naturaleza social y no sencillamente por causas esporádicas o espontáneas que se presentan en el día a día. Históricamente el Estado liberal o los gobiernos democráticos latinoamericanos, Perú en particular, no han cumplido todas sus promesas políticas en lo social.

La crisis del Estado benefactor no puede ser reemplazado por un Estado neoliberal con menosprecio a los derechos humanos y libertades fundamentales o sin cara humana. Seguir manteniendo vigente un neoliberalismo con una economía de mercado fundamentalista que no contrasta ni respeta la discrepancia con respecto a dicho sistema, sin tomar en cuenta la soberanía y la cultura de los pueblos originarios como de la ciudadanía que puede verse afectada por las acciones gubernamentales que se adoptan, puede crear nefastas condiciones y peligrosas situaciones para nuestros pueblos.

### III. LA SANCIÓN PENAL COMO MECANISMO DE CONTROL SOCIAL: LA PRIVATIZACIÓN DE LOS MECANISMOS DE CONTROL SOCIAL

#### 15. Neoliberalismo y gobierno biopolítico

Antes de iniciar el desarrollo del presente acápite, es indispensable partir señalando y conceptualizando sobre el neoliberalismo dado que, cómo ya se expuso anteriormente, ya se ha hablado sobre la biopolítica.

No le falta razón a Harvey (2007) cuando expresó que el neoliberalismo es “un proyecto político para restablecer las condiciones para la acumulación de capital y restaurar el poder de las elites económicas” (p. 24, 26), convirtiéndose en un modelo hegemónico en distintas partes del mundo desde la década de los setenta. Por supuesto, dicha sentencia no la emite por simple casualidad. Al contrario, soporta su punto de partida en el análisis histórico-social que implicó el período y el contexto en el cual fue incubándose teórica como prácticamente el neoliberalismo. La liberalización de la economía estatista regentada en China por el partido comunista bajo el gobierno de Deng Xiaoping expectorando al maoísmo como último baluarte de la planificación estatista, la transformación de la política monetaria por parte de la Reserva Federal de los Estados Unidos bajo el mando de Paul Volcker, así como las distintas reformas llevadas a cabo por Margaret Thatcher en Inglaterra y Ronald Reagan en los Estados Unidos. A partir de estas transformaciones, Harvey, cómo se dijo, apunta que el neoliberalismo es más que un mero modelo económico y ha pasado a convertirse en un modelo social. De tal forma, además de lo ya dicho, se uniran otros factores históricos, tales como su sostén ideológico basado en la “libertad”, particularmente en el ideal de libertad individual y en el dogma del libre mercado, así como el papel que Friedrich von Hayek, Friedman y Friedman tuvieron en este proceso de legitimación y difusión de tal ideología, produciendo un discurso científico y académico de la disciplina económica que contribuya a naturalizar ciertos procesos sociales como si fueran “leyes naturales” de la economía; y el vínculo político enlazado al mismo, como lo son los golpes militares (en Chile y Argentina); en otros, ha sido a partir de crisis financieras y de la deuda (notablemente el caso de México); mientras que, en unos más, se ha logrado por medios más democráticos, como en las elecciones de Thatcher en Inglaterra y Reagan en los Estados Unidos, o la suma de todos ellos en el ejemplo peruano con Fujimori como embanderado de dicho proceso<sup>5</sup>. En suma,

<sup>5</sup> Como dice González Casanova (2003), “la hegemonía neoliberal se impone recomponiendo las relaciones del Estado, el mercado, las empresas, los obreros, los empleados y los excluidos, los marginados o los superexplotados.” (p. 8) Por ende, “se rehace con alternancias entre regímenes políticos y militares que no afectan su preeminencia en la economía y el mercado. Militares o civiles imponen la misma política

cómo dejó dicho Harvey (2007), el neoliberalismo surge a causa de “una red de constreñimientos sociales y políticos y por un entorno regulador” (p. 17), así como en contra de las ideas (inspiradas en John Keynes) que defendían el intervencionismo estatal y el Estado del bienestar en forma más general, para que, a final de cuentas, se recompongan las relaciones del Estado, el mercado, las empresas, los obreros, los empleados y los excluidos, los marginados o los superexplotados.

Ahora bien, la ideología neoliberal sostiene una imagen idealizada del libre mercado y estima que los individuos son seres descontextualizados y egoístas que sólo persiguen su interés y satisfacción mediante el consumo. El neoliberalismo como ideología recela de la intervención económica del Estado en la economía a menos que sea para favorecer al gran capital especulativo, condena a las empresas públicas, rechaza el rol del sindicalismo reivindicativo, descartando las negociaciones colectivas obrero-patronales, desconfiando del control sobre el libre mercado. Todo este contexto, dice Cárdenas Gracia (2015), conlleva a que cualquier esquema institucional y jurídico que entrañe sustituir o limitar el desempeño individual es reputado como una afectación a la libertad y el progreso (p. 6). En definitiva, política e ideológicamente, el neoliberalismo ha logrado un grado de éxito quizás jamás soñado por sus fundadores, diseminando la simple idea de que no hay alternativas para sus principios, y que todos, partidarios u opositores, tienen que adaptarse a sus normas.

Una de las principales desventajas que genera el neoliberalismo es dividir las brechas entre la capacidad adquisitiva para el consumo y los que no pueden acceder a los recursos necesarios para ingresar al mercado. Si esta división se asentúa en la práctica política, se estructuran posturas intransigentes que se valen del racismo y la marginación social, erosionando el sistema democrático. (Mendoza, 2022, p.252)

De tal manera, su equivalente en el plano jurídico ha conllevado a que el modelo neoliberal pueda sintetizarse, en palabras de Paramio (2009), a promover el recorte de impuestos, la reducción de los servicios públicos, el acoso a los sindicatos, y a lo que representan, y por impulsar la ilusión de que la prosperidad de todos depende de que los más ricos aumenten sus ingresos, alejándose cada vez más del ingreso medio, y del acceso a través del mercado a los servicios que en el modelo socialdemócrata de sociedad constituyen servicios públicos

---

económica.” (p. 9) Así, pues, poco importa quién asuma la dirección política que impone dicho programa político ya que, cómo se ha visto en el territorio peruano, el neoliberalismo fue puesto a funcionar con un autogolpe de Estado perpetrado por el fujimorismo y la dictadura que continuó al mismo, y sigue manteniéndose vigente a pesar del transcurrir de distintos gobiernos: el toledismo, el aprismo, el nacionalismo y el partido defenestrado de Pedro Pablo Kuczynski y Martín Vizcarra.

universales. La desigualdad como principio de progreso social sustituye a la visión de una sociedad cohesionada, con buena calidad de vida para todos, y capaz de competir económicamente por la inversión en educación, sanidad e infraestructura (p. 52-53).

Con lo cual, se han ido efectuando un conjunto de políticas gubernamentales marcadas por: desmantelamiento de las regulaciones que existían sobre diferentes actividades, destacando, entre otras, a las financieras, las que asumen un rol fundamental en la orientación de las actividades productivas; debilitamiento de la posición negociadora del trabajo mediante distintas desregulaciones y acotamientos de las relaciones obrero-patronales; estrechamiento financiero y reglamentario en la prestación de servicios de bienestar social; reorganización de las actividades productivas para reducir costos, incluyendo la introducción de innovaciones tecnológicas, la reducción de las plantillas laborales y la relocalización geográfica de porciones importantes de los procesos productivos o de actividades completas; reducción del déficit fiscal, dejando el peso para lograrlo sobre el gasto del gobierno, como consecuencia de las acciones de desgravación impositiva; privatización de empresas públicas y privatización de servicios públicos, al igual que la subcontratación de actividades como parte de la provisión de servicios públicos; política macroeconómica centrada en la estabilidad de precios y abandono de la política fiscal macroeconómica que anteriormente en el modelo keynesiano servía para redistribuir la riqueza, y liberalización de los flujos de comercio y capital entre países<sup>6</sup>.

Todas las características antes señaladas sólo puede comprenderse a partir de la organización institucional gubernamental del neoliberalismo. Therborn (2003) lo estructura perfectamente a partir de su representación figurativa del “triángulo” del gobierno neoliberal: los Estados, las empresas y los mercados (p. 19). Cada uno de los vértices de esta figura detenta un poder específico: el Estado, el poder político (que puede ser autoritario o democrático); las empresas, el poder empresarial (que es poder de mando y, también, poder de negociación); y el sistema de mercados, el poder de la competencia. En tal sentido, sumariamente podemos ilustrar la historia institucional del capitalismo avanzado, comenzando por el capitalismo competitivo de la segunda mitad del siglo XIX, a partir de la tríada de gobierno reseñado.

La correlación que existe entre un gobierno de corte neoliberal y la biopolítica es que, esta última, funge como dispositivo de poder y rendimiento, sobre todo en los sectores

<sup>6</sup> Cfr. Cárdenas Gracia (2015; p. 7); Harvey (2007); Duárez Mendoza (2014)

empresariales más enriquecidos. La subjetivización que se crea se justifica en el deseo, duda y culpa, permitiendo la inclusión de medidas biopolíticas ya que, el neoliberalismo necesita de subjetividad productiva que posibilite el mito de liberación y felicidad de los ciudadanos. (Gonzales, 2022, p. 2)

Esta forma de organización social de la gobernanza política es el encuentro entre el neoliberalismo y el gobierno biopolítico actual. Si las fuerzas de producción se encuentran en el cuerpo humano es indispensable para el orden del capital empezar a normalizar dichos cuerpos, la pobreza también será administrada, para utilizarla en los fines de la organización social que necesita de instrumentos tangibles de control sobre las masas pauperizadas producto de la acumulación originaria (Ortiz Arellano; 2015). Con ello, la gobernanza de lo biopolítico se transforma en la defensa de los intereses emitidos por “la libre competencia” que significa la forma más económica posible de actuar, y, de esta manera, el gobierno de lo social se da por un actuar económico de cada uno de sus integrantes, especialmente en lo que respecta al control social de las conductas de las personas. De tal forma, Foucault (2007) expresó:

“El neoliberalismo es, justamente, otra cosa. Gran cosa o no, no sé, pero sin duda es algo. Y lo que querría tratar de aprehender es ese algo en su singularidad (...). Esa transferencia de los efectos políticos de un análisis histórico bajo la forma de una simple repetición es sin duda lo que hay que evitar a cualquier precio, y por eso insisto en ese problema del neoliberalismo para intentar desembarazarlo de las críticas que se plantearon a partir de matrices históricas lisas y llanamente traspuestas. El neoliberalismo no es Adam Smith; el neoliberalismo no es la sociedad mercantil; el neoliberalismo no es el gulag en la escala insidiosa del capitalismo” (p. 157).

Lo dicho se desprende entonces que el neoliberalismo, cómo se entiende, no implica una repetición de otros modelos sociales que tuvieron su vigencia en la historia sino que implica un avance o desarrollo más allá de lo conocido. Esto va a desembocar en que el liberalismo, que podía entenderse como principio y método de racionalización del ejercicio del gobierno: una racionalización que obedece y esta es su especificidad a la regla interna de su economía máxima (Foucault; 2007; p. 360), en el neoliberalismo se da un viraje totalmente radical puesto que se propenderá a enfocarse en la eficiencia, el individualismo soberano, el engaño y la ventaja y dominación sobre los demás. Este vuelco lo retrata muy bien Milton Friedman (1983) en las siguientes citas:

“La mirada económica trata al sistema político de un modo simétrico al económico. Ambos se consideran mercados en los que el resultado se determina a través de la interacción de personas que persiguen sus propios intereses individuales (entendidos con un criterio amplio) en vez de los objetivos sociales que los participantes juzgan ventajoso enunciar” (p. 10).

También

“El egoísmo hará que los vendedores engañen a sus consumidores. Se aprovecharán de su inocencia e ignorancia para cobrarles un precio excesivo y para darles gato por liebre. Los engañarán para que compren las mercancías que ellos no quieren (...). Estas críticas de la mano invisible son válidas” (p. 265).

En suma, cómo se aprecia, los neoliberales intentan, en última instancia, posibilitar el progreso económico sin que la sociedad sea una sociedad de embustes o de la propaganda política interventora del mercado y reguladora del mismo y, para eso, se debe establecer una dinámica social que esté basada en fundar un correcto ordenamiento social, pero basados en sus premisas de cultura individualismo, éxito por encima de los demás atropellando derechos y beneficios colectivos, depredando la solidaridad para erigir en baluarte el egoísmo y beneficio personal.

Con lo dicho, queda claro, entonces que los marcos jurídicos de los Estados se construyen entonces para favorecer a los grandes intereses económicos nacionales y mundiales por encima de los intereses y los derechos humanos de la población. Los gobiernos de los Estados en el modelo de gestión económica y política neoliberal de la globalización buscan seguir la pauta que señalan las grandes potencias y sus corporaciones, como a su vez las directrices de los grandes países, tales como Estados Unidos y la Unión Europea. El modelo neoliberal globalizador que gestiona en beneficio del 1% de la población la riqueza mundial ha traspasado a instituciones como el Fondo Monetario Internacional la soberanía y gestión económica de los Estados. El Fondo Monetario Internacional representa a los acreedores internacionales y somete la independencia de los Estados, volviendo la autodeterminación de los países en una indulgencia de los países satélites. Los países que llegan a sobreendeudarse pierden el control de su destino y caen en las redes de los acreedores internacionales, del Fondo Monetario Internacional y de las empresas calificadoras de la deuda soberana.

Es por ese motivo que la democracia es incompatible con la concentración extrema de ingresos, y el modelo neoliberal promueve esa concentración de la riqueza en pocas manos. Es pertinente recordar que, entonces, el que tiene el poder político confecciona el orden jurídico en su beneficio para perpetuarse en el poder y mantener el *statu quo* de privilegios. La política configura los mercados y determina las reglas del juego de todos los subsistemas sociales y económicos.

En consecuencia, el biopoder al transitar hacia su etapa neoliberal conserva los rasgos generales que la han distinguido a lo largo de su aparición histórica, pero ahora entrará en escena el mercado como agente predominante, entendido como el espacio donde se comercian bienes y servicios, comercio que es controlado por agentes privados de todo tipo, que buscan en la medida de lo posible la autorregulación y el distanciamiento del Estado. Un rasgo distintivo de este mercado es que su finalidad no es otra sino la obtención de ganancias, las cuales deben ser sostenidas (cuando menos), o en crecimiento constante. No se rige el mercado por consideraciones de tipo social y solo toma en cuenta las políticas del Estado cuando le son necesarias para corregir sus propios errores (fallas del mercado), o externalidades que evitan que logre su función principal que ya dijimos que es la obtención de lucro a gran escala (Ortiz Arellano; 2015).

Asimismo, la cuestión consistiría ahora en dirigir las acciones gubernamentales hacia la serie de condiciones sociales y espirituales que posibilitan el funcionamiento efectivo de la competencia de mercado; o, más concretamente, se puede decir que consistiría en convertir a los principios formales de la competencia en el criterio regulador de toda acción de gobierno y fijar los parámetros de establecimiento gubernamental de la acción estatal. Por ello, tiene razón Martín Méndez (2014) cuándo señala la denominada “sociedad de la empresa” aparecería en el horizonte del arte de gobierno neoliberal. Por eso, respecto a los ciudadanos y sujetos gobernados bajo el signo neoliberal, el mercado presenta su dominación como algo que es aceptado voluntariamente, el individuo se encuentra condicionado a elegir y aceptar la reglas del mercado o simplemente no participar, lo cual a todas luces es un discurso falaz, ya que si se decide no entrar, pone en riesgo su existencia vital, puesto que no puede formar parte de la actividad política y expresar o participar en los actos de interrelación social y sólo será un sujeto dominado sin ser pasible de derecho o garantía jurídica alguna.

Finalmente, se puede llegar a decir que, el Estado gobierna para el mercado, es decir lo acompaña en todos los procesos que realiza y lo respalda cuando éste no puede actuar con eficiencia o porque pone en problemas el status quo, así que el proceso económico actual necesita de la racionalidad biopolítica, no solo como una condición que le ayude a reforzar sus estructuras de extracción de plusvalor, sino como un verdadero pilar sobre el que se funda el nuevo orden social, político y económico (Ortiz Arellano; 2015). Con lo cual, el Estado, sea la orientación política que gobierne, ya sea de derecho, de centro o de izquierda, tiene como necesidad eliminar cualquier obstáculo que evite las ganancias y la expansión económica de las empresas, sean éstas nacionales o globales, y sus funciones propias del poder burocrático se centran en ser un pagador por los servicios que le presta el mercado para el cumplimiento de sus funciones. De tal manera, el Estado en su etapa neoliberal, como se ha dicho y explicitado anteriorente, gobierna para el mercado y éste le deja espacios para su ejercicio de poder y funcionalidad; pero quien dirigirá el nuevo orden social o por lo menos llevará la primacía será el mercado. Ortiz Arellano (2015) con justeza sentencia que en el orden neoliberal los controles biopolíticos se vuelven más eficaces, porque están insertos en un capitalismo que también lo es, ya que se encuentran presentes en todos los ámbitos de la vida humana. En ese sentido, el biopoder se volvió totalizante, en un orden social que regula todos los órdenes de la vida humana, creando dispositivos emanados tanto por el poder político o por el mercado.

Bajo el gobierno neoliberal, en definitiva, es imposible tener al mismo tiempo democracia, autodeterminación nacional y una globalización plena (Rodrick; 2012), poniendo en crisis la democracia y el Estado de derecho. La actividad biopolítica gubernamental lo define el poder empresarial, siendo una característica de la morfología de la gubernamentalidad actual, donde el aspecto monetario-económico lo decide todo, actuando la soberanía imperial, es decir, de tipo policial militar y global que se identifica con el discurso de guerra justa, bandera propia de un Estado que garantiza que los excesos del capital no provoquen el colapso del modo de reproducción capitalista, puesto que el poder político, sigue concentrando sus funciones pero redireccionadas ahora completamente a las demandas del mercado y a la lógica comercial monetaria. Hardt & Negri (2002) ya lo expresaron cuando refieren que el mando imperial ya no se ejerce a través de las modalidades disciplinarias del Estado moderno, sino que se ejerce fundamentalmente a través de las modalidades del control biopolítico. Estas modalidades tienen como base y como objeto a la multitud productiva (p. 314).

## 16. Inclusión de la lógica de mercado en la función social del derecho penal

Wacquant (2010) analizó la relación entre el aumento de las políticas punitivas y el repliegue del Estado de bienestar<sup>7</sup> en Estados Unidos, así como la tendencia hacia el uso del aparato penal en los últimos 30 años, no sólo por parte de políticos de derechas sino también de izquierdas. Verificó que tanto América Latina como Europa occidental, “de manera más o menos servil”, han seguido el mismo camino de la expansión penal llevada a cabo en Estados Unidos. Esta tendencia punitiva no es resultado de una mera coincidencia, moda o devenir de las técnicas de modernización del aparato represivo, sino más bien encuentra su fundamento en el sostenimiento de un proyecto político trasnacional e internacional. Se trata de un componente clave que tiene como finalidad ulterior el reequipamiento de la autoridad pública necesaria para promover el avance del neoliberalismo como modelo de gobernanza de todos los ciudadanos (p. 22). De tal manera, se ha vuelto en un imperativo de primer orden el reforzamiento del poder punitivo y control penal de la población frente a cualquier acto que tienda a criticar o manifestarse en contra del sistema político de signo neoliberal, ya sea directa o indirectamente, puesto que el fin es reforzar dicho modelo político/económico.

En el neoliberalismo, la autoridad pública en materia económica se reduce y al mismo tiempo se fortalece en el mantenimiento del orden social y moral que supone justamente el neoliberalismo. Esta operación, cómo no es de otro modo, deriva de la exigencia de un Estado mínimo destinado a liberar las fuerzas creativas del mercado que resulta en el sometimiento de los más desfavorecidos a la suerte de la competencia, de la cual sólo algunos en definitiva saldrán victoriosos se debe recordar que bajo la meseta neoliberal sólo triunfa el individuo como tal, no hay esfuerzo social de superación, pero, quienes no, serán categorizados de inadaptados o personas no reinsertables, desechables, población no deseada, desechos humanos que no encajan en el modelo económico social imperante para los fines productivos y finales del sistema neoliberal (Núñez Rebolledo; 2019). Presente el problema en la gestión del poder, se infiere, la población desechada que se ha hecho referencia, es vista como peligrosa, riesgosa o sospechosa, que atenta contra el equilibrio armónico de la sociedad, con lo cual los principales administradores del sistema político

<sup>7</sup> En estricto, Wacquant (2010) realiza una crítica al llamado Estado de bienestar y sugiere hablar de un “Estado caritativo” puesto que señala el auto francés dichos programas se encuentran destinados a las poblaciones vulnerables siempre han sido limitados, fragmentados y aislados del resto de las actividades estatales, puesto que están determinados por una concepción moralista y moralizante de la pobreza como producto de las debilidades individuales de los pobres. (p. 81)

neoliberales políticos como económicos y empresarios y, por ende, una amplia gama de ciudadanía de clase media implora y exijan un Estado que garantice seguridad cotidiana a cualquier precio, es decir, como el segundo tema importante a tratarse en la agencia social después de mantener el sistema económico. Con ello se trasluce que, en el marco de la desregulación económica, es la pobreza del Estado social la que necesita un Estado penal fuerte. Esto, por supuesto, dirá Wacquant (2010) versa sobre una relación causal y funcional entre dos ámbitos que se fortalecen mutuamente, lo cual facilita que el Estado se despoje de toda responsabilidad económica a la vez que tolere un alto nivel de pobreza y de desigualdades (p. 43).

Lo dicho anteriormente es de resaltar ya que Simon (2011) también ha realizado la mezcla y combinación entre el gobierno neoliberal de la inseguridad social y el gobierno a través del delito. De esta manera, cómo se expresó en el acápite anterior, esta forma de gobierno constituye una innovación política que no tiene antecedentes de forma estricta en la historia social de los hombres, puesto que no se trata de advertir sólo el despliegue del Estado penal en cuanto a su poder violento, implacable y represivo, sino además de tomar en cuenta que la lucha contra el delito se convierte en el pretexto conveniente y perfecto para la producción de una plataforma propicia en pos de redefinir de una forma más amplia del espectro de responsabilidades del Estado que opera simultáneamente en el plano económico, asistencial y penal<sup>8</sup> (Wacquant; 2010; p. 60)

En Perú, Durand (2010) sostiene que la permanencia de cualquier paradigma no se da al margen del poder, sino que se origina en él. En nuestro país, continúa el autor, el predominio de los postulados neoliberales desde los años noventa vendría definiendo a las políticas públicas y estatales. (p. 25) En tal forma, el neoliberalismo surgió como paradigma en el Perú frente a la crisis del paradigma nacional popular hacia finales de los años ochenta, además de las crisis políticas y sociales que venía atravesando el país. Con ello, y con la actuación política de Fujimori y ciertos sectores empresariales nacionales e internacionales que influyeron en nuestro país en el dirección del nuevo modelo socio-político, se produjo un cierto consenso alrededor de los principales postulados del neoliberalismo, creando un

---

<sup>8</sup> Un ejemplo de este proceso se verifica en lo que Sozzo (2015) expresó acerca del margen de punitividad penal en Latinoamérica: En 1992 sólo tres países tenían 100 presos o más por cada 100 mil habitantes. Uruguay, Venezuela y Chile. Mientras que en países como Argentina, Ecuador, Perú y Brasil las tasas de encarcelamiento eran aproximadamente de menos de 70 presos por cada 100 mil habitantes. A partir de las últimas dos décadas las tasas de encarcelamiento han aumentado notoriamente. Los datos de 2013-2014 indican que todos los países sudamericanos tienen tasas de encarcelamiento superiores a los 150 presos por cada 100 mil habitantes, con excepción de Bolivia.

sentido común en donde dichos principios aparecen como verdad o naturales. Dicho consenso no eliminaría la discusión, sino que la definiría al convertirse en punto de referencia, cambiando no solo la política económica o el Estado, sino el orden social mismo (p. 13), manifestándose en palabras del autor, “marcos legales, en una nueva sintaxis discursiva, en noticias y libros, en cursos y seminarios, y en la implementación y evaluación de políticas públicas que siguen las orientaciones de mercado fuerte/ Estado débil” (p. 29).

Es por lo descrito anteriormente que es evidente, y por ende, innegable, la influencia política que tienen los grandes grupos económicos en el Perú. Las decisiones políticas y de gobierno no deben afectar a los inversionistas, asumiendo que los intereses de los grandes empresarios coinciden con los de la población, y cualquier acto en provecho de los inversionistas y en contra de la misma población debe ser aceptada sin ningún cuestionamiento. También la composición de la agenda pública, en donde una serie de temas no son tomados en cuenta para la discusión, debido a que colisionarían con los intereses de los poderes económicos, son obviados, como es el tema del punitivismo exacerbado que día a día va incrementándose sin comprender que el aumento de la comisión de delitos encuentra su origen en temas sociales y no necesariamente en el libre albedrío de cada individuo.

Pero, por supuesto, coincidiendo con lo que expresa Durand (2010), la estructura de poder que sostiene al neoliberalismo, si bien las élites de poder han logrado ejecutar sus políticas públicas, éstas no han logrado legitimarse, siendo frágiles políticamente y rechazadas socialmente, esto es, a pesar de la preponderancia del neoliberalismo como referente para la toma de decisiones políticas gracias al posicionamiento de sus élites, las protestas de diversos grupos y movimientos sociales manifestarían su débil arraigo social (p. 33), demostrando y efectivizando un control no sólo del tópico público marcado por la “seguridad ciudadana” sino también por la represión de las demandas sociales y la supresión de derechos laborales.

En conexión a lo dicho, aunque esbozado desde una perspectiva meramente penal, Oré Guardia (2018) refiere que durante las últimas décadas en nuestro país han acontecido fenómenos sociales y delictivos muy marcados; tales como, el terrorismo, la criminalidad patrimonial violenta (robo y secuestro extorsivo) y la criminalidad cometida por funcionarios públicos, también denominada delitos de corrupción, ocasionando con ello el endurecimiento de la potestad penal, así como la extralimitación de las medidas adoptadas (p. 4). Esta perspectiva optada por el legislador peruano no puede desvincularse del contexto

social que se ha desarrollado ya ampliamente, por eso, vuelve a referir el procesalista peruano, muchas de estas normas son, en realidad, expresiones de un Derecho penal del enemigo, ya que se acepta sin cuestionar la Constitución Política del Perú de 1993 de un orden caracterizado por una constante restricción de derechos fundamentales asociado con el establecimiento de situaciones de emergencia penal o con determinados fenómenos sociales como el terrorismo y la llamada “criminalidad organizada” (p. 5). Así, como caso paradigmático y de relevancia, basta mencionar la legislación antiterrorista declarada parcialmente inconstitucional el 03 de enero del 2003 y que incluía disposiciones propias de un Derecho penal del enemigo (penas de cadena perpetua, la utilización del mecanismo de colaboración eficaz, jueces sin rostro, etc).

En tal forma, en la década de los noventa, el profesor Oré Guardia (2018) refiere que se expidieron, entre otras, el Decreto Legislativo 895 “Ley contra el Terrorismo Agravado” (23 de mayo de 1998), esta norma tipificó como terrorismo especial los delitos de robo, secuestro, extorsión y otros cometidos con armas de guerra y en vinculación con bandas o agrupaciones criminales; Decreto Legislativo 896 Ley que modificó el Código Penal del Perú de 1991 (24 de mayo de 1998) agravando los delitos de homicidio calificado, secuestro, violación de menores, robo, robo agravado, y extorsión; Decreto Legislativo 897 “Ley que regulaba el procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de los delitos tipificados en el Decreto Legislativo N° 896” (26 de mayo de 1998) encargó la investigación a la Policía, con intervención del Ministerio Público, más no bajo la dirección del Fiscal. La fase de investigación tenía un plazo de veinte días prorrogables a diez, mientras que el juicio oral debía desarrollarse en quince días, no procediéndose la concesión de libertad alguna, con excepción de la libertad incondicional; Decreto Legislativo 900 “Ley que modificaba la competencia en los procesos de hábeas corpus y amparo” (29 de mayo de 1998); Decreto Legislativo 901 “Ley de Beneficios por colaboración” (31 de mayo de 1998); normas todas que fueron declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional mediante sentencia de 15 de noviembre del 2001 (Expediente 05- 2001-AI/TC del 15 de noviembre del 2001) (p. 9-10). Así, pues, se produjo lo que se ha llamado el fraude de etiquetas, esto es, se crearon arbitrariamente tipos penales bajo el *nomen iuris* de tipos agravados. Este endurecimiento del punitivismo penal generó numerosas críticas, a tal punto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que eran violatorias del debido proceso. El Tribunal Constitucional, por su parte, declaró inconstitucionales las leyes de seguridad ciudadana según sentencia expedida en el Expediente 05-01-AI/TC, así como la inconstitucionalidad

parcial de las leyes antiterroristas según sentencia expedida en el Expediente 010-2002-AI/TC, todo ello con el aval y propaganda de los medios de comunicación que legitimaron dicho proceder de parte del gobierno de turno.

En lo que respecta al decenio del 2000 en adelante, el profesor Oré Guardia (2018) refiere que la respuesta que el Estado viene dando a los procesos por delitos de corrupción, delitos patrimoniales violentos y delitos contra la tranquilidad pública, esconde, en términos legislativos y jurisprudenciales, elementos autoritarios e inquisitivos que, en lo fundamental, están guiados por la misma lógica que sustentó la lucha contra el terrorismo y la seguridad ciudadana (p. 12), teniendo como principal base respuestas meramente coyunturales para hacer frente a la delincuencia común, en desmedro de los derechos fundamentales.

Ergo, esta situación se ha debido en gran medida a la influencia que ha tenido en nuestro país el auge de los criterios securistas e ideológicos claramente demarcados por el sistema político social imperante en desmedro de los valores de garantía o libertad, en el plano normativo, se ha impuesto un ordenamiento caracterizado por la dispersión legislativa, el incremento de las denominadas "leyes acto", y la proliferación de las normas de contenido autoritario, en el plano jurisprudencial, no cabe duda de que la justicia ordinaria ha sido bastante débil a la hora de decidir aspectos fundamentales en la afirmación de los derechos fundamentales, en el plano de la jurisdicción constitucional, es evidente la ausencia de una doctrina constitucional uniforme que establezca las bases de un modelo garantista de proceso penal; por el contrario, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de los últimos años ha sido contradictoria.

Así dicho se puede decir que bajo un esquema de populismo penal punitivo de endurecimiento de penas y tipificación de determinados delitos para apalea la delincuencia existente en salvaguarda de una seguridad ciudadana vulnerada y atacada por el mismo sistema social aspecto que no consideran los principales impulsores de dicho punitivismo penal y el rechazo a las políticas públicas de origen neoliberal, se perpetúa la idea de que el aumento de penas es una manera eficaz de "prevenir" los delitos es muy común, aunque, paradójicamente, se sepa, incluso en el conocimiento popular, que es falsa.

En consecuencia, se puede afirmar por lo dicho que se verifica la tendencia punitiva como base del sostenimiento de un proyecto trasnacional que tiene como fin el reequipamiento de la autoridad para promover el avance del neoliberalismo. Pero, además, el vínculo de dichas

políticas penales con políticas de asistencia social que perpetúan al Estado liberal paternalista.

### **17. Casos de privatización de los mecanismos de control social**

Hernández Vitar (2001) expresa acertadamente que pocas funciones sociales parecen más públicas que las de control policial, la de administración de justicia y la de encarcelación de las personas. Empero, desde hace unas décadas la soberanía estatal se ha visto invadida y en la situación de compartir el uso exclusivo de su poder coercitivo con un emergente sector: el privado. Y hoy más que nunca se escucha dichos reclamos de que la seguridad y la función de control social se privatice a causa de la ineficacia de la acción estatal.

El pilar central que sostiene la sujeción al monopolio del *ius punendi* que ejerce el Estado se sostiene en legalidad de las ordenes y la legitimación de los mandatos emitidos por las autoridades competentes. Este fundamento se sostiene con el inicio del pensamiento sociológico, que lo correlaciona con la obediencia por el miedo a la sanción. (Morales et al., 2022, p.434)

De otro lado, cómo ya hacía mención Larrauri (1991) hace 30 años, los juristas y, en última instancia, el Estado, se esfuerzan por encontrar algún tipo de definición del bien jurídico y derecho a la "seguridad", trayendo como consecuencia que se busque "ausencia de todo riesgo" o, un poco más estricto, "ausencia de todo delito" para una mejor convivencia social (p. 235). Esto ha conllevado que tanto sectores determinados en el Estado como grupos empresariales determinados fijen y establezcan a ofrecer servicios particulares alentados por el sentimiento de "inseguridad ciudadana" existente. Por eso, a través de la propaganda gratuita generada por el morbo de la inseguridad ciudadana realizada por los diversos medios de comunicación prensa hablada, oída y escrita y de la utilización de políticos que utilizan el tema como un aspecto de caudal de votación, se ha producido un aumento en el ritmo de crecimiento del sector de la seguridad privada en cuanto a su opinión favorable en la ciudadanía como generación de sector de negocios vinculados a seguridad privada propia de empresas públicas como en determinados sectores del Estado, debido a la alta prevalencia de los delitos violentos que condicionan la vida pública y privada, a causa de la incapacidad del Estado para garantizar el cumplimiento de las funciones del sistema judicial y del aparato policial, comprometidos en la prevención, en la captura y en el castigo de los delincuentes. La imagen y juicio público que se tiene de ellos es que son instancias marcadas por una fuerte crisis de legitimidad, fundamentalmente por sus resultados negativos en el control

penal y su participación en escándalos de corrupción, arribándose a la conclusión de que todo el aparato formal del sistema penal, su jerga y sus ritos se han convertido en un teatro de poder, farsesco y desacreditado para una amplia mayoría de la ciudadanía, la impunidad e inseguridad deja de ser sólo una sensación para convertirse en una entidad fáctica, en una realidad inocultable para gobernantes y gobernados. Tales son los elementos reales del miedo, del llamado sentimiento de inseguridad latente que siente y percibe la población (incremento delictivo, violencia e impunidad), a los cuales se agregan las narraciones de experiencias de asalto que no siempre son ciertas y la sistemática presentación televisiva, cómo se dijo, de actos violentos que hacen que la agresividad y la banalización de la vida se conviertan en una de las particularidades de la existencia cotidiana.

Esta generación y producción de “miedo social” se extiende más allá de la persona directamente implicada, y a la traducción que se realiza con respecto a más policía, más leyes, más orden en la sociedad a fin de apalear este miedo, consecuencia que ha sido producida por el uso de determinados productos cargados con un determinado uso simbólico la consecución de la seguridad por parte de las compañías anunciadoras y suministradoras de estos servicios, por ejemplo, y de los medios de comunicación por otro. Ello se inscribe adicionalmente en el marco de una "cultura consumista" propio y natural de la sociedad neoliberal que vivimos, la cual se caracteriza por la creencia de que "si la solución a un problema existe, esta se compra" y por el estímulo de este consumo a través del acrecentamiento de los deseos y/ o miedos (Larrauri; 1991; p. 236).

Según los postulados Foucaultianos, la especie humana es obtenida mediante el uso de dispositivos; mecanismos reguladores de la biopolítica que pueden ejercer un amplio control en base a las reacciones primordiales del ser humano, como el miedo. Bajo esta óptica, se logra que el alcance de las medidas biopolíticas sea la especie humana como población conjunta. (Toscano, 2016, p.337)

Ésta emergencia de lo privado se ha debido en gran medida al cambio de gestión gubernamental y político que ha operado con el sistema social que ampliamente se ha comentado en la presente tesis: el neoliberalismo. Con la emergencia del modelo posfordista y la crisis del Estado de Bienestar empezó a verificarse un progresivo desmantelamiento de la regulación del Estado en la vida social, transfiriéndose bienes y servicios hacia la esfera privada, y desarrollándose estrategias orientadas a implicar al sector no estatal, motivando un traspaso de las modalidades de control social desde lo público hacia lo privado, ámbito

en el que comienzan a gestarse y a definirse las políticas criminales y las de seguridad ciudadana en todo el ambiente nacional. Con este proceso, como dice Hernández Vitar (2001), se intensificaron y la expandieron nuevos mecanismos o técnicas de control de la conducta humana (v.g. centros custodiales, sistemas de monitoreo electrónico, nuevas formas estadísticas para determinar y para predecir riesgos), consentidos o receptados casi voluntariamente por los ciudadanos, tanto aquellos sometidos a algún tipo de institucionalización como los que se encuentran en condición de hombres “libres”.

Lo hasta aquí descrito puede configurarse como mecanismos que se activan en modalidades del control social instrumentales dada la selectividad de los procesos de criminalización existentes en la sociedad y el objetivo demarcado por el Estado en la protección del “bien jurídico” entendido como prioritario del ordenamiento social. Por ende, el miedo al delito y su persecución es producto de una construcción social basada, por una parte, en la forma como se definen tanto las situaciones como los sujetos que pueden constituir una amenaza, y por otra, en la forma como son vividas las situaciones de peligro de acuerdo a la pertenencia a un estrato social, que determinala manera de enfrentar la cotidianidad.

Es de verse por ello que los servicios de seguridad poco a poco van virando a un sentido privatístico del control social (dirigida hacia la protección de bienes y personas al margen de los límites establecidos por el derecho penal) y en función exclusiva de intereses particulares. Así, se puede afirmar que este modelo privado de control social basa su despliegue actual en la socieda en mérito a tres premisas claras:

- a) El control ejercido responde a intereses privados;
- b) El esquema de operación (vigilancia y sanciones) no está circunscrito a los mandatos legales ni a las garantías ciudadanas; prevaleciendo criterios eficientistas sobre la base de los conceptos de riesgo y pérdida, que en ocasiones pueden inducir a la conculcación de derechos ciudadanos; y,
- c) Su legitimidad está justificada en normas legalmente establecidas, como la defensa de la propiedad, por lo que es tolerado por el propio Estado.

Expresado lo anterior, es necesario verificar cómo se pueden manifestar esa “privatización del control social”, en un ámbito de autoprotección privada y otro que se vincula a un control político de la sociedad a partir de la privatización del control social.

### 8.1. Autoprotección privada de seguridad social

De un lado se puede señalar esta actividad obedece a una reacción de la población para refucir el riesgo contra la vida y bienes privados de la población útiles y necesarios en la cotidianidad de cada sujeto. Romero Salazar (2002) señalando el ejemplo de Venezuela, que muy bien coincide con el peruano, apunta que las manifestaciones de esta forma de control social privada se manifiesta en el servicio informal de seguridad privada contratación de vigilantes informales o guachimanes como el cierre de los espacios residenciales privatización del espacio y la afiliación a organizaciones que ofrecen seguridad de bienes (modalidades propias de las clases medias) y la organización comunitaria para prevenir el delito y, en cierto modo, los linchamientos (modalidades propias de los sectores populares) pueden considerarse como mecanismos de autodefensa, implementados con el objetivo de asegurar una cierta protección (p. 137).

Se infiere, entonces, que ésta práctica está relacionada con el temor de los individuos de verse afectados por conductas disruptivas, en su integridad personal y sus bienes. Por eso, dichos mecanismos y prácticas ejercidas particularmente constituyen alternativas de iniciativa privada, que de alguna manera son provocadas por la percepción de una situación de violencia generalizada, en la cual la acción de la delincuencia tiene consecuencias inmediatas en su calidad de vida. En consecuencia, se vuelve a repetir, trata de mecanismos de auto defensa asociados fundamentalmente al miedo hacia la violencia delincual, y no hacia al delito en términos generales o del control social de la población a pesar que, aunque no se exprese así, se encuentra vinculado definitivamente el modelo social neoliberal con la generación de los delitos que generan, ya que la visibilidad de la criminalidad está referida a cierta categoría de delitos graves como el homicidio, las lesiones, la violación, el robo a mano armada y el hurto con violencia, dejando por fuera los delitos de cuello blanco y a aquellos que afectan intereses difusos, en tanto no son percibidos comúnmente como constitutivos del fenómeno criminal, dada la selectividad de los procesos de criminalización (Baratta; 1986; p. 145).

En consecuencia, los mecanismos de autoprotección no están referidos a una política comunitaria que toma la prevención en función del ejercicio del control informal de tipo socializador, en la cual el individuo desviado es considerado como un objetivo principal de la intervención. Al contrario, se refiere a la expectativa de la disminución del riesgo de que situaciones relacionadas con la violencia delincual afecten la esfera privada. De allí que, su ejercicio no está asociado al menos abiertamente a la búsqueda de la conformidad de la

conducta desviada hacia pautas o normas sociales determinadas. Esta actividad se presenta, en suma, como medida particularmente autoprotectiva en función de una percepción de riesgo latente e inminente (Romero Salazar; 2002; p. 139).

Por eso se puede decir que esta actividad o conducta, *per se*, no busca un control social de la conducta de los individuos, sino más bien es entendible debido al contexto desarrollado por el sistema social imperante: el problema de la violencia e inseguridad ciudadana peruana está asociado al Estado de anomia social imperante, relacionado con la ineficacia del sistema penal, los niveles de impunidad, las profundas contradicciones sociales y las crisis económicas, políticas y sociales que propicia, de un lado, el incremento de la actividad delincinencial y, del otro, la implementación de prácticas de protección desvinculadas de cualquier sentimiento de cociudadanía.

## **8.2. Control político de la sociedad a partir de la privatización del control social**

Al contrario de lo desarrollado y presentado en el acápite anterior que encuentra su justificación en la autodefensa de la población frente a la inoperatividad del sistema persecutorio de la criminalidad y de las erradas políticas sociales para frenar la alta tasa de criminalidad, se presenta la utilización de la privatización del control social para acallar y sojuzgar a todo opositor que alce su voz en contra del sistema social del neoliberalismo. Ya quedó claro que a la par que los procesos de globalización económica neoliberal, se desarrollan y despliegan, como instrumento de esos procesos y a su servicio, complejas estructuras jurídicas que se pueden caracterizar por su opacidad e ilegitimidad. Opacidad, porque las sociedades nacionales desconocen cómo se construyen esos sistemas normativos que se realizan, no en su beneficio, sino en el de los grandes intereses transnacionales. Ilegitimidad, porque los ciudadanos de los respectivos países no votan esas estructuras normativas, ni directa ni indirectamente, aunque al final se les imponen y afectan sus vidas (Hernández Cervantes; 2010, p. 185).

En consecuencia, el sistema jurídico que establece el control social se forma en torno a una red jurídica. Cárdenas Gracia (2015) explica ello de la siguiente manera: las redes jurídicas porque no se diseñan de manera jerárquica como en el derecho nacional a partir de la Constitución Política del Perú de 1993, sino que van construyéndose en forma de red, sin el respaldo de una única autoridad mundial o nacional; en su integración participan autoridades y agentes privados transnacionales; las normas que conforman esas redes no tienen exclusivamente un origen público, sino fundamentalmente privado las grandes corporaciones; las redes sustituyen las

fuentes jurídicas tradicionales la Constitución y la ley; y se nutren fundamentalmente de un derecho contractual, en donde la ley del más fuerte gana más espacios (p. 20). Este vaciamiento del derecho público nacional encuentra sentido en lo que denuncia Ferrajoli (2004) puesto que a partir de este vacío se forma a favor de un derecho privado de carácter mundial, en el que múltiples centros de decisión jurídica transnacional disputan y generalmente sobrepasan la presencia normativa del Estado-nación (p. 134).

Se puede deducir en tal sentido que ésta forma de actuar de los Estados en alianza con los grupos de poder económicos nacionales como internacionales es para construir un marco jurídico flexible que relativamente le dé orden y estructura jurídica a las múltiples operaciones y procesos que constituyen la globalización económica. Se pretende que las redes otorguen institucionalidad y certidumbre a los procesos económicos globales que operan al margen de los derechos nacionales e, incluso, del tradicional derecho internacional. En suma, a través del orden jurídico, y, por ende, de los poderes de control social como punitivos, se respalda los criterios económicos que se establezcan en el Estado por órdenes del poder económico, y a través de la amenaza de sanciones de tipo pecuniario o de la exclusión de los privilegios e intereses que se derivan de ser parte de la integración en la comunidad económica globalizada. Esto es, la fuerza normativa de las normas jurídicas de la globalización neoliberal viene dada por el poder que los centros de producción transnacional poseen para que sus instrumentos jurídicos sean adoptados, observados y aplicados (Engle; 2007; p. 104).

Un claro ejemplo de lo citado anteriormente en nuestro territorio se encuentra vinculado a la constitucionalización de la contratación del personal policial por mineras en la Sentencia del Expediente 00009-2019-PI/TC. Por lo demás, este fallo sólo vislumbra esta corroboración del control biopolítico del sistema jurídico nacional a favor de las políticas neoliberales y de los grupos de poder económico ya que se como se planteó en la demanda el fondo de estos “convenios” entre la Policía Nacional del Perú y las mineras alienta la criminalización en contra de defensores de derechos humanos que participan en actos de movilización social.

En dicha sentencia el Tribunal Constitucional establece que no hay una “privatización de la labor de la Policía Nacional del Perú” fundamento 52, antes bien, se trata de una “cooperación entre las entidades tanto públicas como privadas con el fin de poder optimizar la protección del orden interno y la seguridad ciudadana” fundamento 55. De igual modo,

en relación a que no se vulnera la neutralidad de la Policía Nacional, señaló que “los deberes de protección a cargo de la Policía Nacional del Perú no han sido desplazados por la disposición impugnada; la prestación de los ‘Servicios Policiales Extraordinarios’ no excluye la adopción de medidas organizacionales internas que permitan evitar cualquier escenario de conflicto; y, no se excluye la activación de conductos de reclamo ante escenarios particulares de desvío de poder” fundamento 71. Además, la constitucionalidad de los “Servicios Policiales Extraordinarios” depende de la falta de subordinación de los efectivos policiales destacados respecto de las entidades en las que efectúan los servicios. En efecto, lo contrario supondría parcializar la labor del resguardo del orden público y de la seguridad ciudadana. Se desprende entonces, que la normatividad que reglamente esta clase de servicios no puede otorgar a las entidades solicitantes alguna potestad de mando sobre los efectivos asignados fundamento 93.

En concreto, en lo referido a la problemática de la protección policial a empresas extractivas en zonas donde existe latente conflictividad social, expuso que los servicios que se presten deben ser realmente “extraordinarios” y que tienen que ver con el hecho que su realización no suponga una severa restricción de los servicios de patrullaje ordinario que se brindan a la comunidad, que no exista alguna subordinación respecto de la empresa a la que se brinda el servicio, y que se observen los parámetros de derechos humanos que emanan de la ley, de la Constitución Política del Perú de 1993, y de los tratados suscritos por el Estado peruano, tal y como se advertirá en el siguiente apartado. El uso de esta figura en estos casos deviene, pues, en excepcional fundamento 112, aspectos esenciales que declararon la constitucionalidad de la norma denunciada.

Sin perjuicio de lo resuelto por el Tribunal Constitucional, la investigadora concuerda con lo expresado por Ruiz Molleda & Másquez Salvador (2018). En dicho informe, los autores referidos señalan que estos convenios extraordinarios suscritos son inconstitucionales en primer lugar, porque al distraer recursos humanos y logísticos de la PNP, afectan, limitan y menoscaban la protección del orden interno y la seguridad pública de la población en general. Nos referimos a las personas que sin oponerse o cuestionar estos proyectos mineros, viven en las zonas de influencia de los proyectos mineros, cuyas empresas han firmado convenios con la Policía Nacional del Perú, y consideran que estos convenios afectan, limitan o menoscaban la protección del orden interno y la seguridad pública de las localidades donde viven, y además, afectan de manera más intensa y grave a aquellas personas o a aquel grupo social que se oponen o han cuestionado los proyectos extractivos,

fundamentalmente los proyectos mineros, pudiendo realizar actos de protesta abiertos y públicos. Estos cuestionamientos son porque estos proyectos violan derechos de los pueblos indígenas como por ejemplo el derecho a la consulta previa cuando estos proyectos están en territorios de los mismos, porque hay violación del medio ambiente o derechos conexos, o por otro tipo de razones como por ejemplo, por considerar insuficientes el canon, sobre canon, regalías o porque consideran que la población no se beneficia en forma adecuada o justa, aspectos que el Tribunal Constitucional no consideró en ninguno de los extremos de su sentencia porque a decir del Tribunal no era “materia controvertida” especular sobre supuestos no referidos, a pesar que se expresaron en la demanda (p. 3).

En el informe realizado por CNDDHH (2013) se destacó que la primera norma emitida en materia de servicios de seguridad privada fue el Decreto Supremo N° 005-94-IN “Ley que aprobó el Reglamento de Servicios de Seguridad Privada”. Esta legalizó el sistema en el que se faculta a privados a ejercer funciones de seguridad que tradicionalmente solo asumían las fuerzas policiales. Posteriormente, en el año 2006, durante el gobierno de Alejandro Toledo se introdujo una modificación del artículo 51 de la Ley de la Policía Nacional del Perú, Ley N.º 27238, autorizando por primera vez los Servicios Extraordinarios complementarios de la Policía Nacional, los cuales no son más que servicios de seguridad privados que se ofrecen a favor de personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, a cambio de una retribución económica. La norma autoriza celebrar convenios legales con el representante de esta fuerza del orden, contemplando además la posibilidad de que este servicio se realice no solo con personal que se encuentren de franco de vacaciones, sino con efectivos que se hallen de servicio. En el año 2009, mediante el Decreto Supremo N° 004-2009-IN se expide el Reglamento de Prestación de Servicios Extraordinarios Complementarios a la Función Policial. En este se regula la facultad que tiene la Policía Nacional, como institución, de ofrecer servicios de seguridad vía contratos civiles de locación y convenios. Finalmente, el 11 de diciembre del año 2012, se aprobó el Decreto Legislativo N° 1148, norma mediante la cual se aprobó la Ley de la Policía Nacional del Perú. En esta, mediante única disposición complementaria derogatoria, se deroga la Ley N° 27238. Esta norma, antes que acabar con estos convenios, los reconoce en el artículo 49. A decir del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Idehpucp) (2013) esta situación acarrea consecuencias muy graves en términos de la deslegitimación, la confianza y la credibilidad de la Policía Nacional:

“Tal vez la consecuencia negativa más grave de la modalidad de seguridad bajo

convenios es la deslegitimación de la función policial y el incremento de la desconfianza de la población en sus autoridades. La figura del convenio tiende a identificar a la policía con la seguridad privada de la empresa, de manera que la población siente que la Policía Nacional no los protege adecuadamente cuando se produce alguna alteración del orden público que involucre a una empresa extractiva. Por medio del trabajo de campo realizado se corrobora que parte de la pérdida de legitimidad de la Policía Nacional frente a la población está en la identificación de esta con la empresa. A manera de ejemplo, en Cajamarca se señaló que la Policía Nacional utilizaba unidades de transporte de las empresas, para sus operativos. Esto genera la impresión de que el Estado no es un actor que tiene por deber hacer cumplir la ley, sino que lo ve como un aliado de la empresa” (p. 53).

Así, pues, a diferencia de lo que expresó el Tribunal Constitucional, Ruiz Molleda & Másquez Salvador (2018) la protección de la seguridad ciudadana no obedece a intereses particulares, sino a la protección de la población frente a la inseguridad ciudadana y a la creciente delincuencia (p. 19). Citando al propio criterio estipulado por el Tribunal Constitucional en la STC 05287-2005-HC -FJ 14,15 “los bienes jurídicos relevantes se encuentra asociada al interés general, mientras que la de los derechos al interés subjetivo particular de quien reclama por su defensa. Lo dicho cobra especial importancia si se parte del supuesto de que la ciudadanía ve cotidianamente arriesgada su seguridad como resultado del entorno conflictivo y antisocial, cuando no de la criminalidad mayoritariamente presente en las ciudades con abundante población y tráfico económico, y frente a la cual se hace necesaria una específica política de seguridad en favor de colectividad”. De allí que, se vuelve a reiterar, la seguridad ciudadana, además de un bien jurídico constitucional, es un bien social con configuración de derecho, cuya tutela, corresponde al Estado, quien es el único que cuenta con ejercicio exclusivo y legítimo del uso de la violencia. En este sentido, debe reafirmarse que la seguridad es otorgada como derecho y servicio por el Estado a todos sus ciudadanos, por lo que no podrá ser exclusivo ni mucho menos utilizado por intereses privados.

En tal forma, la celebración de convenios personalizados entre la Policía Nacional del Perú y empresas de industrias extractivas generan efectos negativos en localidades en donde se asientan, predominantemente rurales, que pudieran ser aquellas en donde esta tenga sus instalaciones, sirvan de hospedaje a su personal o formen parte de concesiones mineras o energéticas (petroleras, gasíferas, hidroeléctricas), evidenciándose casos particularmente graves de afectaciones al derecho constitucional a la seguridad ciudadana: el requerimiento

de traslado de efectivos en servicio de la(s) dependencia(s) policial(es) más próximas hacia el área de funcionamiento de la empresa extractiva, a fin de servirla, en cumplimiento los convenios celebrados, produciendo desmedro en el número de efectivos policiales disponibles para la salvaguarda del interés general del Estado y sus ciudadanos; la existencia de una situación de conflictividad social que enfrente a la población local y a la empresa extractiva, vulnerando el principio de parcialidad, equidad e independencia en la prestación del servicio policial, pues, evidentemente, los efectivos policiales se verán obligados a dar cumplimiento al convenio, prefiriendo la defensa de la empresa extractiva y sus intereses frente a los de la población local; es decir, preferirá el interés de un agente privado frente al interés común; la precariedad de las dependencias policiales en el área de ejecución del proyecto a cargo de la empresa extractiva (es decir, el área de sus concesiones mineras o energéticas), donde tuvieran sus instalaciones de cualquier tipo o que sirvan de hospedaje a su personal, así como la precariedad en las condiciones laborales del personal policial (Ruiz Molleda & Másquez Salvador; 2018; p. 25).

Así, en definitiva, la función policial está referida a las actividades de prestación del servicio policial, que deben realizarse el marco de lo establecido por el ordenamiento jurídico nacional, y, el servicio policial, brindado por efectivos policiales en el cumplimiento legítimo de sus funciones, procura, entre otras cosas, vigencia efectiva de la seguridad ciudadana, que constituye un derecho fundamental, pues se persigue la tutela de bienes constitucionales tales como la vida, la integridad y la propiedad. Empero, dicha función se verá quebrada en la función de imparcialidad cuando se ejecutan estos servicios extraordinarios de protección a empresas privadas de extracción minera en zonas de conflictos sociales ya que, como refieren Ruiz Molleda & Másquez Salvador, es evidente que la Policía Nacional, encargada de dar protección a la empresa a cambio de una retribución económica mediante convenios de seguridad privada, se encuentra en una situación de intereses en conflicto (o conflicto de intereses), pues al trabajar a favor de la empresa (en particular una con sus características, propias de las empresas de industrias extractivas), se encontrarán incapacitados de garantizar sustancialmente la seguridad ciudadana de la población cercana donde se firman estos convenios. Esta preferencia se explica por las facilidades que la empresa otorga a favor de los efectivos policiales, mucho más provechosas que las que la propia Policía Nacional pone a disposición de su personal. Así, en el caso de un conflicto determinado en el que se muestre la oposición de los intereses de la empresa y de la comunidad, el efectivo policial ordinario sopesará su actuación en

función de lo que le parezca más conveniente a nivel personal (antes que profesional), por lo que preferirá la protección de los intereses de la empresa, en desmedro de los comunitarios (p. 30).

Por todo lo dicho se verifica, en sintonía con el enfoque propuesto, que el neoliberalismo es un sistema geopolítico de dominación, y no sólo es una estructura económica, sino un esquema integral que conjuga la violencia política, militar, ideológica, jurídica y estatal, para que las transformaciones estructurales que promueve a nivel nacional y global pongan a las anteriores variables de su lado con el propósito de modificar en beneficio de las clases dominantes los elementos que conforman la convivencia social de la nueva forma de dominación política (Harvey; 2007; p. 189).

En tal forma, con el ejemplo de la “privatización” de la policía para salvaguardar las empresas mineras en zonas de latente conflicto social ayuda a entender cómo los proyectos geopolíticos de las grandes potencias y de los grupos empresariales nacionales como internacionales están vinculados a la manera en la que se desenvuelve el desarrollo legislativo, institucional y jurisprudencial nacional, de arriba hacia abajo, desde una visión elitista y pro-empresarial, en donde lo fundamental es el acrecentamiento del poder y salvaguarda de los intereses empresariales y comerciales y los beneficios para las élites económicas que sostienen la concepción neoliberal hegemónica. En los proyectos neoliberales no importan los beneficios para las sociedades nacionales ni los derechos fundamentales de las personas ni mucho menos por aquellos grupos sociales que critican el modelo social vigente. Éste como otros muchos ejemplos existen al respecto y confirman lo que aquí se asevera.

## CAPITULO II

### METODOLOGÍA

El presente informe de investigación tuvo como principal finalidad evaluar la aplicación de los mecanismos de sanción penal con contexto biopolítico y determinar los efectos en el derecho de protesta, para ello, a continuación, se da cuenta de los aspectos metodológicos principales, tales como: el método de investigación, la técnica de interpretación jurídica, las variables e indicadores, técnicas de Investigación, instrumentos, criterios de Validación de Instrumentos, universo y muestra, sistema de Citación, la confidencialidad y finalmente el conflicto de interés. De esta forma se tomó en consideración:

#### 18. Método de Investigación

Siguiendo la postura de Villabella (2020), toda investigación debe abordarse en función a su naturaleza, siendo que, para el presente caso, la biopolítica y el derecho de protesta se plantearon desde un **enfoque** cualitativo, en consideración a la doctrina revisada por distintos autores, pero también por la interpretación realizada a la casuística analizada en el capítulo de resultados.

En esa línea, si bien el trabajo realizado es cualitativo puro, también se aplicaron otros ítems metodológicos solicitados por el nivel de tesis realizada y además por el propio reglamento de la Escuela de Postgrado. En ese sentido, el tipo de investigación utilizado fue el explicativo – causal y esto es corroborable con las variables, dependiente e independiente, planteadas en el enunciado del presente trabajo.

#### 19. Técnica de Interpretación Jurídica

Tal como afirman los autores Anchondo (2012) y Prieto (2020), utilizar una técnica de interpretación a nivel jurídico, va a cumplir una función vital, porque solo a través de ella se podrá argumentar utilizando como pilares la observación documental, una serie de verdades jurídicas que van a viabilizar la comprobación o no de la hipótesis propuesta. Es entonces, esta la razón por la cual se utiliza una técnica de interpretación

con mayor fuerza para el capítulo de resultados, porque en buena cuenta, a través de ella podemos llegar a encontrar los principales hallazgos de la investigación.

Ahora bien, bajo este panorama de la literatura, se consideró para esta investigación la interpretación gramatical, exegética, con la finalidad de encontrar el sentido verdadero de los casos analizados así como de la información de la doctrina analizada tanto para el caso de la biopolítica y para el derecho de protesta. Luego de aplicar estas dos técnicas, se tuvo que recurrir a la técnica de interpretación sistemática, la cual permitió conocer el estatus jurídico de las dos variables en torno a toda la legislación vigente, evidentemente referida al tema.

Para puntualizar, se tiene que el capítulo I requirió utilizar la interpretación histórica, con la finalidad de conocer los antecedentes de ambas instituciones estudiadas; en tanto que, el capítulo II de acuerdo a la bibliografía actualizada requirió el método exegético; y el capítulo III, utilizó la revisión sistemática, a efecto de que se pueda concatenar toda la normativa y bibliografía acopiada y analizada.

## **20. Variables e Indicadores**

De acuerdo al enunciado planteado en el proyecto de tesis: Aplicación de los mecanismos de sanción penal con contexto biopolítico y sus efectos en el derecho de protesta, Perú, 2022. Se tiene que la variable independiente radica en los mecanismos de sanción penal con contexto biopolítico; y la variable dependiente, ubicada en el derecho de protesta, todo esto en el contexto y legislación peruana vigente al año 2022.

De esta manera, se procede a detallar cada uno de los indicadores y subindicadores desarrollados en el marco teórico y de resultados.

## CUADRO DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

| CUADRO DE OPERACIONALIZACION DE LAS VARIABLES E INDICADORES |                                                                                                    |                                                                                                                   |
|-------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| VARIABLE INDEPENDIENTE                                      | INDICADORES                                                                                        | SUB INDICADORES                                                                                                   |
|                                                             | - Derecho de protesta.                                                                             | - Teoría del delito                                                                                               |
| Mecanismos de sanción penal con contexto biopolítico        | - Análisis doctrinario y normativo de los alcances y límites de las sanciones en el derecho penal. | - Jurisprudencia                                                                                                  |
|                                                             | - Análisis del derecho penal como mecanismo de control social                                      | - control social<br>- Decretos legislativos con contenido biopolítico                                             |
| VARIABLE DEPENDIENTE                                        | INDICADORES                                                                                        | SUB INDICADORES                                                                                                   |
| El derecho de protesta                                      | -Neoliberalismo y gobierno de la sociedad                                                          | - Límites del marco jurídico<br>- Control sobre la intervención de las Fuerzas Armadas<br>- Estados de emergencia |
|                                                             | - Privatización de los mecanismos de control social                                                | - Contradicciones en el marco jurídico                                                                            |
|                                                             | - Criminalización de la protesta social                                                            | - Contexto de actividades extractivas<br>- EL uso de la fuerza policial                                           |

### 21. Técnicas de Investigación

La técnica utilizada en la investigación jurídica por excelencia viene a ser la observación documental, siendo que para el presente informe de investigación no fue la excepción su utilización. Esta técnica se requirió para el análisis de las fuentes primarias, artículos indexados, revisiones sistemáticas, libros y documentos oficiales publicados en páginas

oficiales del Estado.

Respecto de la redacción del capítulo de resultados, se tuvo que para el análisis de los 13 casos observados en el capítulo de resultados se requirió de la técnica del fichaje teniendo como principal instrumento la ficha de observación estructurada, con la cual se pudo levantar información relevante para la determinación de la hipótesis planteada.

Finalmente, respecto del **diseño** de investigación la investigación refleja una no experimental. Se afirma esto en función a que no se ha manipulado el contexto ni el contenido de las variables propuestas en el enunciado. La observación realizada respecto de la normativa con contexto biopolítico y el derecho de protesta se observó en su contexto jurídico original.

## 22. Instrumentos de la Investigación

En relación a la técnica de observación documental y el fichaje, se plantearon instrumentos destinados a levantar información para el marco teórico, el marco metodológico y el capítulo de resultados. Para el capítulo del marco teórico se utilizó la ficha resumen, ficha bibliográfica y la ficha textual, para posteriormente realizar el parafraseo respectivo. Luego se tiene que para la elaboración del capítulo de resultados se diseñó una ficha de observación estructurada, la cual estuvo enfocada en analizar toda la normativa y jurisprudencia que con contenido biopolítico en el contexto del derecho o sanción a la protesta.

Por otro lado, para el recojo de información se ha realizado una revisión teórica en las bases de datos:

- Scopus
- Web Of Science
- Science Direct
- Springer

Respecto a bibliotecas y repositorios virtuales de tesis a nivel nacional e internacional, las seleccionadas fueron:

- Biblioteca de la Universidad Católica de Santa María

- Biblioteca de la Universidad Nacional de San Agustín
- Biblioteca Personal y Exploración en Internet.

Por otro lado, para la revisión de los instrumentos legales nacionales e internacionales de derecho comparado, se utilizó fichas de observación documental estructurada, elaboradas por el investigador tales como: fichas textuales, fichas resumen y fichas bibliográficas.

### **23. Criterios de Validación de Instrumentos**

Para la aplicación de los instrumentos, previamente se requirió la aprobación del mismo por medio de dos abogados expertos con grado académico de Doctor en Derecho, siendo ellos el Dr. Dante Armando Cervantes Anaya y el Dr. Obed Vargas Salas. En ese sentido, específicamente para la validación de los instrumentos se utilizaron los siguientes criterios: pertinencia, organización, objetividad, intencionalidad, actualidad, suficiencia, claridad, consistencia, coherencia y metodología.

Los puntajes obtenidos en la validación de instrumentos fueron de ochenta y cinco por ciento en calidad de bueno.

## 24. Universo y Muestra

Respecto al universo y muestra, se utilizó la metodología propuesta por Vasilachis (2019), respecto de Estudio de Casos. Estos casos fueron los suscitados en el Perú, donde por su trascendencia se pudo evidenciar la vinculación del derecho de protesta con contexto biopolítico. En ese sentido, se pasa a especificar cuáles fueron los casos escogidos:

|    | Año                                   | Caso                                                                                 |
|----|---------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------|
| 1  | Setiembre 2007                        | Caso Porcón (Cajamarca)                                                              |
| 2  | Marzo 2008                            | Caso Majaz                                                                           |
| 3  | Marzo 2008                            | Caso Andoas                                                                          |
| 4  | Mayo 2009                             | Caso Yurimaguas                                                                      |
| 5  | Junio 2009                            | Caso Bagua                                                                           |
| 6  | Junio 2009                            | Caso Bagua                                                                           |
| 7  | Noviembre 2011-<br>Setiembre del 2012 | Caso Conga                                                                           |
| 8  | Mayo 2012                             | Caso Espinar                                                                         |
| 9  |                                       | Caso Pluspetrol Norte S.A Y Los Pobladores De La Comunidad Nativa De Andoas.- Loreto |
| 10 |                                       | Caso Proyecto Minero “Tía María” - Southern Perú Copper Corporation                  |
| 11 | Mayo 2011                             | Caso Proyecto De Concesión Minera "Santa Ana"                                        |
| 12 | Setiembre 2019                        | Caso “Las Bambas”                                                                    |
| 13 |                                       | Caso Walter Aduviri Calisaya                                                         |

Producto de esta selección de casos es que se procede a realizar el análisis e interpretación del capítulo de resultados, siguiendo de forma estricta las estrategias de la investigación cualitativa.

## **25. Sistema de Citación**

Conforme a lo estipulado por el Reglamento de Grado y Títulos de la Escuela de Post Grado de la Universidad Católica de Santa maría se utilizó el Estilo APA 7ma edición.

## **26. Confidencialidad**

Conforme la Ley 29733 y su reglamento contenido en el D.S. 003-2013-JUS, se mantiene la reserva de datos sensibles de los actores involucrados a nivel público y privado. Sin embargo, al ser información pública se evidencian algunos datos para dar mayor fiabilidad de lo expuesto en el capítulo de resultados.

## **27. Conflicto de Intereses**

La tesista declara que no hay intereses personales que se hayan involucrado para la realización de la presente tesis. Esto siguiendo las reglas de la ética en la investigación lo cual se verá reflejado en la fiabilidad de la información vertida en el presente informe de tesis.

## CAPÍTULO III

### RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En el presente capítulo vamos a evaluar los mecanismos de sanción aplicados en el ejercicio del derecho de protesta.

En tal forma, el abordaje de éste último capítulo se encuentra relacionado a acreditar cómo es que en los últimos años en nuestro país la potestad punitiva del Estado se ha convertido en un mecanismo de control social que va más allá de su rol de última *ratio*, privatizando la justicia penal y criminalizando la protesta social, tal como se ha establecido en la *hipótesis de investigación*. Para dicho acreditaje, nos valdremos de criterios legislativos, políticas ejecutivas y casuística judicial que permita acreditar ello.

Cómo se dijo anteriormente, ya que la biopolítica, en suma, versa sobre el gobierno de los hombres como sujetos vivos pasibles de control y dominación social, y el derecho penal del enemigo hunde sus raíces en un funcionalismo de control jurídico el cual busca focalizar y sancionar previamente cualquier ataque que atente contra el orden social, entonces se desprende de dicha mezcla de premisas ideológicas que el fin último es mantener un orden social determinado.

Así, la principal oposición, por naturaleza, que se suscita a nivel social es la discrepancia de políticas y gestiones gubernamentales como empresariales que desembocan en la aplicación de medidas en contra de determinados grupos sociales. En base a ello, la protesta social se convierte en el principal vehículo para manifestar una clara oposición que necesita ser atendida tanto por el Estado como por los agentes privados. No obstante, antes de brindar una salida conciliadora en la cual se tenga como fin la solución y beneficio de todos los autores de la disputa, lo que se realiza es una persecución punitiva en contra de la disidencia social, ya sea a través de la represión policial, legal o ideológica.

Justamente, Vásquez (2013; p. 12-13) ha realizado un cuadro respecto de los casos judicializados en protestas sociales hasta el año 2012:

**Tabla 03: Casos judicializados de protestas sociales.**

| Año              | Caso                    | Motivos                                                                                     | Delitos                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Denunciados                                                                                                                                       |
|------------------|-------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1 Setiembre 2007 | Caso Porcón (Cajamarca) | Protesta contra Minera Yanacocha por afectación al agua                                     | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Disturbios</li> <li>- Entorpecimiento de servicios públicos</li> <li>- Violencia y Resistencia a la autoridad</li> </ul>                                                                                                                                                                    | 32 líderes de la comunidad incluyendo el Alcalde                                                                                                  |
| 2 Marzo 2008     | Caso Majaz              | Marchas contra Proyecto Minero Río Blanco                                                   | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Terrorismo</li> <li>- Disturbios</li> <li>- Apología</li> <li>- Secuestro</li> <li>- Asociación ilícita</li> <li>- Motín</li> <li>- Conspiración</li> <li>- Lesiones graves y leves</li> <li>- Coacción</li> <li>- Daños</li> <li>- Violación de domicilio</li> <li>- Usurpación</li> </ul> | 33 Dirigentes de Frentes de Defensa y miembros de ONGs que los apoyaban                                                                           |
| 3 Marzo 2008     | Caso Andoas             | Protesta contra la empresa Plus Petrol por daño al medio ambiente y oportunidades laborales | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Disturbios</li> <li>- Violencia y Resistencia a la autoridad</li> <li>- Robo agravado</li> <li>- Lesiones graves</li> <li>- Homicidio calificado</li> </ul>                                                                                                                                 | 50 nativos y mestizos detenidos y 21 procesados                                                                                                   |
| 4 Mayo 2009      | Caso Yurimaguas         | Paro amazónico indígena por la lucha de sus derechos territoriales                          | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Atentado contra los medios de transporte colectivo</li> <li>- Entorpecimiento de servicios públicos</li> <li>- Hurto Agravado</li> <li>- Daños agravados</li> <li>- Disturbios</li> <li>- Instigación al delito de rebelión</li> </ul>                                                      | Dirigentes del Frente de Defensa Parroco del vicariato de Yurimaguas (Mario Bertolini) Dirigente de la Etnia Cocama Presidente Radio y TV Oriente |
| 5 Junio 2009     | Caso Bagua              | Protesta el Gobierno por decretos dictados que afectaban                                    | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Secuestro agravado</li> <li>- Lesiones y muerte</li> <li>- Extorsión</li> </ul>                                                                                                                                                                                                             | 80 personas procesadas entre líderes indígenas y dirigentes sociales                                                                              |

|   |                                       |              |                                                                             |                                                                                                                                                                                                                                                                                           |                                                                                                                                                                                                                                                     |
|---|---------------------------------------|--------------|-----------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|   |                                       |              | derechos territoriales indígenas                                            | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Disturbios</li> <li>- Motin</li> <li>- Delito contra los medios de transporte</li> </ul>                                                                                                                                                         |                                                                                                                                                                                                                                                     |
| 6 | Junio 2009                            | Caso Bagua   | Apoyo a la protesta “pacífica” de Bagua, a través de medios de comunicación | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Apología de sedición</li> <li>- Motin</li> </ul>                                                                                                                                                                                                 | Dirigentes nacionales de organizaciones como AIDSESP, ORPIAN, Union de nacionalidades Ashaninka y Yanesha                                                                                                                                           |
| 7 | Noviembre 2011-<br>Setiembre del 2012 | Caso Conga   | Protesta contra la ejecución del Proyecto minero Conga de Minera Yanacocha  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Disturbios</li> <li>- Extorsión agravada</li> <li>- Entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos</li> <li>- Apología a la rebelión</li> <li>- Atentado contra los medios de transporte</li> <li>- Daños a la propiedad</li> </ul> | 303 denunciados entre autoridades (Presidente Regional, Alcalde Provincial, Gobernador, Consejeros, etc), dirigentes (de los diferentes Frentes de Defensa) y líderes sociales                                                                      |
| 8 | Mayo 2012                             | Caso Espinar | Protesta contra la empresa Minera Xtrata por contaminación                  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Disturbios</li> <li>- Desacato a la autoridad</li> <li>- Secuestro</li> </ul>                                                                                                                                                                    | Oscar Mollohuanca, Alcalde de Espinar Herbert Huamán, Presidente del Frente Único de Defensa de los Intereses de Espinar (Fudie); Vicepresidente del Fudie, Sergio Huamaní; Wilber Waylla, del Frente Único de Transportistas y Choferes de Espinar |

Fuente: Vazques (2013)

A los cuales debemos de agregar los siguientes:

|  | AÑO | CASO | MOTIVOS | DELITOS |
|--|-----|------|---------|---------|
|--|-----|------|---------|---------|

|    |                |                                                                                      |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|----|----------------|--------------------------------------------------------------------------------------|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 9  |                | Caso Pluspetrol Norte S.A Y Los Pobladores De La Comunidad Nativa De Andoas.- Loreto |  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Delito contra el patrimonio</li> <li>- Robo agravado</li> <li>- Disturbios</li> <li>- Violencia y resistencia a la autoridad</li> <li>- Lesiones graves</li> <li>- Tenencia ilegal de armas de fuego</li> <li>- Homicidio Calificado</li> </ul> |
| 10 |                | Caso Proyecto Minero “Tía María” - Southern Perú Copper Corporation                  |  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Tentativa de extorsión</li> <li>- Extorsión</li> <li>- Asociación Ilícita para delinquir</li> <li>- Entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos</li> <li>- Disturbios</li> </ul>                                                |
| 11 | Mayo 2011      | Caso Proyecto De Concesión Minera "Santa Ana"                                        |  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Disturbios</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                           |
| 12 | Setiembre 2019 | Caso “Las Bambas”                                                                    |  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Tenencia ilegal de armas</li> <li>- Producción de peligro común con medios catastróficos</li> <li>- Disturbios</li> <li>- daños</li> </ul>                                                                                                      |

|    |  |                                 |  |              |
|----|--|---------------------------------|--|--------------|
| 13 |  | Caso Walter Aduviri<br>Calisaya |  | - Disturbios |
|----|--|---------------------------------|--|--------------|

Estos casos sustentan lo dicho por Ávila Palomino (2016) quién refirió respecto al “boom extractivista” los niveles de conflictividad socioambiental aumentaron exponencialmente: en 2005, un 20% de los conflictos eran socioambientales, mientras que en 2016 los mismos representaban un 68,9% del total de conflictos.

Empero, antes de empezar con el análisis y engarzamiento con los objetivos de la presente investigación resulta menester empezar fundando las razones de la aplicación de los mecanismos de sanción en estricto aplicado en el ejercicio del derecho de protesta, entonces corresponde hacerse las siguientes interrogantes:

- *¿Existe un vínculo intrínseco entre este accionar de criminalizar la protesta social y el derecho penal del enemigo?*
- *¿Existe discrecionalidad en los operadores jurídicos para perseguir las manifestaciones sociales?*
- *¿Influye en el ideario de los jueces penales la criminalización mediática abordada por los medios de comunicación?*
- *¿El derecho penal del enemigo busca volver belicoso y politizar la prevención social de la población a través de la designación de grupos sociales “enemigos”?*
- *¿Existe una relacion entre lo político/jurídico/social y hasta el cerco mediático comunicacional que permite que la protesta sea mirada como un factor del delito?*
- *¿Se criminaliza mediáticamente a traves de la prensa escrita, radial y televisiva el derecho de protesta?*
- *¿La prensa transmite verdades objetivas o tergiversan los hechos creando sensaciones de miedo e inseguridad en la sociedad?*
- *¿ La criminalización mediática crea un desborde en el poder punitivo del Estado?*

En esa línea, Jakobs se empecinó en formular como derecho penal del enemigo señalando que: “El Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error; o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico” (Jakobs & Cancio Meliá; 2006; p. 47). Ergo, constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico, ante un problema de seguridad contra individuos especialmente peligrosos, ya

que, con este instrumento, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos (Jakobs & Cancio Meliá; 2006; p. 120).

Es una verdad de perogrullo que el Derecho penal cumple la misión de confirmar el mandato jurídico, por encima de la protección de bienes jurídicos, y busca principalmente el aseguramiento de las expectativas normativas esenciales frente a sus defraudadores, esto es, la vigencia de la norma, que permita el desarrollo normal de las actividades ciudadanas (Cerezo Mir; 2005, p. 13). Así, un individuo se comporta como persona mientras actúa de acuerdo a las expectativas sociales institucionalizadas en las normas, esto es, un ser humano pasa de un hipotético estado natural al ser social, esto es, a ser persona. Es así que “Tiene un carácter normativo que es equiparable a la dicotomía de los antiguos teóricos liberales, al dividir entre el hombre (en un hipotético Estado de naturaleza) y el ciudadano (regido por relaciones normativas)” (Jakobs G.; 1997).

Se sigue, entonces, enunciando como lo hace Jakobs & Cancio Meliá (2006), “sólo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal, y ello como consecuencia de la idea de que toda normatividad necesita de una cimentación cognitiva para poder ser real” (p. 51), concurriendo con la referencia de Rousseau que es citado por el dogmático alemán el cual hace mención que “cualquier malhechor que ataque el derecho social, deja de ser miembro del Estado, puesto que se haya en guerra con éste” (p. 120) diferenciándose así, el trato por recibir para aquellos que sean considerados como enemigos, frente al ciudadano que es respetuoso del sistema.

Por ende, dentro de la visión jakobsiana, existe una notable y clara diferencia entre lo que para él es el derecho penal del enemigo, del derecho penal del ciudadano, el ciudadano que acepta y se somete al contrato social vigente.

En ese contexto, el marco legal que rige al sistema penal donde reproduce su intervención, y genera una seria limitación de derechos y libertades ciudadanas en la medida en que las entidades adscritas al sector justicia y policía incrementan sus potestades más allá de los límites establecidos por el Estado Social y Democrático de Derecho.

Por ello, puesto que la biopolítica, cómo ya se expuso ex ante, esencialmente, versa sobre esta nueva gobernanza moderna basada sobre estrategias de control y dominación de los hombres a través de los ejercicios del poder de quién lo ostenta, el derecho penal simbólico como el punitivismo se convierten en ejes necesarios para el control de la población. El Derecho Penal Simbólico está referido a aquella criminalización desproporcionada y

oportunista, en muchos abiertamente pensada para no tener aplicación práctica, que se aparta de los fines tradicionales de la pena empleando a la sanción penal como un medio para transmitir a la población señales que den cuenta de la existencia de una autoridad estatal fuerte y decidida a reaccionar con firmeza en contra de aquellos actos reprobados por la mayoría (Díez Ripollés; 2002; p. 63).

En la criminalización de ciertas conductas recalcitrantemente conservadoras, como el racismo, la derecha política ha encontrado un espacio en el cual puede teñirse de un pretendido progresismo, mientras que, mediante la multiplicación y endurecimiento de las normas penales, la izquierda, resta protagonismo a sus adversarios políticos en el rol de asegurar el imperio de la ley y el orden en el Estado (Cancio Meliá; 2006, p. 357).

Por eso, frente a quién gobierna y ostenta el poder político, el enemigo al estar fuera del Pacto Social, ya sea porque nunca ha estado en él y permanece en un Estado de naturaleza (Hobbes) o porque habiendo entrado en el pacto, lo ha dejado de cumplir (Rousseau) deja de tener el status de persona, convirtiéndose en una especie de criatura animal, a la que el Estado no tiene obligación de respetar sus derechos, hasta el extremo de contraponer un derecho para ciudadanos sujeto a las garantías de un Estado de Derecho y otro para enemigos<sup>9</sup>.

Todo lo anterior se verte o materializa en la prisión como un mecanismo biopolítico para la clausura de los pobres, de la población excedente y migrante, de minorías con poco poder político, habitantes de los márgenes con altas capacidades de desterritorialización, incontrolables según los estándares de la economía de mercado y la nueva mercantilización de las fuentes de empleo; es decir, la desarticulación del trabajo según su relación con el capital. La cárcel es, en el cruce de la política criminal y el derecho penal del enemigo, la táctica biopolítica que cierra la estrategia. Es la gestión de los cuerpos y la materialización de las políticas de seguridad ciudadana, pues simboliza la culminación de la acción policiaca y produce sensación de seguridad. La ideología de las ventanas rotas, más que motivar un ataque frontal y enérgico contra la delincuencia, fabrica ilegalismos y tipifica conductas fácilmente identificables en poblaciones excedentes.

<sup>9</sup> No obstante lo anterior, Rubio-Manzanares (2014) señala que Jakobs propone su teoría en mérito a su funcionalismo a fin de mantener el orden social, no para retornar a un control de Estados absolutos o volver a justificar una suerte de “excepcionalismo” fascista. Así, también expresa, el «Derecho penal del enemigo» reintegra una peligrosa retórica bélica en el interior del Derecho penal moderno, pero la confusión es en buena medida semántica, debido al uso de los conceptos polémicos de «enemigo» y de «persona» por parte de Jakobs (p. 234)

Estas poblaciones exigen mecanismos de gestión fuera de los mercados laborales, espacios biopolíticos para administrar los cuerpos susceptibles de convertirse en peligro social, que como bien señala Agamben no es la cárcel, sino esa forma de encarcelamiento determinado por la modelación del enemigo (p. 143).

De esta forma se produce la Influencia del derecho penal del enemigo en la criminalización de la protesta, que duda cabe que para nadie es un secreto que en Latinoamérica y por supuesto en Perú existe un peligro latente con respecto al derecho de protestar y defender los derechos humanos en América Latina, particularmente entre aquellas organizaciones y/o movimientos sociales dedicados a la defensa de la tierra y el medio ambiente. El concepto de criminalización de la protesta ha sido usado por organismos nacionales e internacionales dedicados a la protección de los derechos humanos y por las propias organizaciones y movimientos sociales para nombrar a un conjunto de estrategias recurridas por actores estatales y no estatales como una forma de intimidar, inhibir y deslegitimar este tipo de luchas.

Todo esto ocurre en el marco de un proceso de escala regional de luchas y conflictos contra proyectos extractivos, neoextractivos y de causas sociales, basados en un patrón de acumulación por desposesión y expansión de la política neoliberal, que se han ceñido particularmente sobre comunidades territorios negros, indígenas y campesinos, que se han articulado en luchas de tipo socioterritorial, para tratar de frenar la desposesión de sus territorios y la implantación de proyectos económicos neoliberales de extracción deliberada de los recursos naturales. Este proceso, registrado desde finales de la década de 1990, se ha intensificado durante las primeras dos décadas de este siglo, configurando un ciclo de luchas socioterritoriales con una notable cantidad de manifestaciones a escala local y regional (Harvey; 2007, p. 96).

Antes de abordar la conexión entre el funcionalismo de influencia jakobsiana materializado en una forma concreta de aplicación con el derecho penal del enemigo en contra de la protesta social, corresponde antes que nada desarrollar cómo se ha ido produciendo la criminalización de la misma.

Cómo bien indica Alvarado Alcázar (2020) la criminalización de la protesta social se entenderá fundamentalmente como un proceso consistente en el uso de la represión física y de mecanismos legales y judiciales contra organizaciones y/o movimientos sociales como una forma de control de la protesta social. El rasgo característico del mencionado proceso

sería la llamada judicialización de la protesta, es decir, el uso de la legalidad y la institucionalidad judicial para encausar y procesar a integrantes de organizaciones y movimientos sociales por su participación y acciones en el marco de conflictos y luchas sociales (p. 29). Por su parte, Saldaña Cuba & Portocarrero Salcedo (2017) afirman que es un fenómeno multidimensional que consiste en el despliegue de acciones y discursos dirigidos a desaparecer y deslegitimar la disidencia política.

Los actos de represión pueden abarcar asesinatos, ejecuciones, desapariciones forzadas, agresiones, amenazas, hostigamientos, actividades de inteligencia y persecución a través de procesos penales, en contra de una persona o grupo de personas. Mientras tanto, los discursos criminalizadores descalifican a los manifestantes como delincuentes, antisistema y, en el caso más radical, como terroristas. Se trata del soporte ideológico que sostiene las acciones contra las protestas sociales (p. 313).

Así, pues, se desprende que dicho proceso de criminalización se encuentra aparejado al uso del derecho penal contra organizaciones y movimientos sociales con un fin determinado. El proceso incluye también la formulación de nueva legislación o la reformulación de la vigente con el fin de crear nuevos tipos penales, que, explícita o implícitamente, encajen conductas típicamente relacionadas con la protesta social a fin de sojuzgarla, silenciarla o enervar lo máximo posible su activación como forma de reclamo frente a determinados ápices o vértices de la dinámica social.

En consecuencia, debido a ésta práctica, vuelve a apuntar Alvarado Alcázar (2020) que este tipo de medidas riñen con lo establecido en las constituciones políticas y ordenamientos jurídicos nacionales, los cuales protegen, en diferentes grados, el derecho a la protesta mediante la tutela de diferentes libertades. En estos casos, se denotan las tensiones que surgen entre la teoría y la práctica legal constitucional y el respeto a las libertades constitucionales de las personas, sobre todo cuando estas se manifiestan mediante formas que cuestionan el orden de “lo permitido” y para hacerlo recurren a formatos de acción calificados como contenciosos, con lo cual, en suma, la restricción de un conjunto de libertades entre las que se incluyen la de expresión, reunión y tránsito. En todos estos casos, la reforma legal ha constituido un núcleo central de la criminalización (p. 30).

Por eso, es evidente que este proceso de criminalización se manifieste en la discrecionalidad con la que actúan los operadores jurídicos para perseguir las manifestaciones sociales. Así, la existencia de tantos y tan vagos tipos penales, eventualmente aplicables a las conductas

en las que suelen materializarse las expresiones de disconformidad con políticas públicas o con el gobierno de turno o alguna idea en particular, podría allanarle el camino a la arbitrariedad. Esto es así, con independencia de la buena o mala fe con la que actuaran los operadores, (Bertoni; 2010; p. III) y, en consecuencia, los procesos penales que se siguen no están dirigidos contra los agentes del Estado por el uso excesivo de la fuerza, sino casi únicamente contra los participantes de las protestas, en especial contra dirigentes sociales y líderes indígenas (Saldaña Cuba & Portocarrero Salcedo; 2017; p. 314).

A pesar de que el derecho de protesta no sólo existe, sino que está expresamente reconocido por la Constitución Política del Perú de 1993 y por los tratados internacionales universales y regionales de Derechos Humanos, pues necesariamente está implícito en la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18, Declaración Universal de Derechos Humanos), en la libertad de opinión y de expresión (art. 19) y en la libertad de reunión y de asociación pacífica (art. 20), dispositivos los cuales imponen a todos los Estados el deber de respetar el derecho a disentir y a reclamar públicamente por sus derechos y, por supuesto, no sólo a reservarlos en el fuero interno, sino a expresar públicamente sus disensos y reclamos, por ello nadie puede sostener juiciosamente que la libertad de reunión sólo se reconoce para manifestar complacencia, además, no sólo está reconocido el derecho de protesta, sino el propio derecho de reclamo de derechos ante la justicia (art. 8); no obstante, la actuación estatal se ha convertido en una acción excesivamente represiva contra los ciudadanos que participan en protestas podría encontrar sus razones en la captura del Estado por parte de élites económicas capitalistas, y en la influencia de las potencias mundiales y de los organismos financieros internacionales a través de tratados y normas constitucionales que han consagrado la defensa del mercado y del interés privado al más alto nivel normativo.

Por ende, la actuación estatal excesivamente represiva contra los ciudadanos que participan en protestas podría encontrar sus razones sosteniéndolas en el tiempo en la captura del Estado por parte de élites económicas capitalistas, y en la influencia de las potencias mundiales y de los organismos financieros internacionales a través de tratados y normas constitucionales que han consagrado la defensa del mercado y del interés privado al más alto nivel normativo (Rodríguez Arias & Arciniegas Santos; 2012; p. 63).

Con lo desarrollado hasta ese punto es que se puede apreciar que hay un vínculo intrínseco entre este accionar de criminalizar la protesta social y el derecho penal del enemigo de enfoque Jakobsiano. A través de la criminalización de la conflictividad se trata de disipar las

tensiones por el uso legítimo de la fuerza pública para controlar las movilizaciones, también legítimas, con lo cual las debilitadas estructuras judiciales se transforman en precisamente la respuesta práctica a estos problemas de selectividad punitiva para acallar la resistencia ciudadana frente a determinadas políticas públicas de los gobernantes. En consecuencia, se refuerzan y retroalimentan opciones de emergencia para fortalecer la seguridad policial, la presencia militar y el poder punitivo del Estado.

En ese orden de ideas, la estrategia de disuasión de los movimientos sociales por medio de la punición, tienen sus antecedentes en el gobierno de Alberto Fujimori, en el que se dictaron normas sumamente represivas contra movimientos y líderes sociales, bajo el aparente propósito de luchar contra el “terrorismo agravado”, siendo que esta política no se modificó en el régimen de Alejandro Toledo y por el contrario continuó aplicándola, sobre penalizándose así delitos que estaban relacionados a las protestas sociales, tales como los bloqueos de carreteras. Toledo facilitaba así el afianzamiento de la política neoliberal de Fujimori. Pero sin duda ha sido el gobierno de Alan García el que más abierta cercanía ha tenido con los grupos económicos y consecuentemente ha sido el más confrontacional y agresivo con los movimientos sociales, especialmente con los de defensa del medio ambiente y los grupos sindicales, a quienes no dudó en calificar de “perros del hortelano”, “enemigos de la patria” o “antidesarrollo”, y contra los cuales generó un vasto conjunto de normas jurídicas para criminalizarlos y neutralizarlos, no escatimó para ello en el uso indiscriminado de la fuerza pública, la militarización de zonas en conflicto, la utilización de leyes contra autoridades locales comprometidas en estas causas, entre otras medidas (p. 3). Agudizado esta realidad a través de los gobiernos de Ollanta Humala, Pedro Pablo Kuczynski Godard y Martín Vizcarra y el afianzamiento y protección de la política extractiva.

Se debe tener presente que la mayoría de estos conflictos y por ende los mecanismos de represión se presentan en relación a megaproyectos que entran en tensión con las comunidades por el uso de los territorios, la afectación a su medio ambiente, y el poco o escaso beneficio que les generan a las mismas a pesar de las importantes ganancias económicas que se pregonan (p. 4) casos que serán materia de pronunciando en esta investigación.

Desde luego, no estamos frente al mismo fenómeno de represión de la década de los años 70 u 80, período en el que se intentaba contrarrestar a sindicalistas que luchaban por mejoras

laborales, contrario sensu, estamos frente a un fenómeno mucho más evolucionado que intenta neutralizar mediante métodos diversos a los movimientos sociales constituidos por los excluidos, aquellos que quedan fuera de un sistema.

Al contrario, puesto que, cómo estipula claramente Vásquez (2013), esta es una nueva forma que se genera en el marco del afianzamiento del neoliberalismo en el cual el Estado tiene que garantizar la funcionalidad del sistema que normalmente entra en tensión con intereses de tipo social. Es en este marco que se generan los procesos de reacción y movilización social y frente a ello aparece también la respuesta represiva y cada vez más criminalizadora del Estado que no solo se limita a intentar recuperar el orden, sino que despliega toda una política para excluir cualquier elemento que perturba la funcionalidad del modelo por el que ha optado (p. 7).

Por eso, cómo se dijo anteriormente, ya que el derecho penal del enemigo busca volver belicoso y politizar la prevención social de la población a través de la designación de grupos sociales “enemigos”, aspecto que si bien originariamente Jakobs formulo en mérito a terroristas, organizaciones criminales y mafiosas que efectivamente causan estragos en la sociedad, la utilidad de dicha concepción ha devenido en un uso de parte de los Estados para sojuzgar y acallar a grupos sociales y sectores de la ciudadanía que rechazan la política neoliberal impuesta en este territorio.

La criminalización no solo es la represión, es una política más compleja, que incluye el entramado político/jurídico/social y hasta el cerco mediático comunicacional que permite que la protesta sea mirada como un factor del delito. En esa medida no solo es la utilización de la fuerza pública, la criminalización implica el uso de otros mecanismos, principalmente el sistema jurídico, el uso de las leyes para detener y condenar a los activistas sociales, lo cual permite “legalmente” hostigarlos, perseguirlos, encarcelarlos, y hasta torturarlos o asesinarlos, comparándolos con delincuentes y/o terroristas<sup>10</sup>. Es una estrategia del Estado, o en estricto, del gobierno, que consiste en mirar los conflictos desde la perspectiva criminal. Se traslada al plano jurídico penal la solución de los conflictos que son esencialmente políticos y sociales (Vásquez; 2013; p. 8).

---

<sup>10</sup> No es para nadie una sorpresa que se afirme que en la actualidad hay una coincidencia en el Perú entre la política anti subversiva y la política anti conflictos, la cual se evidencia en la militarización de las zonas en conflicto, el endurecimiento de las penas, los innovadores sistemas de juzgamiento, entre otros. Ejemplo de ello es la infeliz expresión del ejecutivo de la minera Southern Perú, Julio Morriberón, en radio nacional durante las protestas en Islay en el año 2015 quién calificó de «terroristas anti mineros» a los pobladores del Vallo de Tambo.

En tal forma, el control policial de las protestas y, en situaciones excepcionales, los cuerpos militares “contienen” las protestas y utilizan mecanismos de apertura de fuego en contra de los manifestantes para contenerlos. Blay (2013) apunta que estas pautas españolas que han sido importadas a distintos cuerpos policiales en Latinoamérica, convierten al control de las protestas, particularmente la represión sobre estas, en un desarrollo de distribución diferenciado acorde factores como el tiempo, el espacio y el modo de protestar enfocados en los grupos estratégicamente determinados por el Estado (p. 25).

Y, con respecto al tema judicial, dicha judicialización de la protesta consiste, principalmente, en el uso de los instrumentos legales y de las instituciones judiciales como un mecanismo de control sobre las organizaciones y los movimientos sociales. Se trata, esencialmente, en judicializar lo político o de politizar lo judicial, mediante el traslado de los conflictos sociales de la arena política a la arena judicial. Para cumplir ese propósito, los Estados/gobiernos recurren a los instrumentos legales como un mecanismo de control sobre los movimientos. En ciertos casos, cuando no cuentan con los instrumentos, crean nueva legislación, tanto ejecutiva, decretos y similares como legislativa, con el fin de introducir lo necesario para posibilitar la judicialización de ciertos tipos de conductas típicamente relacionadas con la acción de los movimientos sociales.

En mérito a todo lo dicho, se puede afirmar que en ese marco de legitimación de la Protesta Social, se ha construido una serie de justificaciones que no solo han legitimado la Criminalización de la misma sino se la ha naturalizado.

*Ex nunc* es menester analizar como el derecho a la protesta social continúa siendo criminalizado en el Perú siendo que en algunos casos se sanciona penalmente a los protestantes imponiéndoles una pena privativa de libertad; que como ya es consabido a pesar del reconocimiento internacional y nacional del derecho de protesta, empero, nuestra realidad nos demuestra todo lo contrario.

Como bien se ha precisado *vide ut supra*, el derecho de protesta que convocan demandas colectivas que a la vez se engarza con la existencia de una sociedad democrática dentro de ese escenario no es ajeno señalar el rol importante de la prensa en consideración a que esta criminalización se vincula con los intereses individuales de las autoridades estatales, reforzando los estereotipos de criminalización, ergo, ¿cuál es el razonamiento de los jueces penales frente a los delitos contra la tranquilidad pública en específico el tipo penal de disturbios previsto y sancionado en el artículo 315 del Código Penal del Perú de 1991?

“El que, en una reunión tumultuaria, atenta contra la integridad física de las personas y/o mediante violencia causa grave daño a la propiedad pública o privada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 6 ni mayor de 8 años. Sera sancionado con la misma pena cuando los actos descritos en el primer párrafo se produzcan con ocasión de un espectáculo deportivo, o en el área de influencia deportiva. Constituyen circunstancias agravantes (...)”, Código Penal del Perú (1991).

Entonces, naturalmente los medios de comunicación admiten masificar un mismo mensaje a los receptores de manera instantánea; hecho que puede modificar el entorno social desempeñando un rol indirecto el mismo que repercute en la vida de las personas con la posibilidad de ejecutar dominio que muchas veces puede estar alejada de la voluntad de los receptores construyendo una verdad impuesta el mismo que puede considerarse como una forma de control social, ergo, ello repercute en la tutela penal frente a los derechos de protesta social bajo el ideario normalizar las acciones represivas ya sea de los agentes policiales y agentes judiciales estando frente a un escenario de persecución mediática de los protestantes.

Esta forma de control social como política de control donde el protagonista es el juzgador y los sujetos pasivos son los protestantes que expresan su inconformidad frente a derechos que consideran desatendidos por parte de nuestros representantes, trasladándose a un escenario de juzgamiento o judicialización que se concibe como la posición dominante.

Llanos, (2015) señala los estereotipos se dan en 2 dimensiones: en la denominación estereotipada con que el discurso mediático identifica a los miembros de la protesta o movimiento social y la descalificación de las demandas, acciones o miembros de la protesta social.

Nuestra realidad demuestra que la protesta *per se* esta ultrajada al no garantizarse el derecho a la libertad de expresión a la reunión pacífica que se conciben como derechos de corte individuales y colectivos materializado en el derecho a expresar de forma pública opiniones o posiciones respecto de derechos sociales, ambientales o culturales, o afirmar la identidad de ciertos grupos que han sido reconocidos a lo largo de la historia, y como se señaló *vide ut supra* este ejercicio afianza la democracia ello en concordancia con lo regulado por los instrumentos internacionales, empero el juez penal aplica criterios que se aparta de la *ratio essendi* del derecho de protesta.

Es claro que el Estado influye en la regulación de los hábitos y temores de la población en base a temores y amenazas, jugando ahí un rol protagónico el poder mediático por la construcción del enemigo social el mismo que así lo considera al protestante, por la difusión parcializada e inculpatória que legitima el sentimiento de inseguridad de la sociedad lo que ha posibilitado la perpetuidad del control sobre el cuerpo social. La criminalización mediática del derecho de protesta crea estereotipos frente a los protestantes estigmatizando a los participantes y dirigentes, que evidencian solicitudes de aumento y endurecimiento de penas, mayor represión social, aumento de efectivos policiales y militares para hacerle frente a la protesta, trayendo como consecuencia la homogeneización de las opiniones negativas de los protestantes que por diversas motivaciones ejercen su derecho, ergo se manipula la opinión pública utilizando sus posiciones para llevar a estos a la judicialización penal.

A la fecha existen 166 muertes sin respuesta, ocurridas dentro del contexto de las protestas ciudadanas en los últimos 17 años. Esta cifra retrata a ciudadanos fallecidos en actuaciones policiales durante diversas protestas sociales desde el gobierno de Alejandro Toledo (2001-2006), donde un 90 % de personas murieron por impacto de proyectiles de armas de fuego o por problemas respiratorios a causa del gas lacrimógeno. Sin embargo, hasta el día de hoy, ninguna autoridad política ni miembros de las fuerzas de seguridad han sido identificados como responsables ni sancionados en estos 17 años, además de que producto de las manifestaciones muchos han quedado postrados o con discapacidad sin haber recibido alguna reparación civil, ni han sido apoyados por el Estado, Fowls (2021).

Según los registros de la ONG Temblores, durante las protestas han ocurrido 40 casos de víctimas de “violencia homicida” por parte de la fuerza pública y al menos 1956 casos de violencia física, que incluyen 28 agresiones oculares, así como 12 casos de violencia sexual. Es así que, varios agentes de la Policía han sido acusados por la muerte de estas víctimas; a razón de eso, la Policía Nacional comenzó 62 investigaciones disciplinarias en la institución por las que fueron detenidos, hasta ahora, tres uniformados vinculados a la muerte de dos jóvenes baleados durante protestas pacíficas, mientras que, por otro lado, la Fiscalía imputará a varios oficiales por los homicidios de otros tres civiles Perú<sup>21</sup>, (2021).

Este escenario y cifras corroboran el uso excesivo e innecesario de la *vis* ejercida contra los manifestantes la misma que se concreta en heridos, fallecidos, detenciones policiales arbitrarias, actos de tortura, personas desaparecidas, entre otras; y no es acaso una

representación de la violación de un *numerus apertus* de derechos humanos y constitucionales.

El fenómeno de la criminalización mediática frente a los lamentables hechos presentados en las protestas naturaliza estas muertes e incluso llega a disfrazar a los fusilamientos de enfrentamientos presentándolo como sucesos bélicos contra el crimen, donde el cadáver del fusilado es mostrado como signo de eficacia preventiva, como el soldado enemigo muerto en la guerra asumiendo el discurso de la higiene social, donde en este caso los manifestantes son las heces del cuerpo social, Zaffaroni (2011).

El escenario de criminalización de los medios de comunicación quienes difunden noticias con etiquetas de delincuentes y terroristas parcializando el contenido de esta noticia en contra de los estudiantes; y esta no es acaso una realidad a la que se enfrenta cualquier grupo social protestante teniendo como estrategia el poder mediático a reprimir a cierto grupo social, valiéndose del sentimiento de temor e inseguridad que la población tiene un claro ejemplo es la periodista Magaly Medina quien etiquetó a los estudiantes de la Universidad Nacional San Marcos como “aprendices de terroristas” (estudiantes que consideran vulnerados sus derechos denunciando la improvisación del proceso de implementación de los estudios generales donde tomaron su universidad, empero previamente agotaron los diálogos y las instancias previas situación en la que intervino la policía, la prensa, la justicia, ya que frente a la toma de la universidad el rector solicitó el apoyo de las fuerzas policiales iniciándose una persecución penal a un gran número de universitarios a quienes se les promovió imputaciones penales de los delitos de usurpación, daños, disturbios y robo agravado.) en este caso la periodista referida *ex ante* no midiendo las consecuencias de pánico y estigmatización que puede generar en la sociedad ya que es consabido que durante el periodo de los 80 nuestro país era víctima de los terroristas quienes sin reparos y piedad asesinaban a la gente.

Dentro de esa línea, no es acaso que los gobiernos estatales frente a esta realidad hacen ver que la represión utilizada por las fuerzas armadas y/o militares se concatenan con la supuesta seguridad pública a través de la justicia penal constituyéndose no solo como una forma de control social sino como poderes sociales que legitiman el camino de su intervención como parte de tranquilidad social.

Por su parte el poder policial se concibe para Díaz Cardona (1988) “La policía es el instrumento cívico del gobierno que cumple la función de prevención del delito y

mantenimiento de la seguridad; el poder de policía es la acción del Estado tendiente a limitar por coacción la actividad individual, con el fin de tutelar interés públicos que puedan resultar comprometidos, asimismo que el poder de policía, que interviene ante situaciones que generan la inaplicación de las normas sociales y la ineficacia de los mecanismos de control sobre los individuos permitiendo el uso de medidas excepcionales contra los derechos individuales de la ciudadanía que se revisten de legalidad para criminalizar actos que en otras circunstancias no serían criminalizados o criminalizar los actos que no convienen a los intereses económico-políticos del grupo de poder hegemónico en la sociedad.”

El poder de represión por desconocimiento de la libertad del ciudadano contraviene el pacto social vulnerando derechos individuales, políticos, económicos y sociales, como lo es el derecho de protesta y ello se refleja en una persecución a determinados colectivos o grupos sociales llámese estudiantes, comuneros campesinos, trabajadores, comunidades indígenas, profesionales de las distintas ramas, pobladores *per se*; constituyéndose como un *numerus apertus* a todo aquel grupo que muestre su disconformidad y que exija el verdadero cumplimiento de sus derechos debido a que no se puede controlar su libertad creando estereotipos de la protesta.

Por ello, la importancia en delimitar la *ratio essendi* del poder de represión frente al derecho de protesta coexiste actualmente con los poderes policiales, judiciales y mediáticos, y la influencia copulativa de estos tres poderes afianza más la criminalización del derecho de protesta, en *strictu sensu* y esta coexistencia lamentablemente está habilitada por la norma.

Todo lo señalado precedentemente, se comparte el análisis realizado por Saldaña Cuba & Portocarrero Salcedo (2017) en lo siguiente: El decreto legislativo 1095 (2020) es la norma que regula la acción de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional. El texto original, elaborado por el gobierno de Alan García, contenía disposiciones declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional<sup>11</sup> ya que en dicho texto establecía una definición demasiado

<sup>11</sup> El Tribunal Constitucional desarrolló este punto en los fundamentos 374 y 375 de la sentencia 00022-2011-PI/TC: «[...] Así pues, resulta evidente que armas de tipo “punzo cortantes” o “contundentes” no reúnen las características que permitirían dotar a quienes las portasen de una potencia armada objetivamente superior a la de la policía, puesto que estos están autorizados a portar armas de fuego y cuentan con entrenamiento. 375. Si a lo anterior se le suma, como se ha desarrollado supra, la lógica de excepcionalidad y temporalidad que caracteriza a cualquier uso de la fuerza, resulta desde todo punto de vista desproporcionado autorizar el recurso a las FFAA para reprimir a un grupo de personas que, en función de los medios que emplean, son incapaces de representar “hostilidad militar”. En tales casos será siempre la PNP la encargada del control del orden interno». La definición actual de grupo hostil es la siguiente: «Pluralidad de individuos en el territorio nacional que reúnen tres condiciones: (i) están mínimamente organizados; (ii) tienen capacidad y decisión de enfrentar al Estado, en forma prolongada por medio de armas de fuego; y, (iii) participan en las hostilidades o colaboran

en su realización» (fundamento 376).

amplia de «grupo hostil», lo que permitía extender el ámbito de aplicación del derecho internacional humanitario a supuestos de conflictos sociales. Por ejemplo, autorizaba el uso de armamento de guerra y permitía que los delitos cometidos durante conflictos sean investigados y juzgados por el fuero militar. Solo algunos de estos excesos fueron corregidos en la sentencia mencionada al reducir la definición de «grupo hostil». Asimismo, persiste un problema grave vinculado a los supuestos de intervención de las FFAA en el territorio nacional. De los tres supuestos contemplados en el artículo 4, solo en dos de ellos se establece como requisito una previa declaración de Estado de emergencia, pese a que bajola Constitución Política del Perú de 1993, cualquier forma de intervención de las FFAA en el territorio nacional debe considerarse excepcional, por ello, se exige una declaración previa y formal del Estado de emergencia. Con este conjunto de dispositivos normativos, se quiebra esta excepcionalidad y se abre la posibilidad de un uso indiscriminado. El Tribunal Constitucional, en lugar de declarar inconstitucional el artículo 4 inciso 3 en la referida sentencia, establece que «los demás casos constitucionalmente justificados» deben ser entendidos como servicios públicos esenciales, los mismos que se encuentran ya definidos por la legislación laboral, a pesar que el propio Decreto Legislativo 1095 “Decreto Legislativo que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional” ya hace referencia expresa a los mismos. De allí que cuando se habla de «protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país», se hace referencia, en suma, de una fórmula jurídica abierta, cuyo contenido es definido por las autoridades del gobierno, en particular, por el presidente y el ministro de defensa (p. 321-322).

De otro lado, a través de la Ley 30151, de enero de 2014, se modifican las causas eximentes de responsabilidad del Código Penal del Perú de 1991 de la siguiente manera: “Artículo 20°.- Inimputabilidad: Está exento de responsabilidad penal: (...) 11. El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa, causa lesiones o muerte.” Esto, a consideración de Saldaña Cuba & Portocarrero Salcedo (2017) se encuentra en abierta contradicción con los

«Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley», en consecuencia, no se entiende la necesidad de esta modificación, pues el inciso 8 del mismo artículo del Código Penal del Perú de 1991 ya eximía de responsabilidad al que «obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un

deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo» (p. 323). Es por el motivo anterior que la Defensoría del Pueblo (2014) expresó que dicha normativa contravenía parámetros

---

internacionales como los Principios de las Naciones Unidas, que enfatizan en la necesidad de que el uso de la fuerza por parte de los órganos policiales y militares se realice con sujeción a reglas mínimas, claramente establecidas, que garanticen la vida e integridad de las personas<sup>12</sup>.

De otro lado, respecto a la penalización de la protesta social se tienen ejemplos manifiestos. Ya la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015) había señalado que:

“En varios países de la región se emplea el poder punitivo no con el fin de prevenir y sancionar la comisión de delitos o infracciones a la ley, sino con el objeto de criminalizar la labor legítima de defensoras y defensores de derechos humanos. El uso indebido del derecho penal se da por ejemplo cuando se les imputa indebidamente a las y los defensores la comisión de supuestos delitos por las actividades que promueven, privándoles de libertad en momentos cruciales para la defensa de sus causas, así como sometiéndoles a procesos sin las debidas garantías” (p. 50).

Empero, como verificó Ávila Palomino (2016) en el Perú no se ha seguido las reiteradas recomendaciones respecto de la necesidad de derogar o reformular la tipificación de varios de estos delitos por ambiguos y demasiado amplios, más aún si se toma como referencia temporal el periodo del «boom extractivo» (2001-2014) se puede dar cuenta de una serie de modificaciones legales que aumentan las penas en delitos contra el orden público, se crean nuevas agravantes, se amplían los tipos penales, etcétera.

Materialización de lo anterior, nos servimos de lo verificado por Saldaña Cuba & Portocarrero Salcedo (2017; p. 334-336) por cuánto se coincide en el análisis y la inferencia que se desprende del mismo. Así, develaron dichos autores que el delito de disturbios (artículo 315 del Código Penal del Perú de 1991) ha pasado de tener una tipificación limitada y una pena máxima de dos años a una tipificación cada vez más abarcadora y penas más drásticas. En el año 2002 se subsanaron algunas deficiencias del tipo penal y se elevaron las penas a un

---

<sup>12</sup> Pese a dichas observaciones y objeciones a dicha Ley, a pocas semanas de promulgada esta modificación, el Primer Juzgado Penal de Huancavelica absolvió a cuatro policías acusados de homicidio por el conflicto a

causa de la creación de la Universidad de Tayacaja en 2011. En la resolución, el juez señala que, pese a tratarse de hechos anteriores, el principio de retroactividad benigna obliga a la aplicación de la ley 30151 en favor de los procesados. Con esta decisión, el coronel encargado y los suboficiales investigados por la muerte de tres jóvenes debido a perdigones y disparos de rifles policiales AKM permanecen sin sanción alguna hasta la actualidad. (Hoyos; 2014)

rango de entre tres y seis años (ley 27686). En el año 2006, las penas se elevaron a seis y ocho años (ley 28820). Y en el año 2013 se incorporó una agravante que estableció que, si durante la ocurrencia de disturbios, ocurren ataques a la integridad seguidos de muerte, el hecho será considerado como un asesinato, es decir, como un delito de máxima gravedad penado con no menos de veinticinco años de prisión (ley 30037). En el año 2015 se incorporaron agravantes del delito de disturbios: a) en caso de que los participantes de los disturbios usen distintivos de fuerzas policiales o militares, la pena sería entre ocho y diez años; b) si el atentado a la integridad física es seguido de lesiones graves, entre ocho y diez años; y c) si es seguido de muerte, no menor a quince años (decreto legislativo 1237).

En el caso del delito de entorpecimiento de servicios públicos (artículo 283 del Código Penal del Perú de 1991) ha pasado de un tipo específico y una pena en un rango de dos a cuatro años, a un rango de cuatro a seis años en su tipo base y un supuesto agravado que va de seis a ocho años. En 2002 se incorporó un párrafo que establece lo siguiente: “En los casos en que el agente actúe con violencia y atente contra la integridad física de las personas o cause grave daño a la propiedad pública o privada, la pena privativa de la libertad será no menor de tres ni mayor de seis años (ley 27686)”. En el año 2006, se incorporó en la redacción del tipo base lo siguiente: «[...] quien entorpece el normal funcionamiento [...] de la provisión de hidrocarburos [...]» (ley 28820), lo cual está directamente relacionado con protestas socioambientales, y se elevaron las penas al rango de entre cuatro y seis años. En el año 2010, la pena del supuesto agravado se elevó al rango de entre seis y ocho años (ley 29583). En 2016 se incluyó en la redacción del tipo base «el gas y los productos derivados de los hidrocarburos» (decreto legislativo 1245) como parte de los servicios públicos que no pueden ser impedidos, estorbados o entorpecidos en su funcionamiento. Este delito ha sido uno de los más usados para procesar a personas que ejercieron su derecho a la protesta, pues ha sido utilizado en prácticamente todos los procesos penales abiertos como consecuencia de conflictos sociales en la última década.

En relación al delito de atentado contra la seguridad común (artículo 281 del Código Penal del Perú de 1991) instauraba, en su redacción original, penas de tres a ocho años. En el año 2006 se elevaron las penas, ahora van de seis a diez años (ley 28820), y en 2010 se modificó el artículo, castigando a quienes atentan contra infraestructura de electricidad, gas, etcétera (ley 29583). En el año 2016, se incluyó también la infraestructura para la producción de

hidrocarburos (DL 1245). Este tipo penal fue uno de los usados para procesar a los dirigentes sociales por las protestas ocurridas en la provincia de Espinar.

Finalmente, en los delitos contra la integridad física y contra el patrimonio, también se pueden identificar modificaciones que guardan relación con protestas socioambientales de los últimos años. El delito de lesiones graves (artículo 121 del Código Penal del Perú de 1991) establece como agravante que el sujeto pasivo sea miembro policial o militar desde una modificación realizada en el año 2006 (ley 28820). Luego, en 2013 se amplía el supuesto, incluyendo a autoridades elegidas por mandato popular (ley 30054) y en el año 2015 se incluye el supuesto de lesiones seguidas de muerte que, en el caso de policías y militares, se sanciona con una pena de entre doce y quince años (DL 1237). El delito de hurto agravado (artículo 186 del Código Penal del Perú de 1991) ha incluido un supuesto nuevo desde el año 2010 que agrava la pena cuando se trate de bienes, infraestructura o instalaciones de uso público, o relacionados a servicios públicos como saneamiento, electricidad, gas o telecomunicaciones (ley 29583). Asimismo, en 2016 se estableció también la agravante que se refiere a hurtos cometidos sobre infraestructura e instalaciones públicas o privadas que sean utilizadas para toda la cadena productiva de gas, hidrocarburos o derivados (DL 1245). En el año 2016, el delito de extorsión (artículo 200 del Código Penal del Perú de 1991) incorporó una modificación que es tan amplia que es fácilmente atribuida a una acción de fuerza en el marco de protestas sociales, pues se puede entender que los manifestantes efectivamente quieren obtener un «beneficio» de las autoridades. Incluso, algunas acciones de protesta serían supuestos de extorsión agravada, ya que participan más de dos personas, por lo que la pena sería entre quince y veinticinco años.

Estas acciones de tipificación normativa de delitos en contra de la protesta social lo que hace es revelar como causa la expansión de industrias extractivas en el país. Al contrario, otro tipo de delitos como los que atentan contra el medio ambiente o el sistema tributario apenas han recibido atención de los legisladores. De esta manera, algunos delitos que son cometidos por empresas extractivas pasan inadvertidos o no terminan en sanciones concretas, como es el caso de Víctor Gonzales Rocha, presidente de la minera Southern, acusado desde 2007 por contaminación ambiental debido a la descarga de relaves mineros en la bahía de Ite (Tacna). Luego de diversos intentos de elusión de la justicia, para evitar una sentencia de prisión por 30 meses, consiguió una medida cautelar que suspendió el juicio y, posteriormente, una declaración de prescripción. Otro caso es el de la supuesta evasión tributaria de la minera Yanacocha (Saldaña Cuba & Portocarrero Salcedo; 2017; p. 337).

En el ámbito de las modificaciones procesales. La ley 30558 modifica el artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993, extendiendo el plazo de detención policial en casos de flagrancia de 24 a 48 horas y agregando un nuevo supuesto de detención preliminar hasta por quince días en el caso de delitos perpetrados por organizaciones criminales. De otro lado, el decreto legislativo 983 modificó el artículo 259 del Código Procesal Penal del Perú de 2006 y ha extendido el concepto de flagrancia al hallazgo del sospechoso dentro de las 24 horas de ocurrido el hecho. El decreto legislativo 988 establece la incomunicación del investigado apedido del fiscal, en caso de que lo considere indispensable para el esclarecimiento de los hechos por un máximo de diez días. Y el decreto legislativo 989 brinda potestad a la PNP para realizar actos de investigación sin autorización del fiscal, cuando este se encuentre impedido de conducir la investigación, esto implica allanar en locales y realizar las demás diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

Finalmente, la ley 29986 modificó el artículo 195 del Código Procesal Penal, permitiendo el levantamiento de cadáveres por parte de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú en zonas declaradas en Estado de emergencia cuando existan dificultades para la presencia del fiscal.

En síntesis, se aprecia que a los actores de la protesta o manifestantes también se los asocia con la condición criminal, provocando que al ser juzgados el tratamiento sea el mismo que se le da a cualquier delincuente común cuando en realidad son ciudadanos ejerciendo su derecho constitucional a la protesta social (Vásquez, 2013; p. 11). Además, cómo también se expresó, se encuadra a la protesta social bajo los tipos delictivos de Rebelión, Conspiración o Motín, lo que significa que se considera y califica a la Protesta Social como un atentado contra los poderes del Estado y el orden constitucional, situación que en ningún sentido caracteriza a la movilización ciudadana y que más bien evidencia una clara intencionalidad del Estado de procurarle sanciones más rigurosas y crear mayor presión y amedrentamiento en los perseguidos y manifestantes, por lo generales ciudadanos y campesinos inmersos en actos de resistencia de recuperación territorial frente a la prepotencia de los grandes proyectos empresariales.

Además de lo ya referido, se tiene, cómo indica Saldaña Cuba & Portocarrero Salcedo (2017) que acorde al decreto legislativo 1148, las Unidades Territoriales de la PNP son las «encargadas de comandar, orientar, coordinar, evaluar y supervisar el cumplimiento de actividades y funciones policiales dentro de la demarcación de su competencia» (artículo 32, inciso 2). Debido a que los conflictos se producen en distintas regiones del país, son dichas

unidades las llamadas a cautelar el orden público. Empero, sus capacidades son sobrepasadas en fuerza durante los periodos críticos del conflicto a causa de la falta de personal policial adecuadamente entrenado (p.327). En estos casos, la Dirección Nacional de Operaciones Especiales (DINOES) ha acudido en apoyo a las Unidades Territoriales. Existen problemas con esta práctica, pues se trata de agentes con formación de combatientes antsubversivos, formación distinta a la del resto del cuerpo policial. De acuerdo con los representantes de esta dirección, la DINOES interviene por decisión del comando de la PNP con la finalidad de restablecer el orden interno, aunque señalan que existen carencias del tipo logístico carencia de armas no letales y de cantidad de personal disponible (2350 efectivos a su cargo, cuando se requieren al menos 3000) (IDEHPUCP; 2013; p. 38). La intervención de las unidades antsubversivas en conflictos socioambientales no es excepcional, es la consecuencia natural de la hegemonía del discurso extractivista y su construcción del enemigo. En tal forma, cómo se estructura y dinamiza dicha política gubernamental, es acertado concurrir con la afirmación de Silva Santisteban (2016) quién sentencia que a partir del estereotipo ideologizante reproducido a través de los medios de comunicación, se difunde la idea de que el progreso o desarrollo está ligado necesariamente a la extracción de recursos no renovables, lo que supone que las naciones que no utilicen sus recursos como materias primas permitirían que se mantenga la pobreza por ignorancia u holgazanería, y, con ello, en consecuencia, al justo activista social vindicador de sus derechos sociales y ambientales es designado como enemigo de ese modelo de desarrollo, antiminero, antisistema, violento, conflictivo y, en su versión más radical, como «terrorista antiminero» (p. 86).

De otro aspecto, a nivel interno, la PNP cuenta con la directiva que «Establece normas y procedimientos para el uso de armas no letales y armas letales de uso policial en las intervenciones policiales» (directiva 03-17-2015-DIRGEN-PNP/EMG-PNP-B). Esta norma unifica los procedimientos operativos que antes se encontraban aislados, tanto en el uso de armas letales como no letales. Ahí se considera los principios de legalidad y necesidad, se prohíbe el uso arbitrario de la fuerza, se establecen las circunstancias en que se puede usar armas letales y no letales, así como el uso diferenciado de la fuerza frente a civiles. Se trata de una norma administrativa conforme a la cual el personal policial debe ordenar su actuación y proceder de manera conforme a los derechos humanos. No obstante, las garantías de la nueva directiva son menos específicas que la normativa anterior. Por ejemplo, la directiva sobre el procedimiento para el uso racional de la escopeta de caza con perdigones de goma no letal (directiva 03-23-DGPNP-DIREOP/COMAPE/), regulaba a

detalle su uso a distancias no menores de 35 metros, con dirección a las extremidades inferiores, la obligación de dar avisos previos con altavoces, entre otros. Estos detalles ya no existen en la nueva regulación, lo cual constituye un retroceso, pues estándares específicos sirven de parámetro más estricto en el control de los excesos (Saldaña Cuba & Portocarrero Salcedo; 2017, p. 238).

Pérez Aguilera (2017) también coincide en lo expresado anteriormente y dice que la PNP cuenta con un «Manual de operaciones de mantenimiento y restablecimiento del orden público» (2016), donde se establecen los niveles del uso progresivo y diferenciado de las armas letales y no letales en operaciones de mantenimiento y restablecimiento del orden público, se definen tipos de roles en el momento de las intervenciones, el flujo de decisiones según las jerarquías, entre otros. Vale la pena destacar el apartado K del Manual referido a los «Indicios para determinar la peligrosidad de las masas». En el numeral 3 se habla de “el carácter político, contestatario o reivindicatorio de la manifestación” y en el numeral 5 de la “clase y categoría de los ciudadanos convocados” clara denotación de prejuicios ideológicos de parte de la fuerza policial, como si ambos pudieran servir como criterios de peligrosidad *a priori*. En estos supuestos se asume que hay ciudadanos peligrosos en función de su clase o su categoría, de hecho, se habla expresamente de “categoría socio-económica, cultural, laboral o profesional”. Se deja, en tal forma, un criterio de los comandos policiales la determinación de lo peligroso en una interpretación que se apoya en sus valores propios y que muchas veces parece reproducir relaciones de discriminación estructural y prejuicios ideológicos propios de la fuerza policial. Es posible que en disposiciones como esta resida la explicación al hecho de que casi la totalidad de las muertes producidas en conflictos haya ocurrido en zonas rurales del país (p. 64).

Sin embargo, pese a todas estas acciones provenientes del Ministerio del Interior Policía Nacional del Perú que en sí mismas constituyen una clara comprobación de la utilización de dicha institución en contra de la protesta social, dicha situación particularmente gravosa se agrava en peor medida a partir de la “excepcionalidad” declarada por el Presidente de la República con los Estados de emergencia cada vez que estalla un conflicto socio-ambiental.

Cómo se sabe, los Estados de emergencia son supuestos excepcionales que facultan al Estado a suspender determinados derechos fundamentales de manera temporal “en el caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación” (Constitución Política del Perú, 1993, artículo 137). El

Tribunal Constitucional refiere que el estado de emergencia es una respuesta a situaciones extraordinarias que se configuran “[...] por la alteración del normal desenvolvimiento del aparato estatal y/o de las actividades ciudadanas, y cuya gravedad hace imprescindible la adopción de medidas excepcionales [...]” (Defensor del Pueblo – Walter Albán Peraltan c. art. 2º, 4º y 5º, en sus incisos B), C), D), H); 8º, 10º y 11º de la ley 24150, fundamento 12).

Así, Siles (2015) alude a la naturaleza paradójica de los estados de excepción, pues se trata de medidas reconocidas en la propia Constitución Política del Perú de 1993 que suspenden su plena vigencia, con el propósito ulterior de salvaguardarla. Empero, en el Perú, se vive una normalización del estado de emergencia, pues el Estado utiliza este mecanismo de manera regular y frecuente, y se lo aplica a situaciones que no amenazan de modo alguno la continuidad del Estado y la sociedad, como en el caso del valle del río Apurímac y Ene (VRAEM), en la selva central, donde el Estado de emergencia supera la década de duración ininterrumpida (p. 134).

En tal sentido, con éste cóctel de razones para justificar el control y represión policial, el Estado en específico, el poder ejecutivo viabiliza la criminalización de la protesta social mediante “la excepcionalidad” social y una carta abierta impune a las fuerzas policiales para reprimir a los manifestantes apelando a la existencia de actos contrarios a la legalidad vigente, violencia y alteración del orden público que ponen en riesgo la seguridad de los ciudadanos, afectan la propiedad pública o privada, producen desabastecimiento, etcétera, pero que, a final de cuentas, se busca proteger el normal desarrollo de la actividad minera y, en consecuencia, se considera vulnerado cuando ocurren expresiones o acciones de protesta contra dicha actividad. Un ejemplo perfecto que resume y demuestra todo lo expresado es la frase citada por Saldaña Cuba & Portocarrero Salcedo (2017) con respecto a una declaración del general PNP Max Iglesias, titular de la VII Macro Región Policial de Cusco y Apurímac, cuando justifica la expulsión de dos periodistas canadienses que organizaron la proyección de un documental sobre contaminación minera en Chumbivilcas, Cusco:

“Estaban realizando eventos, reuniones en los que estaban alentando los actos de protesta contra la actividad minera legalmente autorizada por el Estado. [...] Han alentado, justamente en aquellos lugares donde se han desarrollado conflictos sociales, alentaban a los actos de protesta [...] Lo que sí está sancionado administrativamente es participar en actividades que pongan en riesgo el orden público y cuando se alienta los actos de protesta justamente estamos invitando a

ello... (sic)” (entrevista del 24 de abril de 2017, realizada por Cusco en Portada; las cursivas son nuestras) (p. 330).

Finalmente, para concluir éste apartado, corresponde obligatoriamente citar la tabla realizada por Saldaña Cuba & Portocarrero Salcedo (2017; p. 333) en relación a las muertes producidas en declaratorias de Estado de emergencia dictaminadas por el Estado:

**Tabla 04: Muertes durante estados de emergencia**

| Conflicto                                         | Decreto supremo                                         | Fecha de publicacion                                     | Personas muertas                                                                  |
|---------------------------------------------------|---------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| San Gaban<br>Toma de<br>hidroelectrica            | 071-2004                                                | 19/10/2004<br>Vigencia desde el<br>dia de la publicacion | Florencia Quispe<br>(36), Jose Sonco<br>Palomino (40) y                           |
| Bagua/ Afrodita<br>(decretos<br>legislativos)     | 035-2009<br>(ampliacion del<br>Estado de<br>emergenica) | 05/06/2009                                               | 33 muertos: 10<br>civiles y 23 policías                                           |
| Cajamarca /Conga                                  | 070 - 2012                                              | 03/07/2012                                               | José Silva Sánchez<br>(35), Eusebio García<br>Rojas (48) y Marcial<br>Medina (17) |
| Espinar / Antapacay<br>(ampliación de<br>Tintaya) | 056 - 2012                                              | 28/05/2012                                               | Rudicendo Puma<br>(27) , Walter Sancia<br>(24)                                    |
| Islay / Tía María                                 | 040 - 2015                                              | 22 /05 / 2015                                            | Ramób Colque<br>Vilca (55)                                                        |
| Cotabambas /<br>Bambas                            | 068 - 2015                                              | 29 / 09 /2015                                            | Exaltación Huamaní<br>(32), Alberto<br>Cárdenas (24), Beto<br>Chahuayllo (39)     |

Elaboracion: Propia

Ahora bien, autonomía y apoliticidad están formuladas mediante el silogismo judicial. La actividad judicial debe evitar toda interferencia que pueda la perturbación del silogismo. Se trata de examinar detenida e imparcialmente los procesos, para encontrar en ellos la verdad,

que a la postre en los fallos no es otra cosa que subsumir el hecho a la norma. De allí que la tarea judicial como el esfuerzo para colocar cuidadosamente los hechos sociales dentro de los dispositivos legales existentes, es el de encontrar la verdad, garantizando el cumplimiento de la misión encomendada a este poder del Estado.

Sin embargo, la realidad contradice la doctrina y los presupuestos fijados *a priori*. Para nadie sería una sorpresa afirmar que la ubicación ideológica de una gran mayoría de juzgadores a nivel nacional es conservadora y con predisposición a tener una simpatía por los grupos de poder, estando alejados, en tal forma, de la postura pretendidamente suspendida de estar por encima de las partes. José Antonio Encinas ya en 1920 decía que el papel de los jueces en la rueda en la cual se aplasta al indio es favorecer al hacendado y al de poder.

En tal sentido, es revelador y bastante acertado el trabajo realizado por Izquierdo Huerta (2018) con respecto a los investigados, procesados y acusados en protestas sociales. Dicho autor afirma que ni la Policía Nacional, el Ministerio Público y el Poder Judicial lo han hecho. Pero según Carmela Sifuentes, presidenta de la Confederación General de Trabajadores del Perú, suman alrededor de 1300 los dirigentes sindicales que vienen siendo investigados o procesados por su participación en los conflictos sociales; sin embargo, de otro lado y con una proyección más prudente, la Asociación Pro Derechos Humanos fija en 600 el número de personas detenidas, denunciadas o procesadas por su participación en actos de protesta (p. 67).

Sigue dicho autor que en cuanto a las imputaciones realizadas, se corrobora la idea de la numerosa concurrencia e invocación de los tipos penales para hacer frente a las manifestaciones de protesta. El catálogo va desde los disturbios hasta el homicidio, pasando por el entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos, daños, secuestro y terrorismo, entre otros. De la maraña de tipos penales empleados se destacan, entre otros, los siguientes: disturbios, disturbios más daños y motín, disturbios más atentados contra los medios de transporte, disturbios más usurpación, disturbios más entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos, disturbios más secuestro y usurpación; por su parte, el tipo penal de entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos, el de atentado contra los medios de transporte, contra el patrimonio y el de terrorismo (p. 68).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha advertido reiteradamente que la justicia penal viene siendo uno de los instrumentos de la persecución contra líderes sociales, en

particular en contextos de industrias extractivas, teniendo los siguientes casos vinculación con este contexto:

## **28. Análisis Caso Porcón – 2007**

### **19.1. Descripción**

En el Rio de Porcón- Cajamarca existen 13 centros poblados siendo la génesis de los conflictos medioambientales que ya es consabido está vinculado a la actividad minera siendo las razones por asentarse en zonas de explotación minera o porque depender del suministro del agua que nace o atraviesa los lugares de las actividades industriales mineras. En esa línea tenemos a la Minera Yanacocha SRL que compro tierras a los campesinos en 1992 hasta el año 2000. Siendo menester resaltar que el primer conflictivo se originó con el proceso de compra de tierras durante 1993-1994. Siendo que la segunda manifestación del conflicto, tuvo origen en el derrame de sustancias tóxicas en las plataformas de exploración del Cerro Quilish en 1993 es así que, a lo largo de nueve años, las denuncias de los campesinos que acusan contaminación de las aguas de los ríos y canales de riego ha crecido extendiendo sus efectos ante la misma población de Cajamarca.

### **19.2. Análisis**

Se debe hacer hincapié en lo siguiente si bien es cierto que este conflicto social medio ambiental no ha generado un escenario penal es decir delitos de disturbios, lesiones, homicidio, secuestro entre otros; empero la naturaleza del derecho de protesta con consecuencias penales tiene su ratio de disidencia en los conflictos medio ambientales.

### **19.3. Interpretación**

Al involucrar demandas sociales que en definitiva refleja la exclusión de sectores de la población en la toma de decisiones del Estado, máxime de existir inminencia de que por la vulneración prolongada de los derechos de los campesinos ello no vaya a concretar una situación de conflicto social con consecuencias y pronunciamientos penales, en así que según la Defensoría del Pueblo registra como “una consecuencia son los más de 250 muertos y cerca de 3,600 heridos en conflictos sociales, registrados desde inicios del año 2006 hasta fines del 2014”, siendo que debemos resaltar la importancia de esta información en consideración a que la misma “constituye una señal de alerta dirigida al Estado, las empresas, las dirigencias de las organizaciones sociales, los medios de comunicación y la sociedad en general a fin de que se tomen decisiones orientadas a conducir el conflicto por la vía de la ley y el diálogo, y se eviten los desenlaces violentos” Defensoría del Pueblo (2022).

## 29. Análisis Caso Majaz – 2008

### 8.3. Descripción

En marzo de 2008, dirigentes y pobladores de las comunidades campesinas Segunda y Cajas y Yanta, en Huancabamba, que se oponían al megaproyecto minero dentro de sus territorios ancestrales, así como los representantes de las ONG que les brindan acompañamiento técnico, fueron denunciados por la presunta comisión de los ***delitos de terrorismo, tortura, disturbios, apología, asociación ilícita, motín, conspiración, lesiones graves, lesiones leves, coacción, secuestro, violación de domicilio, usurpación y daños.***

### 8.4. 20.2. Análisis

Se les imputó ser autores de “acciones violentistas, que van desde el ajusticiamiento popular permanente en contra de campesinos”, hasta impedir “el libre tránsito con tranqueras, tomando plazas públicas, obligándolos a marchar para tomar y quemar campamentos mineros. En octubre de 2008, el Ministerio Público declaró no haber lugar a formalizar denuncia contra Javier Jahncke Benavente y otros 33 defensores del medio ambiente “por falta de elementos de tipicidad, objetividad y subjetividad como elementos de los delitos de terrorismo y tortura”; y en agosto de 2009 se dio por consentida la resolución de no haber lugar.”, esto contenido en Resolución de la Quinta fiscalía provincial Penal de Piura, de 17/9/2008

### 8.5. 20.3. Interpretación

En este contexto, se observa que, al menos de forma preliminar, que la protesta realizada es limitada a los alcances de medidas biopolíticas, donde la protesta realizada con motivo de la intromisión a sus territorios ancestrales, fueron perseguidas con una gran cantidad de tipos penales, evidenciándose la criminalización al derecho de protesta.

## 30. Análisis Caso Andoas - 2008:

### 8.6. Descripción

En este caso corresponde analizar el pronunciamiento judicial de la Sentencia absolutoria emitida el 10 de diciembre del 2009 por los hechos ocurridos en Andoas en marzo de 2008 entre la petrolera Pluspetrol y los pueblos indígenas de la zona es así que el de marzo del 2008 en horas de la madrugada los pobladores con armas de fuego y blancas en un grupo de 300 personas aproximadamente de las comunidades nativas de Andoas, Maraño, Loreto

iniciaron una medida de fuerza contra la Empresa Petrolera PlusPetrol reclamando incremento de sueldos por lo los trabajadores que prestan servicios en las sub contratistas Graña y Montero, APC, Petrex y otros, por considerar que los sueldos de S/ 1,200 y S/1,600 eran injustos, pretendiendo su incremento a S/ 2,500 tomando el Aeródromo de Pluspetrol, después de vencer la resistencia de la policía, apoderándose de camionetas entre otros ello bajo amenazas a los trabajadores de la Empresa obligándolos a transportarlos con la finalidad de dirigirse a los pueblos para azuzar a la población y poder tomar medidas radicales contra las instalaciones de las empresas del lugar; siendo que con fecha 22 de marzo del 2008 la PNP ejecuta un operativo desalojando y recuperando el Aeródromo, teniendo como consecuencia un enfrentamiento que causo lesiones a los efectivos policiales, falleciendo el policía Jaime Reyna Ruiz por un impacto de un indígena de una vegetación aledaña.

### **8.7. Análisis**

En la sentencia en mención, “se demostró la inocencia de los 26 indígenas inculcados por el Ministerio Público bajo los supuestos cargos por delitos de disturbios, violencia y resistencia a la autoridad, robo agravado, lesiones graves, tenencia ilegal de armas y homicidio calificado”. Asimismo, los fundamentos del juzgado radican en el reconocimiento del Convenio 169 de la OIT, así como el Informe de la Comisión de Expertos de Aplicación de Convenios de la OIT (febrero 2009), los documentos de la Defensoría de Pueblo y el Pronunciamiento de los Obispos de la Amazonía (mayo 2009) de la Iglesia Católica. Empero la defensa de la empresa PLUSPETROL interpuso Recurso de Nulidad contra la sentencia absolutoria la misma que está contenida en el Recurso de Nulidad N°1232-2010 – Loreto del 27 de abril del 2011 expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, marcando esta sentencia un precedente jurisprudencial de la ponderación frente al escenario de reconocimiento de derechos constitucionales.

### **8.8. Interpretación**

Respecto al caso, puede observarse que existe una fuerte tendencia respecto a la sobre-criminalización de sujetos que participan en aparentes actos de disturbios; el respeto de los derechos laborales es un tópico con el que actualmente se siguen luchando respecto a las protestas sociales, por lo que su aplicación suele estar bastante restringida a los cánones con los que se maneja el ministerio de trabajo. No obstante, sigue manteniendo su característica

de ser una medida biopolítica pues, impregna un mensaje que cataloga a los empleadores que luchan por sus derechos como revoltosos y violentos frente al ojo social.

### **31. Análisis Caso Yurimaguas – 2009**

#### **8.9. Descripción**

Los hechos del presente caso corresponden a mayo del 2009, donde “el secretario general del Sindicato Único de Trabajadores de Educación del Perú Alto Amazonas, tres dirigentes del Frente de Defensa y Desarrollo de Alto Amazonas, Bladimiro Tapayuri Murayari, dirigente de la etnia Cocama Cocamilla, y Eduardo Acate Coronel, director de Radio y Televisión Oriente, fueron procesados por la presunta comisión de los delitos de atentado contra los medios de transporte colectivo o de comunicación, entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos, hurto agravado, daños agravados, disturbios e instigación al delito de rebelión”.

Siendo que en marzo de 2010, “el Ministerio Público los acusó de haber liderado a más de mil personas, que portaban armas blancas (machetes y lanzas artesanales) y objetos contundentes (palos), prohibir el libre tránsito del público, obligar al cierre de los locales comerciales y mercados de la ciudad, constreñir a terceros a colocar troncos en la carretera Yurimaguas-Tarapoto e impedir el transporte público interprovincial, para de esta manera hacer sentir que su medida de lucha sea escuchada. Igualmente, acusó al periodista de azuzar a los indígenas a plegarse a las movilizaciones y omitir la difusión de los actos vandálicos perpetrados; al sacerdote de haber pronunciado una liturgia “de contenido político” y haber llamado terrorista y asesino al presidente de la República; y a ambos de haber “venido utilizando el espectro radioeléctrico para la transmisión de señales de telecomunicación de manera ilegal. El Ministerio Público ha solicitado once años de privación de libertad para Mario Bartolini Palombi, y diez años para los demás acusados”, esto contenido en el Expediente N° 2009-0155-221602-JX-01-P fiscalía provincial Mixta de Amazonas-Yurimaguas, Acusación fiscal del 1/3/2010.

#### **8.10. Análisis**

Dentro este caso debemos resaltar 2 aspectos relevantes: la utilización del derecho penal como la principal y única opción por parte del Estado frente a protestas o manifestaciones colectivas que reclaman o defienden sus derechos y la falta de legitimidad para la aplicación de esta herramienta estatal materializado en el ejercicio penal por parte del Ministerio Público incurriendo en una nula subsunción de las conductas que se imputan a los presuntos

autores en función de los tipos penales invocados, describiéndose la subsunción de los hechos en el delito de manera genérica.

#### **8.11. Interpretación**

Por lo expuesto, queda bastante claro que el principio de respuesta no contingente del derecho penal es remplazado por el interés del Estado para controlar los índices de disturbios, provocando la criminalización de conductas no típicas, pero enfocando el derecho penal, al ser la herramienta de control más lesiva, como un mecanismo de control biopolítico que ya no obedece al principio de última ratio, sino como una alternativa de control que se encuentra justificada por el mecanismo de corrección social, por más que la conducta imputada sea desechada después, pues el mensaje a la sociedad ya se transmitió.

### **32. Análisis Caso Bagua – 2009**

#### **8.12. Descripción**

Caso en el cual se usó la fuerza policial realizándose un operativo para desalojar a las personas que se encontraban en la “Curva del Diablo” ante la protesta del 5 de junio de 2009 contra un conjunto de 101 decretos legislativos aprobados los mismos que se encontraban relacionados a la Ley N° 29157, ley que delega facultades al Ejecutivo para legislar sobre temas relacionados a la promoción comercial, así como las políticas sobre los territorios que permitían beneficiar a empresas mineras, petroleras, madereras explotando los recursos naturales que les pertenecían vulnerándose su derecho a consulta previa afectándose el derecho al territorio de los pueblos amazónicos denominados Wampis y Awajun, produciéndose la muerte de 33 personas entre civiles y policías y lesiones a otras 200, de las cuales 82 fueron causadas por armas de fuego, siendo que al igual que el caso ex ante, el Ministerio Público formula requerimientos de acusaciones contra 80 personas por la supuesta comisión de los delitos de secuestro agravado (lesiones y muerte), extorsión, disturbios, arrebató de armamento de uso oficial, motín y contra los medios de transporte público, en los que más de 80 personas, entre indígenas, dirigentes sociales y pobladores se encontraron involucrados por su sola participación en la protesta pacífica, máxime que este requerimiento vino con un pedido de prisión preventiva por la comisión de los delitos de apología de sedición y motín en agravio del Estado.

Siendo que en marzo de 2013, la Corte Superior de Amazonas se declaró incompetente para el conocimiento del proceso, remitiendo los actuados a la Sala Penal Nacional, que, a su vez,

se negó a llevar el caso. La Corte Suprema dirimió el conflicto de competencia, indicando que correspondía llevar el juicio a la Sala Penal Liquidadora de Bagua en agosto de 2013. En estos trámites, se perdió alrededor de un año mientras al menos tres indígenas permanecían en prisión”, hechos contenidos en el Expediente N°194-2009 ante la Sala Penal de Apelaciones Transitoria y Liquidadora de Bagua, concluyendo con sentencia el 22 de setiembre del 2016, por los delitos de Homicidio Calificado, Lesiones Graves, Entorpecimiento al Funcionamiento de Servicio Público, Motín, Disturbios, Fabricación y Tenencia Ilegal de Armas, municiones y Explosivos y Arrebató de Armamento o Municiones de uso oficial y Daños materiales Agravados”. Cabe resaltar que este caso se usó la bis compulsiva a través de los efectivos policiales porque de manera violenta se buscó restablecer el Orden Público.

### **8.13. Análisis**

Siendo que mediante sentencia del 22 de septiembre del 2016 se reconoce el derecho a la protesta social que duda cabe que este caso constituye un hito en la historia del Perú, conceptualizando al derecho a la protesta como aquella manifestación de inconformidad con alguna situación o medida que afecta un derecho justificado en que las personas se reúnan y protesten de manera pacífica, lo cual claramente está permitido y regulado en la legislación nacional como lo es en la Carta Magna, reconociendo la Sala la aplicación de normas de carácter internacional que velen por sus derechos, los protejan y obliguen a los Estados a tener especial consideración para la toma de decisiones que duda cabe concretado en el Test de proporcionalidad por la colisión de derechos como el derecho a la identidad cultural, el fuero especial de las comunidades indígenas, la libertad de expresión, el derecho a la libertad de reunión y el derecho al libre tránsito, respecto de estos derechos fundamentales se puede señalar que bajo este principio se busca proteger el interés constitucional de cada caso teniendo en cuenta la razonabilidad y proporcionalidad aplicando las reglas de idoneidad, necesidad, proporcionalidad en strictu sensu o ponderación, máxime de haber reforzado esta ponderación con los principios de idoneidad y necesidad, evaluándose la importancia de los intereses con rango constitucional en conflicto, dentro de los cuales uno tiene más valor que otro buscando así hacer prevalecer o dar mayor relevancia a un bien jurídico que a otro. Siendo del criterio al Sala que es evidente que los integrantes de los pueblos indígenas al bloquear el libre tránsito lo hayan hecho en relación a su derecho de manifestarse pacíficamente pues al ponderarse este derecho al libre tránsito y la protección de su medio ambiente (bien jurídico colectivo superior) se señala que tomaron una decisión razonable

necesaria, adecuada y proporcional pues es una restricción válida o constitucional de un derecho de acuerdo al artículo 89 y 149 de la Carta Magna, asimismo que las protestas de los indígenas se dieron en base a una defensa del territorio que es parte del derecho a la vida como el derecho humano fundamental así pues con la aplicación de un enfoque intercultural acorde a los instrumentos internacionales es que debe de dar el juzgamiento. Ergo la sentencia concluyó con una absolución de los 53 indígenas acusados.

#### **8.14. Interpretación**

Resulta en principio inadmisibles las criminalizaciones también per se, de las demostraciones en la vía pública cuando se realizan en el marco del derecho a la libertad de expresión y al derecho de reunión. En otras palabras: se debe analizar si la utilización de sanciones penales encuentra justificación bajo el estándar de la Corte Interamericana que establece la necesidad de comprobar que dicha restricción (la criminalización) satisface un interés público imperativo necesario para el funcionamiento de una sociedad democrática (...) Es importante recordar que la criminalización podría generar en estos casos un efecto amedrentador sobre una forma de expresión participativa de los sectores de la sociedad que no pueden acceder a otros canales de denuncia o petición como ser la prensa tradicional o el derecho de petición dentro de los órganos estatales donde el objeto del reclamo se origina. El amedrentamiento a la expresión a través de la imposición de penas privativas de la libertad para las personas que utilizan el medio de expresión antes mencionado, tiene un efecto disuasivo sobre aquellos sectores de la sociedad que expresan sus puntos de vista o sus críticas a la gestión de gobierno como forma de incidencia en los procesos de decisiones políticas estatales que los afecta directamente. CIDH (2002).

### **33. Análisis Caso Conga - 2011-2012**

#### **8.15. Descripción**

En este caso, el Tribunal Constitucional mediante Expediente N° 0001-2012-PI/TC, declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Fiscal de la Nación contra la Ordenanza N° 036-2011-GR.CAJ-CR del Gobierno Regional de Cajamarca, que declara inviable el proyecto Conga”. Determinándose que el Gobierno Regional de Cajamarca se extralimitó en sus competencias normativas en consideración que los gobiernos regionales no son competentes para regular aspectos relativos a la gran y mediana minería ratificando que corresponde al gobierno nacional elaborar planes de control de la actividad económica de las empresas dedicadas a la extracción de minerales.

#### **8.16. Análisis**

Se apertura investigaciones penales contra un promedio de trescientas personas, y aunque sería largo colocar la lista de los mismos, está claro que estas personas no son un grupo indiscriminado de ciudadanos que son procesados por excesos en las protestas, sino que cuando menos el 90% de los mismos son líderes sociales o autoridades visibles y con posturas abiertamente críticas al gobierno (Vásquez; 2013; p. 15).

#### **8.17. Interpretación**

Así como se ejerce un control social por sobre la ciudadanía que ejerce actos de protesta en contra de iniciativas ventajosas para el Estado, de igual forma se puede usar al derecho penal para la criminalización de figuras sociales que van en contra de la línea de normalidad que ha adoptado el gobierno de turno. Si en base a los postulados de la biopolítica se requiere un menor margen de pluralidad ideológico, considerando un gobierno descentralizado, se necesita utilizar mecanismos de reincorporación, que en este caso es el derecho penal.

### **34. Análisis Caso Espinar – 2012**

#### **8.18. Descripción**

En el 2017, fueron absueltos los acusados de los presuntos delitos de atentado contra la seguridad común y entorpecimiento a los servicios públicos y disturbios, donde el Ministerio Público solicitó 20 años de prisión efectiva y una reparación civil de 100 mil soles. Empero, la sentencia fue apelada por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos contra el Orden Público del Ministerio del Interior y por la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Ica, logrando que la Sala de Apelaciones y Flagrancia de Ica emitiera una sentencia que declara nulo la sentencia de primera instancia escenario en el cual es evidente la criminalización contra defensores de derechos ambientales cumpliendo en mayo del presente 10 años, siendo procesados por la estigmatización y persecución penal por haber ejercido su derecho a la protesta social en defensa de los derechos humanos.

#### **8.19. Análisis**

Cómo acertadamente ha señalado Saldaña Cuba & Portocarrero Salcedo (2017), a modo de ilustración, A raíz de la resolución administrativa 096-2012-CE, los dirigentes sociales procesados por el conflicto en Espinar del año 2012 (Oscar Mollohuanca, Herbert Human y Sergio Huamaní) tuvieron que seguir sus procesos penales en Ica, ciudad ubicada a veinte horas de Espinar vía terrestre. Luego de un litigio por el cambio de competencia territorial, cuya duración fue de dos años aproximadamente, la Corte Superior confirmó la decisión de que los hechos ocurridos en Espinar sean juzgados en Ica. Recientemente, gracias a los

reiterados pedidos de la defensa, el juez ha permitido que algunas audiencias se realicen a través de videoconferencias.

#### **8.20. Interpretación**

Muy a pesar que el caso haya sido cuestionado por vulneraciones procesales, evidenciado en la declaración de nulidad, lo cierto es que sigue evidenciándose la naturaleza instrumental del derecho penal para ser aplicado como herramienta biopolítica. No es tan relevante si el proceso es llevado con garantías o si la conducta típica es atribuible a alguno de los actores, lo que se persigue es la criminalización de conductas contrarias al normal vivir que busca imponer el gobierno.

### **35. Análisis Caso Proyecto Minero Tía María - Southern Perú**

#### **8.21.. Descripción**

En el cual “el proyecto Tía María de la empresa Southern Copper Corporation, que tendría una duración de 21 años para extraer cobre a través de dos tajos abiertos; así mismo utilizaría las aguas subterráneas a través de pozos que se ubicarán en el Valle del río Tambo. Siendo que desde el primer trimestre del 2009, los pobladores locales hacen pública su denuncia contra el proyecto minero y señalan que afectaría la disponibilidad de agua, lo cual limitaría la producción de arroz, caña de azúcar y páprika en el valle del río Tambo”.

Siendo que ello generó la oposición de los pobladores al proyecto minero, empero el 27 de setiembre del 2009 se convocó a la consulta de los pobladores convocada por los gobiernos municipales de los distritos de Cocachacra, Islay-Matarani, Mollendo, Punta de Bombón, Dean Valdivia y Mejía; las autoridades emitieron la Ordenanza Municipal que convoca a la consulta como mecanismo democrático para recoger el sentido de la población sobre un posible inicio de las actividades mineras donde el 97% de la población que participó de la consulta se manifestó en contra del proyecto minero.

Es así que en abril del 2010, cientos de agricultores y pobladores de la zona tomaron la carretera Panamericana Sur durante 6 días, señalando que el Estudio de Impacto Ambiental no respondía al cuidado ambiental del valle, asimismo, el Frente de Defensa del Pueblo de Islay realizó 3 mil observaciones al Estudio de Impacto Ambiental, teniendo como consecuencia que el gobierno declarara la intangibilidad de las aguas superficiales y subterráneas del Río Tambo, resistiéndose a ello la empresa, por lo que la masiva resistencia comunitaria movilizó y generó por varios meses varias movilizaciones y paros generales en la región, con una fuerte represión y criminalización por parte de las fuerzas policiales.

Desde fines de marzo del año 2011 se inició un paro indefinido y generalizado de la comunidad, que buscaba el rechazo definitivo del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto, lo que dejó tres víctimas fatales (Aurelio Huarcapoma de 50 años; Nestor Cerezo de 31 años ; y Andrés Taype de 22 años) y varias decenas de heridos, finalmente el ejecutivo se vio en la obligación de considerar inadmisibile el estudio de impacto ambiental. Siendo que a fines del año 2012, la empresa volvió a presentar un nuevo Estudio de Impacto Ambiental lo que generó la movilización de la comunidad, situacion donde hubo varios detenidos, uso desmedido de fuerza policial, criminalización de la protesta, huelga de hambre, entre otras manifestaciones realizaron los comuneros y comuneras. Empero, el 4 de agosto del año 2014, el MINEM aprobó el Estudio de Impacto Ambiental.

#### **8.22. Análisis**

En este caso contenido en el Expediente N° 02545-2015-18-0401-JR-PE-01, ante el 1° Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial - Sede Central de la Corte Superior de Justicia de Arequipa emite sentencia con fecha 29 de enero del 2021 pronunciándose por los delitos imputados Tentativa de extorsión, Extorsión, Asociación Ilícita para delinquir, Entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos y Disturbios condenando a Pepe Julio Gutiérrez Zeballos a 16 años de pena privativa de la libertad, a Jesús Mariano Cornejo Reynoso a 7 años y 4 meses de pena privativa de la libertad por los delitos de entorpecimiento del funcionamiento de los servicios públicos y motín, y a Jaime Trinidad De La Cruz Gallegos imponiéndose la pena de 12 años y 4 meses de pena privativa de la libertad.

El colegiado citando al Tribunal Constitucional señala: “(...) En cuanto a la naturaleza de este derecho, este Tribunal considera que se trata de un derecho relacional de libertad y que, como tal, implica la no injerencia del Estado en su ejercicio o realización. (...) Con relación a su contenido constitucionalmente protegido, este derecho comprende la facultad de cuestionar, de manera temporal o periódica, esporádica o continua, a través del espacio público o a través de medios de difusión (materiales, eléctricos, electrónicos, virtuales y/o tecnológicos), de manera individual o colectiva, los hechos, situaciones, disposiciones o medidas (incluso normativas) por razones de tipo político, económico, social, laboral, ambiental, cultural, ideológico o de cualquier otra índole, que establezcan los poderes públicos o privados, con el objeto de obtener un cambio del status quo a nivel local, regional, nacional, internacional o global, siempre que ello se realice sobre la base de un fin legítimo según el orden público constitucional, y que en el ejercicio de la protesta se respete la

legalidad que sea conforme con la Constitución Política del Perú de 1993. (...) En principio, este derecho fundamental no ampara el uso de la violencia como fin o mecanismo de la protesta (...) Una cosa distinta es que durante la realización de las protestas se desarrollen hechos de violencia. Los autores de los desmanes, actos violentos o delitos deben ser sancionados sin reprimir indiscriminadamente a todos los que participan de la protesta por cuanto la responsabilidad penal es individual y la participación en actos o manifestaciones de protesta constituye un derecho, aun cuando sus pretensiones, reivindicaciones o consignas pudieran resultar profundamente caucásicas o desagradables para otros sectores” (Tribunal Constitucional, 2020).

### **8.23. Interpretación**

Citando a la Comisión Interamericana de Derecho Humanos que señala: “la criminalización de la protesta social consiste en el uso del poder punitivo del Estado para disuadir, castigar o impedir el ejercicio del derecho de la protesta y en algunos casos, de la participación social y política en forma más amplia, mediante el uso arbitrario, desproporcional o reiterado de la justicia penal o convencional en contra de manifestantes, activistas, referentes sociales o políticos por su participación en una protesta social, o el señalamiento de haberlas organizado, o por el hecho de formar parte del colectivo o entidad organizadora o convocante”.

“Conforme a esta finalidad imputada, los delitos de entorpecimiento contra el funcionamiento de los servicios públicos, disturbios, bloqueo de vías, daños a la propiedad, entre otros, no serían aquellos objetivos y/o fines que el FADVT buscaría como finalidad; dado que, si la propia empresa Southern o el Estado por iniciativa propia hubiera suspendido el proyecto Tía María, ninguno de estos hechos imputados como diversos delitos se habrían llevado a cabo; vale decir, ninguno de los delitos individualizados por el Ministerio Público y que también están siendo imputados tendrían razón de ser puesto que la principal razón por la que estos hechos se originaron fue precisamente la realización del proyecto minero Tía María -ergo, paralizar, suspender y/o frenar dicho Proyecto Minero Tía María era la finalidad última de la Asociación denominada FRENTE AMPLIO DE DEFENSA DEL VALLE DE TAMBO; y ésta finalidad última no puede ser considerada como la finalidad de la Asociación de cometer varios ilícitos penales como reclama el tipo” (CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA , 2021).

Absolviendo el colegiado a los acusados respecto del delito de asociación ilícita para delinquir, extorsión, disturbios respecto de las calificaciones principales.

Cabe destacar que si bien estas protestas atentaron bienes públicos y privados empero no se puede criminalizar la protesta del valle de Tambo y, por lo tanto, recurrir al Derecho Penal que es considerado como ultima ratio como medio para reprimir las manifestaciones de una población pues ello es contrario a la democracia.

### **36. Análisis Caso Proyecto de Concesión Minera Santa Ana – 2011**

#### **8.24. Descripción**

Este caso es respecto del Proyecto de Concesión Minera Santa Ana, el cual buscaba realizar la exploración y explotación de minerales en los distritos de Huacullani y Kelluyo, escenario que originó una protesta por los pobladores de Kelluyo, Pizacoma y un sector de Huacullani, quienes alegaban los daños al medio ambiente, en el cual hubo reuniones presididas por Walter Aduviri Calisaya, así pues el 02 de marzo de 2011, más de 5,000 personas reunidas en la Plaza de Armas del Distrito de Desaguadero-Chucuito, exigieron el cumplimiento del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo así como el acuerdo de no permitir la explotación de mineral de la empresa minera, es así que el día 26 de mayo del 2011, a las 16:00 pm. un promedio de 15,000 pobladores de la Zona Sur de Puno bloqueó la Avenida El Sol, la carretera Puno-Juliaca impidiendo el libre tránsito de vehículos, formando piquetes de lucha.

#### **8.25. Análisis**

EL caso contenido en el Expediente N° 682-2011-50-2101-JR-PE-02, ante la Sala Penal de Apelaciones en adición Sala Penal Liquidadora y Sala Anticorrupción de Puno de la Corte Superior de Justicia de Puno, en la cual se emitió sentencia el 20 de diciembre del 2019 por el delito de disturbios. Señalando la Sala “que la extracción de recursos a nivel mundial tiene una incidencia directa sobre la conflictividad social siendo en el Perú, la extracción minera uno de los principales problemas al coincidir dichas extracciones con zonas indígenas así pues estos mediante protestas tratan de proteger sus derechos como es el derecho de la consulta previa sin embargo en la mayoría de casos se reprime a estas comunidades por tener un pronunciamiento contrario en tanto se da la falta de cumplimiento del Estado con los acuerdos pactados.

Empero la Sala realiza un pronunciamiento especial sobre el límite al derecho a la protesta señalando que como todo derecho no es absoluto, sino que es limitado razonablemente por

la afectación a otros derechos así pues señala que: “los motivos que se aleguen para prohibir o restringir el derecho a la reunión, deben ser probados. No deben tratarse, en consecuencia, de simples sospechas, peligros inciertos, ni menos aún de argumentos insuficientes, antojadizos o arbitrarios; sino de razones objetivas, suficientes y debidamente fundadas (...) En consecuencia, es necesario que se deje de criminalizar las protestas y estigmatizar a sus participantes. Por ello, debemos recordar que el derecho a protestar nos permite manifestar ese rechazo pacíficamente y sin armas, nos permite convertirnos en agentes activos dentro de nuestra sociedad y enfrentarnos a aquellos actos que consideramos que, en lugar de defender y respetar la dignidad humana, la vulneran (...) El Estado no puede reprimir ni solicitar autorizaciones previas, ya que tal reacción sería inconstitucional. Por lo que recalcamos que esto no debe confundirse con un ejercicio absoluto y arbitrario, sino que la propia Constitución Política del Perú de 1993 ha establecido límites, siendo que la protesta pacífica y sin armas se encuentra protegida, más no la violencia, ya sea de los mismos manifestantes o de las fuerzas policiales.

#### **8.26. Interpretación**

Qué duda cabe, que las protestas tenían una base social, de reclamo por razones ambientales y de protección del territorio. Entre los derechos a la libertad de expresión, reunión, identidad cultural, petición y a un medio ambiente equilibrado y adecuado (artículo 2, numerales 4, 12, 19, 20 y 22, de la Constitución Política del Perú de 1993) versus el derecho al libre tránsito, a la salud y a la propiedad de las personas, en concordancia con el deber de todas ellas de respetar la Constitución Política del Perú de 1993 y el ordenamiento jurídico y el deber del Estado de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y, asimismo, de promover el uso sostenible de los recursos naturales y afianzar la justicia (artículos 38, 44 y 67 de la Constitución Política del Perú de 1993).

### **37. Análisis Caso Las Bambas -2019**

#### **8.27. Descripción**

Generado por el paro indefinido del 25 de septiembre del 2015 donde las comunidades no fueron informadas sobre las modificaciones al Estudio de Impacto ambiental del proyecto minero denominado Las Bambas, produciéndose la muerte de tres manifestantes, 23 personas heridas (15 civiles y 8 policías) y la detención policial de 21 personas manifestantes, 19 so pretexto encontrarse en una actitud sospechosa de las cuales fueron inmersas en un proceso judicial. Siendo que el Ministerio Público acusó a 19 comuneros por la comisión del delito de tenencia ilegal de armas, producción de peligro común con medios

catastróficos, disturbios y, daños, absolviendo a los 19 comuneros el Juzgado Unipersonal de Cotabambas reconociendo el derecho a la protesta social amparado en pronunciamiento del Tribunal Constitucional asentado en el artículo 2, inciso 12 de la Carta Magna reconociendo el a quo que “protestas del 2015 eran legítimas, en la medida que buscaban que se proteja derechos constitucionales como al medio ambiente, territorio, consulta entre otros, ejercido por los comuneros defensores y defensoras ambientales y territoriales.

#### **8.28. Análisis**

Edward Brandon Quispe Ccuno y Javier Mamami Coaquira acusados por haber sido encontrados con armas y explosivos ello asentado en actas de intervención e incautación irregulares porque no coinciden en las horas, fueron levantadas no en el acto sino al interior del campamento minero y, aunque en el acta aparece la firma de la fiscalía, esta no estuvo presente al momento de la supuesta incautación) ambas personas señalan que habrían sido víctimas de tortura por parte de la PNP y que serían ellos quienes habrían sembrado las armas y explosivos (FIDH,2019).

#### **8.29. Interpretación**

Como se puede advertir esta situación es el resultado de la falta de intervención del Estado respecto de los reclamos de la comunidad campesina afectadas por la minería vulnerando los derechos de los comuneros en un intento por callar sus voces y las de su comunidad y paralizarlos mediante la criminalización de las protestas.

### **38. Análisis Caso Parcoy**

#### **8.30. Descripción**

En marzo de 2004, la Federación de Rondas Campesinas del distrito de Parcoy convocó a la presidenta del directorio del consorcio Minero Horizonte SA a una reunión para tratar la Agenda de reclamos de la comunidad, frente a la inasistencia de la empresa un gran número de pobladores de la zona se dirigieron a la empresa y, tras no ser atendidos, procedieron a bloquear la carretera colocando piedras y sogas frente al Departamento de Mantenimiento y a la Oficina de Administración.

Siendo desalojados al día siguiente por la policía y personal de seguridad de la Empresa, por lo que se trasladaron al pie del cerro Rumpuy para después en ese lugar bloquear la carretera que va de Retamas a Parcoy. Ante una nueva e inminente intervención de la autoridad, los manifestantes arrojaron piedras y palos causando heridas diversas a varios efectivos policiales e inmovilizaron, retuvieron y condujeron a otro policía al Sector Fernandini,

donde lo despojaron de su arma y lo golpearon.

Siendo que mediante Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, de 14 de febrero de 2007, recaída en el Expediente N° 5342-2006 La Libertad, condenó a diversos procesados por los delitos de secuestro, disturbios y entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos, por considerar la existencia de suficiente base probatoria, aunque no se realizó ningún análisis de subsunción típica. Señalando que si bien el derecho de petición y el derecho de reunión están tutelados por la Constitución Política del Perú de 1993, los mismos deben ser ejercitados por los ciudadanos de acuerdo a las leyes y reglamentos que se dicten a fin de no perjudicar el derecho ajeno, de modo que cualquier exceso en el ejercicio de tales derechos debe ser reprimido con arreglo a las normas legales consiguientes.

### **39. Análisis**

La Corte Suprema, avalando y sentando criterio a favor de la punición de la protesta social, resolvió no haber nulidad en la sentencia de vista, indicando que el alegado carácter pacífico de la marcha no se corresponde con la descripción de los hechos que no cabe calificar de pacífica una marcha en cuyo desarrollo se lanzan piedras y palos, y menos corresponde admitir, por estar plenamente descartado, que se respondió a una provocación policial; que los policías actuaban en cumplimiento de un deber propio del cargo, cual es desbloquear la carretera y restaurar el orden público afectado; que los encausados intervinieron en la realización de la agresión tumultuaria en cuya virtud se les lanzó piedras y palos lo que trajo como consecuencia varios heridos; y, que se produjo una efectiva perturbación de las condiciones normales de la vida ciudadana, pues se impidió el libre tránsito de vehículos y, además, se perturbó y perjudicó la actividad industrial de la empresa minera y se puso en riesgo la integridad física de su personal y las instalaciones fabriles<sup>13</sup>.

### **40. Interpretación**

Como podemos advertir este es un claro ejemplo de la criminalización de la protesta que como ya resaltamos se concibe como un derecho amparado supranacionalmente y dentro de nuestra legislación el mismo que parte del reclamo de los integrantes de una comunidad campesina que ven amenazados sus intereses que instaron a una mesa de diálogo a la empresa minera, empero, como respuesta se tuvo la materialización de uso de control social a través de la policía que bajo el argumento de restaurar el orden desbloquearon la carretera siendo del criterio la Sala Penal Permanente de no considerar como pacífica la marcha al existir el

---

<sup>13</sup> Poder Judicial, Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, de 14 de febrero de 2007, recaída

en el Expediente N° 5342-2006 La Libertad.

uso de piedras y palos desconociendo que las razones que motivaron esta movilización obedecen en estricto a la defensa de sus derechos e intereses.

#### 41. Análisis Caso Walter Aduviri Calisaya

##### 8.31. Descripción

Walter Aduviri Calizaya, procesado y condenado a 7 años de pena privativa de libertad<sup>14</sup>.

El delito de disturbios ha sido materia de pronunciamiento en instancia de recurso excepcional de Casación N° 274-2020/PUNO de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República con fecha 09 de diciembre del 2020 define los elementos que configuran el delito de disturbios la misma que establece los hechos

<sup>14</sup> Recientemente la Corte Suprema emitió la Casación 274-2020, Puno en la cual se redujo la condena de Walter Aduviri y se expuso como principal argumento del fallo lo que sigue:

“1. No se puede negar (1) que las protestas tenían una base social, de reclamo por razones ambientales y de protección del territorio de quienes allí vivían –no había realizado consultas previas a la población involucrada, y (2) que las autoridades, a final de cuentas, aceptaron muchos de sus planteamientos, lo que revelaría lo fundado de los reclamos materia de protesta. Entre las protestas y los límites trazados por el Derecho penal a su ejercicio se está prioritaria y básicamente ante un conflicto de derechos. Entre los derechos a la libertad de expresión, reunión, identidad cultural, petición y a un medio ambiente equilibrado y adecuado (artículo 2, numerales 4, 12, 19, 20 y 22, de la Constitución Política del Perú de 1993) versus el derecho al libre tránsito, a la salud y a la propiedad de las personas, en concordancia con el deber de todas ellas de respetar la Constitución Política del Perú de 1993 y el ordenamiento jurídico y el deber del Estado de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y, asimismo, depromover el uso sostenible de los recursos naturales y afianzar la justicia (artículos 38, 44 y 67 de la Constitución Política del Perú). 2. Estos hechos no pueden calificarse como un mero “desborde” incontrolable de determinados manifestantes y ajeno a la dirigencia, sino como una respuesta violenta organizada, más allá de que medió, en su base causal, una falta de atención inmediata y acorde con lo solicitado de parte del Estado.

3. Es indiferente a la configuración de la coautoría que se trate de una coautoría ejecutiva –todos los autores realizan todos los actos ejecutivos (completa) o cuando se produjo un reparto de las tareas ejecutivas (parcial)– o una coautoría no ejecutiva –se produce un reparto de papeles entre los diversos intervinientes en la realización de un delito, de tal modo que alguno o algunos de los coautores ni siquiera están presentes en el momento de su ejecución–. En pureza, no es una denominación relevante ni, por lo demás, como sub clasificación interna, está incorporada en el Código Penal del Perú de 1991. 4. Se presenta una causal de disminución de la punibilidad analógica –la analogía *in bonam partem*, según está pacíficamente reconocido, no está prohibida– y, como tal, abarca no solo las circunstancias sino también las eximentes incompletas. Las circunstancias y causales de disminución de punibilidad analógicas ya han sido consideradas por este Tribunal Supremo cuando se refiere a dilaciones indebidas y al superior interés del niño. De lo que se trata es de advertir la análoga significación, el efecto que produzcan y la ratio que la inspira como base –es decir, modificar el contenido de injusto o de culpabilidad, o la punibilidad, cualquiera de estas categorías podría ser considerada motivada de esta atenuación. En este supuesto, no solo constan normas convencionales que se incardinan en el sistema de derechos fundamentales y, por lo tanto, de aplicación directa sin necesidad de intermediación legislativa expresa, sino que es evidente que las lógicas culturales propias deben asumirse en el contexto de un Estado inclusivo y pluralista. Cabe aclarar que no necesariamente se trata de un caso específico de error bajo el marco del artículo 15 del Código Penal del Perú de 1991 –en el ámbito de la comprensión del carácter delictuoso de su acto o de determinación de acuerdo a esacomprensión–, pues es claro que no se da en el imputado, no solo por sus calidades personales –de formación profesional y contactos efectivos con la cultura del Estado– o por su condición de dirigente con relevancia social, sino que la violencia desatada y los daños generados no tienen justificación desde su propia cultura – más allá de reconocer las lógicas de respuesta de ese pueblo ante la vulneración sistemática de sus derechos, y la presión que, como consecuencia de ello, era parte de su reacción ante la falta de atención oficial–. Por lo demás, un límite a ese reconocimiento es que no violen los derechos fundamentales de las personas (artículo 149 de la Constitución Política del Perú de 1993), lo que ha sucedido en el sub-lite, en relación a los titulares de los bienes dañados y/o destruidos, y con otros derechos conexos.”

imputados a Walter Aduviri Calisaya quien fue condenado en primera instancia como coautor no ejecutivo del delito en mención en agravio del Estado.

### **8.32. Análisis**

Se determina la existencia de un legítimo derecho, al momento de realizar las protestas, al tener el Estado la obligación de salvaguardar el bienestar de sus habitantes, empero menciona que aun cuando el motivo sea legítimo, siempre el empleo de violencia niega la protección constitucional a los autores de estos actos la Constitución Política del Perú de 1993 exige que el derecho de reunión se haga pacíficamente sin armas, por ello al momento de generarse la protesta con violencia, aunque el motivo tenga sustento la protesta dejará de ser constitucional y paraconsiderarse como un delito.

Advierte en su fundamento sexto que, las protestas tenían una base social pues se trataba de un reclamo por razones del medio ambiente y del territorio de quienes vivían en la zona donde se pretendía realizar la actividad minera pues estas personas no fueron consultadas previamente así pues las autoridades aceptaron los reclamos que originaron la protesta “lo sucedido el día veintiséis de junio de dos mil once por la cantidad de personas que intervinieron, por su actitud agresiva, por los numerosos bienes inmuebles y muebles afectados, y por los medios utilizados revela, primero, que se cometió un delito de disturbios, por lo que sus intervinientes merecen reproche penal no se trató, desde luego, de disrupciones accidentales, como acotó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y, segundo, que la sistematicidad de los ataques a la propiedad pública y privada, y el hecho que se asaltaran no solo locales del gobierno, sino de entidades de control (...) en virtud, estos hechos no pueden calificarse como un mero “desborde” incontrolable de determinados manifestantes y ajeno a la dirigencia, sino como una respuesta violenta organizada, más allá de que medió, en su base causal, una falta de atención inmediata y acorde con lo solicitado de parte del Estado.”

### **8.33. Interpretación**

En los casos citados, también se ve que la “flexibilidad” de garantías procesales se han visto menoscabadas. Todos estos fácticos y fundamentos expuestos no hacen sino en corroborar lo que se sustenta en esta tesis: la selectividad punitiva jakobsiana basado en un control biopolítico de la población para sojuzgar y punitivizar la protesta social disidente del sistema neoliberal implantado en nuestro país a partir de la dictura fujimorista y sostenida por los distintos gobiernos de turno. En tal forma, se concuerda plenamente con Zaffaroni (1998)

cuando apunta que la selectividad parte del hecho de que el sistema penal solo puede castigar efectivamente una ínfima cantidad de delitos cometidos en una sociedad debido a la gran cantidad de casos que ocurren y a su limitada capacidad de respuesta, por eso, a causa de razones estructurales, esto deviene en un ejercicio de poder que se orienta a la contención de grupos bien determinados y no a la represión del delito, un mecanismo que sirve para la marginación de sectores excluidos y, en el caso que nos ocupa, de disidentes políticos (p. 27).

Finalmente compartimos lo señalado por la CIDH (2015): “La instrumentalización de la justicia penal para amedrentar a defensores de derechos humanos ha sido objeto de denuncia por la CIDH (2015). Algunas de sus características centrales son la imputación de «delitos que están tipificados de una forma amplia y ambigua contrarios al principio de legalidad, o se basan en tipos penales que son anti convencionales y contrarios a los compromisos internacionales en materia de protección de los derechos humanos que han asumido los Estados (...) insuficiencia probatoria, desnaturalización de figuras jurídicas como la instigación, excesiva demora en los procesos e inusitada celeridad en la emisión de órdenes de detención.”

Ergo, que duda cabe que dentro de estos conflictos sociales concurre también el control social por parte de los medios de comunicación que contribuyen a la criminalización mediática del derecho de protesta, claro ejemplo: “Sorprende que este grupo de estudiantes que considera que sus reclamos son justos se cubra el rostro, para tomar esta medida de protesta. No sé si les has podido consultar por qué se están cubriendo el rostro y porque no revelan si pertenecen alguna agrupación, algún gremio, algún colectivo” RPP Noticias, 5 abril del 2018.

**Tabla 05: Pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el derecho de Protesta**

| Nº DE EXP.       | FECHA DE EMISIÓN   | FUNDAMENTO                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|------------------|--------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 00009-2018-PI/TC | 2 de junio de 2020 | <ul style="list-style-type: none"> <li>El derecho a la protesta no es un derecho que expresamente se encuentre reconocido en nuestra Constitución Política del Perú de 1993, por lo que su invocación por la parte demandante implicó que el Tribunal evaluara con base en la noción del “sustento constitucional directo” (F. J. 55) si de nuestra Constitución Política del Perú de 1993 “se desprende un marco de</li> </ul> |

|  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|--|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|  |  | <p>referencia que delimite nominalmente el bien jurídico susceptible de protección en el caso de la protesta” (F. J. 56).</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ El Tribunal parte por reconocer que “[...] la protesta se erige también como un auténtico mecanismo de expresión y eventual reivindicación de las minorías que no logran ser representadas en los ámbitos institucionales a los que solo acceden legítima y legalmente las mayorías, de forma tal que la omisión, en cuanto a su reconocimiento y garantía desde el Estado, no solo menoscabaría profundamente las posibilidades reales de presentar sus demandas a quien corresponda, siempre que estas sean legítimas y legales de acuerdo al orden público constitucional, sino también que dicha omisión contravendría un principio basilar del Estado peruano, de acuerdo con la Constitución Política de 1993, como es el pluralismo, en sus manifestaciones política, ideológica, de pensamiento y creencias. (F. J. 73).</li> <li>▪ El derecho a la protesta social tiene una naturaleza relacionada con la libertad, tanto en su ejercicio o realización. (F. J. 78).</li> <li>▪ “En cuanto a su titularidad, este derecho asiste, en principio, a toda persona, sin que quepa condicionar el reconocimiento del mismo por los motivos prohibidos establecidos de conformidad con el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política de 1993, esto es, de origen, edad, opinión, etc. (F. J. 80). Es decir, este derecho es universal y puede ser demandado por todas las personas en nuestro país; a “excepción de los servidores públicos con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los jueces y fiscales, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”. (F. J. 81)</li> <li>▪ “(...) este derecho comprende la facultad de cuestionar, de manera temporal o periódica, esporádica o continua, a través del espacio público o a través de medios de difusión (materiales, eléctricos, electrónicos, virtuales y/o tecnológicos), de manera individual o colectiva, los hechos, situaciones, disposiciones o medidas (incluso normativas) por razones de tipo político, económico, social, laboral, ambiental, cultural, ideológico o de cualquier otra índole, que establezcan los poderes públicos o privados, con el objeto de obtener un cambio del status quo a nivel local, regional, nacional, internacional o global, siempre que ello se realice sobre la base de un fin legítimo según el orden público constitucional, y que en el ejercicio de la protesta se respete la legalidad que sea conforme con la Constitución Política del Perú de 1993”. (F. J. 82).</li> <li>▪ “En lo que respecta a sus límites, debe tenerse presente que, como todo derecho fundamental, el derecho a la protesta no es un derecho absoluto o ilimitado. Así, los límites de este derecho se desprenden de la prohibición de vaciar de contenido otros derechos, principios y reglas constitucionales. En todo caso, el alcance de los límites que específicamente operen sobre este derecho deberá ser evaluado a la luz de cada caso concreto (...)”. (F.J 83).</li> <li>▪ Este derecho “(...) no ampara el uso de la violencia como fin o mecanismo de la protesta, como tampoco el uso de armas ni la promoción de la discriminación” (F. J.84)</li> </ul> |
|--|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

|                   |                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|-------------------|--------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                   |                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| 00964-2018-PHC/TC | 24 de noviembre de 2020  | <ul style="list-style-type: none"> <li>En esta sentencia el TC ha prohibido al Ejecutivo emplear estados de emergencia de forma indiscriminada en todo el país.</li> <li>El TC estableció tres criterios que el Estado debe respetar escrupulosamente en adelante al decretar o prorrogar estados de emergencia: la temporalidad, la proporcionalidad y la necesidad. (F. J. 12 - 15)</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| 00009-2019-PI/TC  | 20 de agosto de 2020     | <ul style="list-style-type: none"> <li>En esta sentencia el TC ha reconocido que los convenios de servicios policiales extraordinarios pueden comprometer la objetividad de la función policial y generar graves conflictos de intereses, en desmedro de las comunidades indígenas y campesinas que protestan contra empresas del sector extractivo. Cabe señalar que, por medio de estos convenios, la Policía Nacional se obliga a brindar un servicio de seguridad privilegiado a favor de estas mismas empresas. Por ello, si bien el TC no reconoció la inconstitucionalidad de esta herramienta, sí prohibió que sea empleada en lugares donde exista conflictividad social.</li> </ul>                                                                                                  |
| 03136-2021-HC     | 02 de marzo del 2022     | <ul style="list-style-type: none"> <li>De autos se tiene que la alegada detención arbitraria de las favorecidas ha cesado al haber sido puestas en libertad ya la fecha no se encuentran bajo la sujeción policial denunciada, contexto en el que la reposición del derecho a la libertad personal resulta inviable, por lo que esta Sala del Tribunal considera que no existe necesidad de la emisión de un pronunciamiento de fondo al haber sustraído los hechos que en su momento sustentaron la postulación del habeas corpus (5 de noviembre de 2020). Por consiguiente, la demanda debe ser declarada sin precedentes, máxime si las supuestas afectaciones a la integridad personal de las beneficiarias se habrían acontecido y cesado antes de la demanda. (F. J. 7 Y 8).</li> </ul> |
| 02326-2020-HC     | 23 de noviembre del 2021 | <ul style="list-style-type: none"> <li>“(…) Por último, se solicita que se garantice que ningún ciudadano o persona será detenido o arrestado por el hecho de ejercer el derecho a la protesta; Luego, se aduce que existe una sentencia de habeas corpus que declaró fundada la demanda por una situación similar. Al respecto, no se cumple con señalar de manera concreta cuál es la amenaza cierta (conocimiento seguro y no meras conjeturas) e inminente (afectación esté por suceder o esté en ejecución) del derecho a la libertad personal ni a los derechos conexos. Tampoco se adjunte algún medio probatorio que permita afirmar lo contrario” (F. J. 12).</li> </ul>                                                                                                              |
| 01749-2020-HC     | 17 de agosto del 2021    | <ul style="list-style-type: none"> <li>(…) La presente demanda debe desestimarse, pues considere que, en el caso en concreto, las medidas denunciadas responden al legítimo ejercicio del derecho a la protesta de las autoridades locales y pobladores en la procura de la indemnidad de su salud e integridad; en tanto la empresa no ha cumplido con las normas contenidas en el Decreto Supremo 080-2020-PCM, sobre la supervisión y fiscalización de los protocolos sanitarios por parte de los gobiernos locales; por lo cual, dichas medidas no constituyen una vulneración</li> </ul>                                                                                                                                                                                                  |

|                                   |                         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
|-----------------------------------|-------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                   |                         | <p>constitucional per se (Cfr. Sentencia recaída en el Expediente 00349-2004-AA/TC). (...).</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Al respecto debo señalar que, el Tribunal Constitucional en reciente sentencia recaída en el Expediente 00009-2018-PI/TC, ha reconocido el derecho a la protesta como un derecho fundamental, manifestando que: 72. Sin embargo, también es cierto que la democracia representativa puede atravesar por crisis donde se ponga en cuestionamiento la capacidad de los representantes para expresar la voluntad real y auténtica de los representados.</li> </ul>                                                                                                 |
| 01780-2015-HC                     | 01 de marzo del 2018    | <ul style="list-style-type: none"> <li>En la Constitución Política del Perú de 1993 no existe un derecho a la protesta reconocido de manera autónoma. Sin embargo, las protestas sociales sí pueden tener sustento constitucional a partir del ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y reunión (incisos 4 y 12 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993, respectivamente).</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| 00964-2018-AA (Autos-Amicus)      | 09 de enero del 2019    | <ul style="list-style-type: none"> <li>Las recurrentes adjuntan un informe que se refiere a la materia controvertida del presente proceso, analizando los alcances de la declaratoria de estado de emergencia y el derecho a la protesta, así como el contenido de las normas impugnadas, por lo que debe admitirse su intervención en el carácter solicitado.</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| 03970-2016-AA (Admisión en el PJ) | 20 de noviembre de 2018 | <ul style="list-style-type: none"> <li>Por tanto, esta Sala considera que los hechos expuestos pueden representar una incidencia sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a disfrutar de un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida y, por otro lado, al cuestionarse el uso desproporcionado de la fuerza policial sobre manifestantes que se oponen a la ejecución del proyecto Tía María, se advierte que también existe una incidencia sobre el derecho a la protesta. Por ello resulta necesario que la demanda sea admitida a trámite y dar la oportunidad a los demandados de formular los descargos que juzguen pertinentes.</li> </ul> |

Finalmente, respecto de la información y Reporte de Conflictos Sociales N° 217 de la Defensoría del Pueblo en cuanto consideramos pertinente resaltar la siguiente información para reforzar que los casos de protesta social que desde luego contiene demandas colectivas están en aumento, y como ya se habría referido vide ut supra debe ser considerado como una alerta para “el Estado las empresas, las dirigencias de las organizaciones sociales, los medios de comunicación y la sociedad en general a fin de que se tomen decisiones orientadas a conducir el conflicto por la vía de la ley y el diálogo, y se eviten los desenlaces violentos” Defensoría del Pueblo (2022) tal como se ha advertido anteriormente más aun es menester resaltar que la mayoría de los conflictos radican en temas socio ambientales.

Gráfica N° Frecuencia de los conflictos sociales por mes desde abril del 2021 hasta abril del 2022



Elaboración: Defensoría del Pueblo

Fuente: Defensoría del Pueblo

Tabla N° Detalle de competencia por tipo de conflicto

PERÚ: CONFLICTOS SOCIALES POR AUTORIDAD COMPETENTE, SEGÚN TIPO, ABRIL 2022  
(Número de casos)

| Tipo                         | TOTAL      | %             | Gobierno nacional | Gobierno regional | Gobierno local | Poder Judicial | Poder legislativo | Org. Const. Autónomo |
|------------------------------|------------|---------------|-------------------|-------------------|----------------|----------------|-------------------|----------------------|
| <b>TOTAL</b>                 | <b>209</b> | <b>100.0%</b> | 132               | 55                | 17             | 3              | 1                 | 1                    |
| Socioambiental               | 132        | 63.2%         | 106               | 20                | 6              | 0              | 0                 | 0                    |
| Comunal                      | 21         | 10.0%         | 0                 | 20                | 1              | 0              | 0                 | 0                    |
| Asuntos de gobierno nacional | 15         | 7.2%          | 14                | 0                 | 1              | 0              | 0                 | 0                    |
| Asuntos de gobierno regional | 13         | 6.2%          | 0                 | 13                | 0              | 0              | 0                 | 0                    |
| Asuntos de gobierno local    | 9          | 4.3%          | 1                 | 0                 | 7              | 0              | 0                 | 1                    |
| Laboral                      | 8          | 3.8%          | 6                 | 0                 | 1              | 1              | 0                 | 0                    |
| Otros asuntos                | 6          | 2.9%          | 3                 | 1                 | 0              | 2              | 0                 | 0                    |
| Demarcación territorial      | 4          | 1.9%          | 1                 | 1                 | 1              | 0              | 1                 | 0                    |
| Cultivo ilegal de coca       | 1          | 0.5%          | 1                 | 0                 | 0              | 0              | 0                 | 0                    |
| Electoral                    | 0          | 0.0%          | 0                 | 0                 | 0              | 0              | 0                 | 0                    |

Fuente: Defensoría del Pueblo - SIMCO

Elaboración: Defensoría del Pueblo

Fuente: Defensoría del Pueblo

Tabla N° Ubicación geográfica de los conflictos abril 2022

| PERÚ: CONFLICTOS SOCIALES POR ESTADO, SEGÚN REGIÓN, ABRIL 2022<br>(Número de casos) |            |               |            |           |
|-------------------------------------------------------------------------------------|------------|---------------|------------|-----------|
| Región                                                                              | Total      | %             | Activo     | Latente   |
| <b>TOTAL</b>                                                                        | <b>209</b> | <b>100.0%</b> | <b>160</b> | <b>49</b> |
| Loreto                                                                              | 29         | 13.9%         | 28         | 1         |
| Cusco                                                                               | 19         | 9.1%          | 14         | 5         |
| Áncash                                                                              | 15         | 7.2%          | 10         | 5         |
| Apurímac                                                                            | 14         | 6.7%          | 11         | 3         |
| Puno                                                                                | 13         | 6.2%          | 10         | 3         |
| Piura                                                                               | 13         | 6.2%          | 9          | 4         |
| Huancavelica                                                                        | 10         | 4.8%          | 9          | 1         |
| Junín                                                                               | 10         | 4.8%          | 9          | 1         |
| Cajamarca                                                                           | 10         | 4.8%          | 5          | 5         |
| Ayacucho                                                                            | 8          | 3.8%          | 8          | 0         |
| Multirregional                                                                      | 8          | 3.8%          | 5          | 3         |
| Pasco                                                                               | 7          | 3.3%          | 7          | 0         |
| Amazonas                                                                            | 7          | 3.3%          | 5          | 2         |
| San Martín                                                                          | 6          | 2.9%          | 6          | 0         |
| Huánuco                                                                             | 6          | 2.9%          | 5          | 1         |
| Moquegua                                                                            | 6          | 2.9%          | 5          | 1         |
| Lima Provincias                                                                     | 5          | 2.4%          | 3          | 2         |
| Lambayeque                                                                          | 4          | 1.9%          | 2          | 2         |
| Nacional                                                                            | 4          | 1.9%          | 1          | 3         |
| La Libertad                                                                         | 4          | 1.9%          | 1          | 3         |
| Arequipa                                                                            | 3          | 1.4%          | 2          | 1         |
| Lima Metropolitana                                                                  | 3          | 1.4%          | 2          | 1         |
| Ucayali                                                                             | 1          | 0.5%          | 1          | 0         |
| Tacna                                                                               | 1          | 0.5%          | 1          | 0         |
| Ica                                                                                 | 1          | 0.5%          | 1          | 0         |
| Madre de Dios                                                                       | 1          | 0.5%          | 0          | 1         |
| Tumbes                                                                              | 1          | 0.5%          | 0          | 1         |
| Callao                                                                              | 0          | 0.0%          | 0          | 0         |

Fuente: Defensoría del Pueblo - SIMCO

Elaboración: Defensoría del Pueblo

Fuente: Defensoría del Pueblo

Tabla N° Acciones colectivas de protesta por mes de marzo del 2021 a marzo del 2022

| PERÚ: ACCIONES COLECTIVAS DE PROTESTA, POR MES, MARZO 2021-21<br>(Número de casos) |     |     |     |     |     |     |     |     |     |      |     |     |
|------------------------------------------------------------------------------------|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|------|-----|-----|
| 2021                                                                               |     |     |     |     |     |     |     |     |     | 2022 |     |     |
| Mar                                                                                | Abr | May | Jun | Jul | Ago | Set | Oct | Nov | Dic | Ene  | Feb | Mar |
| 147                                                                                | 157 | 237 | 212 | 171 | 231 | 226 | 242 | 272 | 250 | 245  | 264 | 363 |

Fuente: Defensoría del Pueblo - SIMCO

Elaboración: Defensoría del Pueblo

Fuente: Defensoría del Pueblo

Tabla N° Heridos en conflictos sociales de marzo del 2021 a marzo del 2022

| PERÚ: HERIDOS EN CONFLICTOS SOCIALES, MARZO 2021-22<br>(Número de casos) |     |     |     |     |     |     |     |     |     |      |     |     |
|--------------------------------------------------------------------------|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|------|-----|-----|
| 2021                                                                     |     |     |     |     |     |     |     |     |     | 2022 |     |     |
| Mar                                                                      | Abr | May | Jun | Jul | Ago | Set | Oct | Nov | Dic | Ene  | Feb | Mar |
| -                                                                        | -   | -   | 11  | 10  | 2   | 3   | 10  | 31  | 18  | 14   | -   | 146 |

Fuente: Defensoría del Pueblo - SIMCO

Elaboración: Defensoría del Pueblo

Fuente: Defensoría del Pueblo

Tabla N° Heridos en conflictos sociales de marzo del 2021 a marzo del 2022

PERÚ: MUERTOS EN CONFLICTOS SOCIALES, MARZO 2021-22  
(Número de casos)

| 2021 |     |     |     |     |     |     |     |     |     | 2022 |     |     |
|------|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|------|-----|-----|
| Mar  | Abr | May | Jun | Jul | Ago | Set | Oct | Nov | Dic | Ene  | Feb | Mar |
| -    | -   | -   | -   | 1   | -   | 1   | -   | 2   | -   | -    | -   | 4   |

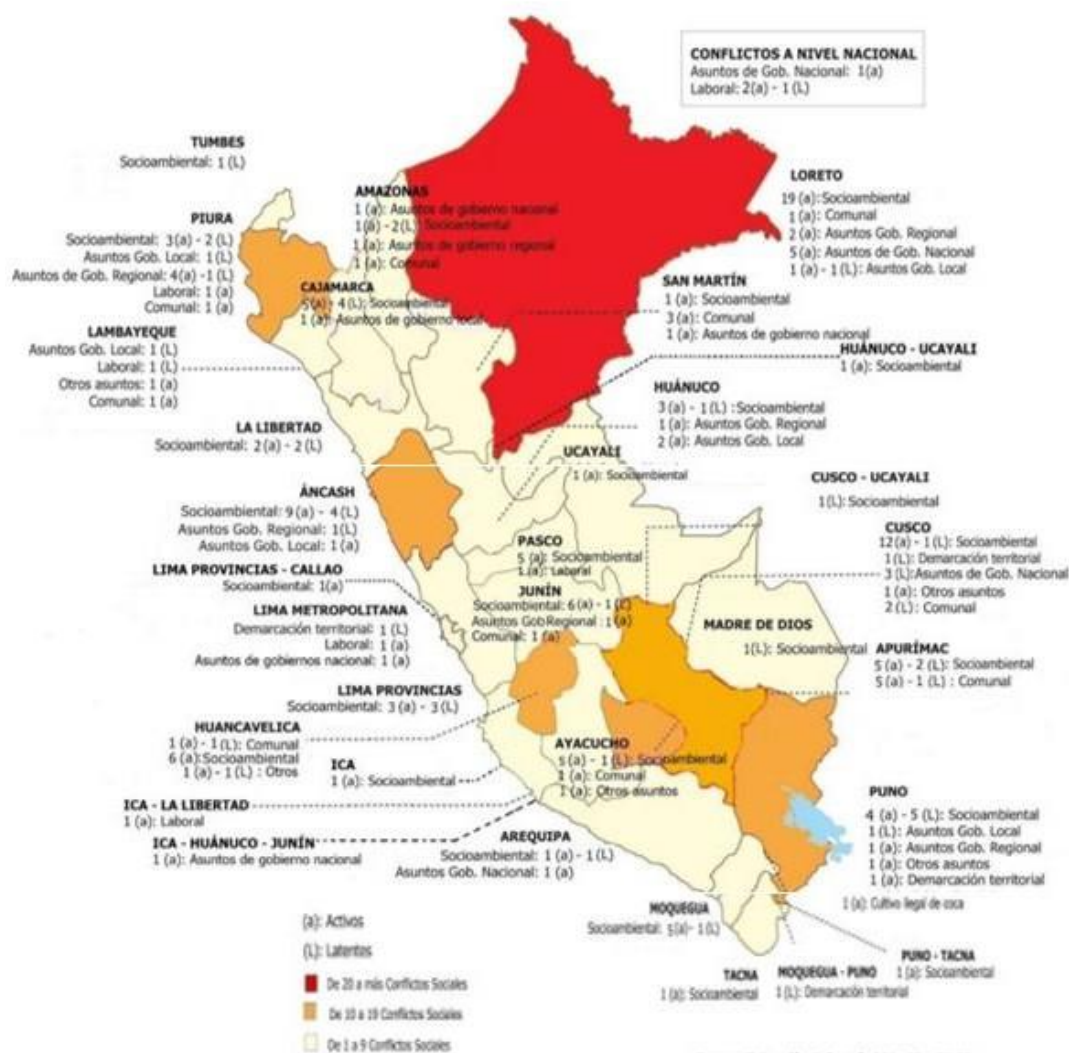
Fuente: Defensoría del Pueblo - SIMCO

Elaboración: Defensoría del Pueblo

Fuente: Defensoría del Pueblo

Gráfica N° Casos registrado por Región, según tipo y estado, marzo 2022

PERÚ: CASOS REGISTRADOS POR REGIÓN, SEGÚN TIPO Y ESTADO, MARZO 2022  
(Número de casos)



Elaboración: Defensoría del Pueblo

Fuente: Defensoría del Pueblo

Gráfica N° Acciones de protesta colectiva, por mes de marzo del 2021 a marzo del 2022

**PERÚ: ACCIONES DE PROTESTA COLECTIVA, POR MES, MARZO 2021-22**  
(Número de acciones)

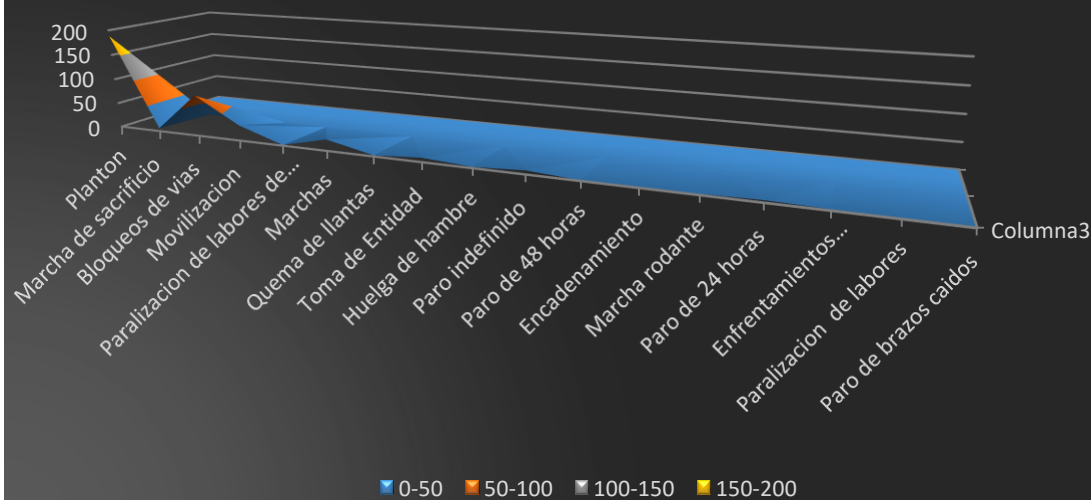


Fuente: Defensoría del Pueblo - SIMCO

Elaboración: Defensoría del Pueblo

Fuente: Defensoría del Pueblo

**Acciones colectivas de protesta registradas  
01 al 31 de marzo del 2022**



Elaboración propia

Fuente: Defensoría del Pueblo

## CONCLUSIONES

**Primera:** Puesto que el Derecho Penal se ha instrumentalizado en un objeto de realización y cumplimiento de un programa ideológico y político, corresponde que dicha percepción como actuación de dicha rama de la disciplina jurídica sea revertida a partir de una reevaluación de los enfoques que se vienen ejerciendo más aun cuando está vinculado al ejercicio de derechos constitucionales como lo es el derecho de protesta, que no solo es un derecho individual sino colectivo, más aún que mediante él se ejercen otros derechos constitucionales como son la libertad de expresión, de asociación y la participación política en general. Por lo tanto, el ejercicio constitucional del derecho de protesta se ve controlado por el enfoque biopolítico estatal; al ser ejercitado, es innegable que ocasionaría una respuesta proveniente desde el derecho penal, esté o no justificada en base a las reglas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. De esta forma, los efectos directos se enmarcan en la criminalización de conductas que interfieren con la normalidad estatal, acarreando una persecución que no se condice con los hechos imputados.

**Segunda:** Por un lado tenemos al delito DE DISTURBIOS y por otro lado al delito DE GRAVE PERTURBACION DE LA TRANQUILIDAD PUBLICA conforme obra en los artículos 315 y 315A del Código Penal del Perú de 1991, siendo que el reconocimiento de la dignidad humana ha sido resultado de la incalificable aberración del poder punitivo tal como se ha ilustrado, la misma que ha sido concebida como un engendro monstruoso y un capítulo perverso del derecho, empero, este poder en la actualidad ha sido contenido qué duda cabe ello a través del sistema penal que involucra un plexo de actores jueces, fiscales, abogados y un largo etcétera, sin desconocer la ratio essendi de la sanción penal la misma que se funda en la teoría del delito en las que tenemos a las teorías absolutistas, relativas a la pena, de la diferenciación, empero, la sanción penal actualmente se funda en un principio de legalidad *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* siendo que existe mecanismos de sanción para cada acto humano que se considere como delito ello dentro del marco de la tipología de penas, siendo que dentro de ello debe analizarse los móviles de los delitos mencionados cuando ellos están directamente vinculados al derecho de protesta.

**Tercera:** Este contexto geopolítico e ideológico ha conllevado a una “privatización” o “particularización” de las agencias de control punitivo/social en pro de salvaguardar un conjunto de empresas vinculadas a la actividad extractivas mineras en zonas de latente conflicto social, produciendo un raro escenario de producción institucional/estatal de desarrollo legislativo, acciones ejecutivas y de jurisprudencial nacional, de arriba hacia abajo, desde una visión elitista y pro-empresarial, en donde lo fundamental es el acrecentamiento del poder y salvaguarda de los intereses empresariales y comerciales y los beneficios para las elites económicas que sostienen el sistema social imperante por encima de aquellos grupos sociales que critican el modelo social vigente.

**Cuarta:** La selectividad punitiva Jakobsiana basada en un control biopolítico de la población para sojuzgar y punitivizar la protesta social disidente del sistema neoliberal implantado en nuestro país ha sido sostenida, complementada y perfeccionada a lo largo de distintos gobiernos de turno en perjuicio de una ciudadanía activa que reclama un cambio social criminalizando el derecho de protesta, siendo que en el marco del ejercicio del derecho de protesta la misma no puede ser criminalizada por el derecho penal.

**Quinta:** Con el capítulo III que comprende los resultados y discusión en la presente investigación se ha podido comprobar la hipótesis planteada: ***“DADO QUE: En la actualidad se identifican normas con contenido biopolítico con lo cual se ejerce podersobre el sujeto-objeto como parte de una población que vive bajo la idea de estado de Derecho, ES PROBABLE QUE: El ejercicio del derecho constitucional a la protesta quiera ser controlado desde el enfoque biopolítico, por lo cual, resultaría relevante identificar cuáles serían los efectos de su aplicación, en función a la dinámica propia del derecho a la protesta, pudiendo verse afectado este derecho constitucional por la aplicación de sanciones como penas privativas, restrictivas y limitativas de libertad”***, siendo que se habría analizado 12 casos dentro de los cuales se ha podido determinar que en algunos de ellos se ha visto materializada la criminalización y/o punición del derecho de protesta, como es el caso Majaz del 2008 donde se ha formalizado denuncia contra 34 defensores del medio ambiente, en el caso de Andoas del 2008 donde se absolvió a 26 indígenas inculcados por los delitos de disturbios, resistencia a la autoridad, etc., asimismo en el caso de Yurimaguas del 2009 en donde se acusó a 4 dirigentes y a un director de radio de disturbios, instigación a la rebelión, etc., por otro lado, tenemos el caso de Bagua del 2009 donde se habría procesado a 80 personas entre indígenas, dirigentes sociales y pobladores por los delitos de apología de sedición y motín, también tenemos el caso de Espinar del 2012 donde la fiscalía solicitaba 20 años de pena efectiva por los delitos contra la seguridad común, disturbios y otro, por otro lado, tenemos también el caso de Tía María a 3 personas con pena efectiva por los delitos de disturbios y otros, asimismo, el caso de Santa Ana del 2011 donde se condenó también por el delito de disturbios, criminalización que también vemos en el caso de las Bambas donde se habría acusado a dos manifestantes por tenencia ilegal de armas, pese a que estas personas habrían declarado haber sido víctimas de tortura por la PNP y sembrado de armas, Parcoy donde también se condenó por el delito de disturbios y otros., y el caso de Walter Aduviri Calisaya con la misma circunstancia punitiva, ergo, en los casos analizados en un 90% vemos criminalizado el derecho de protesta mas aun cuando la protesta esta vinculada a reclamos socioambientales, no valorándose el contexto de realización de los hechos y sobre todo el tan proclamada control de convencionalidad el mismo que debería de aplicarse en este tipo de casos ello en concordancia con el artículo 55 de la Constitución Política del Perú.

## RECOMENDACIÓN

**Única:** En una causa penal derivada del ejercicio del derecho de protesta social el mismo que no solo es amparado por la Constitución Política del Perú de 1993 sino también por instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en esa línea siendo el Perú parte de la Convención Americana de Derechos Humanos y haber ratificado sendos tratados de la misma naturaleza; implica la asunción de un deber por el Estado no solo de someternos a la jurisdicción de la CIDH sino de aplicar su jurisprudencia los mismos que se conocen como los parámetros de convencionalidad o control de convencionalidad cuyas características son de carácter oficioso (aplicada sin ser invocada) y difuso (debe ser aplicada por todas las autoridades sin excepción); donde los derechos humanos tienen carácter tuitivo y los jueces que resuelvan causas con tal connotación deben amparar su ejercicio por la naturaleza del mismo más aun frente a un escenario de supuesta comisión de delitos penales vinculados al ejercicio del derecho de protesta social como derecho humano con jerarquía constitucional la misma debe ser observada frente a otros ordenamientos jurídicos de rango inferior como lo es el Código Penal del Perú de 1991 considerado como ultima ratio en consideración a que este derecho lleva consigo diferentes sentimientos y sensaciones de reclamar a las autoridades lo que convengan a intereses colectivos, siendo una forma legítima de no solo para hacer efectivo el ejercicio del derecho a la libertad de expresión sino también a la libertad de asociación y reunión.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agamben, G. (2003). *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia: Pre-Textos.
- Agamben, G. (2004). *Homo sacer II. Estado de excepción*. Valencia: Pre-Textos.
- Alarcón G. (2020). Interés público y despenalización de los delitos contra el honor cometidos a través de la prensa. Una evaluación de la experiencia peruana. *Política Criminal*, 15 (30), 1009-1051. <https://politicrim.com/wp-content/uploads/2020/12/Vol15N30A16.pdf>
- Alvarado Alcazar, A. (2020). La criminalización de la protesta social: Un Estado de la cuestión. *Ruptura*, 10(1), 25-43. <https://dx.doi.org/10.22458/rr.v10i1.2749>
- Ávila Palomino, G. (2016). *Los efectos del boom de las industrias extractivas en los indicadores sociales*. Natural Resource Governance Institute. <http://propuestaciudadana.org.pe/wp-content/uploads/2016/10/Reporte-PERU-Efecto-boom-de-las-industrias-extractivas-en-los-indicadores-sociales-1.pdf>
- Bacigalupo, E. (1999). *Principios Constitucionales de Derecho Penal*. Hammurabi.
- Balladarez, J., Ternado Huesca, Y. y Olvera, Z. (2017). *Hegel, Ontología, Estética y Política*. Fides Ediciones.
- Baratta, A. (1986). *Criminología crítica y Crítica del Derecho Penal*. Editorial Siglo XXI.
- Bascuñán, A. (1960). *Introducción al estudio de las ciencias jurídicas y sociales*. Editorial Jurídica de Chile.
- Beltrán Calfurrapa, R. (2019). Víctima, reparação e processo criminal: uma projeção das teorias expressivas da pena. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 5(1), 145–190. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.215>
- Benente, M. (2019). Biopolítica, soberanía y excepción. Una revisión crítica de la obra de Giorgio Agamben. *Revista de la Universidad Pontificia Bolivariana*, 49 (130), 202-224. <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v49n130.a09>.
- Bertoni, E. (2010). *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho Penal y Libertad de Expresión en América Latina*. Universidad de Palermo.
- Blay, E. (2013). El control policial de las protestas en España. *InDret Revista para el análisis del Derecho*, 12-50. <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1000.pdf>
- Botticelli, S. (2015). *La gubernamentalidad del Estado en Foucault: un problema moderno*. Editorial de la Universidad de Buenos Aires.

- Burich Oyarzún, Y. E. (2018). El cyborg como dispositivo de resistencia al biopoder en Impuesto a la carne (2010) y Fuerzas especiales (2013) de Diamela Eltit. *Logos: Revista De Lingüística, Filosofía Y Literatura*, 27(1), 90–104. <https://doi.org/10.15443/RL2707>
- Bustos, J. (1994). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Editora PPU.
- Calvo García, M. (1995). Políticas de seguridad y transformaciones del derecho. *OÑATI PROCEEDINGS*, 1 (18), 95-134. ISBN 84-920234-1-4
- Cancio Melía, M. (2006). De nuevo ¿"Derecho Penal" del enemigo?. *Instituto Uruguayo de Derecho Penal*, 3(1), 2-31. <https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/idp/article/view/51/44>
- Cárdenas García, J. (2015). Las características jurídicas del neoliberalismo. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 32 (1), 4-44. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-91932015000100001&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932015000100001&lng=es&tlng=es).
- Cardinale, M. (2017). Derecho penal del enemigo, excepción política y securitización: contracaras de la seguridad. *Revista Estudiantil Latinoamericana de Ciencias Sociales*, 6 (10), 1-24. <https://doi.org/10.18504/rl0110-001-2017>
- Castro, Á. (2022). El derecho a una ejecución especializada: Análisis normativo y jurisprudencial de la sanción de régimen cerrado en el derecho penal juvenil chileno. *Política Criminal*, 17 (34), 506-537. <http://politicrim.com/wp-content/uploads/2022/10/Vol17N34A3.pdf>
- Castro, E. (2011). *Lecturas foucaultianas. Una historia conceptual de la biopolítica*. Unipe.
- Cerezo, J. (2005). *Curso de Derecho penal español. Parte General*. Tecnos.
- CNDDHH, F. (2013). *Conflictos sociales y vulneración de derechos humanos en el Perú*. Editorial Idehpucp.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, (Fondo, Reparaciones y Costas), F27. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_101\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, F124. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), F124. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)

- David, D. y Bonato, G. (2018). Execução antecipada da pena: entre a garantia do estado de inocência, a coisa julgada e as teorias absolutas da pena. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 4(3), 1143–1174. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.180>
- De La Barreda , L. (1997). *Justicia Penal y Derechos Humanos*. Porrúa.
- Defensoria del Pueblo (2014). *Pronunciamento de la Defensoría del Pueblo en relación con la ley n.o 30151*.  
[https://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/documentos/Pronunciamento-Ley-30151 --14-1-14.pdf](https://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/documentos/Pronunciamento-Ley-30151--14-1-14.pdf)
- Defensoria del Pueblo (2022). *Reporte de Conflictos Sociales N.º 217*.  
<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2022/04/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N%C2%B0-217-Marzo-2022.pdf.pdf>
- Díez Ripollés, J.(2002). Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 103 (1) . <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2002.103.3703>
- Díaz, F. (1988). *Fuerzas armadas, militarismo y constitución nacional en América Latina*. Instituto de Investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.  
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/432/1.pdf>
- Duárez Mendoza, J. (2014). Los estudios sobre el neoliberalismo en el Perú Entre legitimadores del discurso y críticos de la dominación. *Revista de Sociología*, 24 (1), 281-305.  
<http://hdl.handle.net/11336/36221>
- Durand, F. (2010). *La mano invisible en el Estado. Crítica a los neoliberales criollos*. Fondo Editorial del Pedagógico San Marcos.
- Engle, M. (2007). *Pluralismo jurídico*. Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes- Pontificia Universidad Javeriana.
- Esposito, R. (2006). *Bíos. Biopolítica y filosofía*. Buenos. Editorial Amorrutu.
- Farfán Ramírez, F. (2021). Teorías de los fines de la pena: la problemática aplicación de la prevención especial en la política criminal peruana. *IUS ET VERITAS*, 1 (62), 230-252.  
<https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.013>
- Fernández, G. (1995). *Culpabilidad y teoría del delito*. Editorial Montevideo
- Ferrajoli, L. (2004). *Razones jurídicas del pacifismo*. Editorial Trotta.
- Foucault, M. (1977). El nacimiento de la medicina social. *Revista centroamericana de Ciencias de la Salud*, 1 (6), 89-108. <https://elagoraasociacioncivil.files.wordpress.com/2018/05/mf-nacimiento-de-la-medicina-social.pdf>

- Foucault, M. (1996). *La verdad y las formas jurídicas*. Editorial Gedisa.
- Foucault, M. (1998). *Historia de la sexualidad I. La voluntad de saber*. Editorial Siglo XXI.
- Foucault, M. (1999). *Escritos esenciales. Estética, ética, hermenéutica*. Editorial Paidós.
- Foucault, M. (2001). *Defender la sociedad*. Editorial Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (2006). *Seguridad, territorio, población: Curso en el Collège de France 1977-1978*. Editorial Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (2007). *Nacimiento de la biopolítica: curso en el Collège de France (1978-1979)*. Editorial Fondo de Cultura Económica.
- Frías, R. (2013). Foucault y los orígenes griegos de la biopolítica. *Revista de Filosofía*, 69 (1), 119-132. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-43602013000100010>
- Friedman, M. y Friedman R. (1983). *Libertad de elegir*. Editorial Orbis.
- Gamarra, R. (2010). Libertad de expresión y criminalización de la protesta social. *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina*. Universidad de Palermo.
- García, P. (2019). *Derecho Penal Parte General*. Ideas Solución Editorial.
- García, E. (1993). *Introducción al estudio del Derecho*. Porrúa.
- García Pablos, A. (1996). *Manual de Criminología*. Tirant lo Blanch.
- Gil Gil, A. (2002). Prevención general positiva y función ético-social del Derecho Penal. *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Tecnos. ISBN 84-309-3921-0
- González, P. (2003). *La trama del neoliberalismo Mercado, crisis y exclusión social*. Clacso.
- González Pérez, J. (2022). Lógicas y dinámicas neoliberales: subjetividad y empresario de sí. *Collectivus, Revista de Ciencias Sociales*, 9(2). <https://doi.org/10.15648/Collectivus.vol9num2.2022.3493>
- Hardt, M., & Negri, T. (2002). *Imperio*. Paidós.
- Harvey, D. (2007). *Breve historia del neoliberalismo*. Akal.
- Hassemer, W. (1995). *Crítica al Derecho Penal de hoy*. Ad-Hoc SRL.
- Hernández, A. (2010). *Las transformaciones del Estado y del derecho en el contexto de la globalización económica*. Editorial UNAM.

- Hernández, M. (2001). *Athenea Digital Revista de Pensamiento e Investigación Social*.  
<https://atheneadigital.net/article/view/n0-hernandez/19-html-es>
- Hoyos, P. (19 de Febrero de 2014). Juzgado absuelve a 4 policías aplicando la cuestionada ley 30151. *La República*. <http://larepublica.pe/20-02-2014/juzgado-absuelve-a-4-policias-aplicando-cuestionada-ley-n-30151>.
- Izquierdo, P. (2018). *La criminalización de la protesta social como forma de restricción de la libertad de expresión en el sistema constitucional y penal peruano*. Editorial Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Editorial Marcial Pons.
- Jakobs, G., & Cancio Meliá, M. (2006). *Derecho penal del enemigo*. Editorial Civitas.
- Kelsen, H. (1977). *La Teoría Pura del Derecho*. Editorial EUDEBA.
- Kelsen, H. (1995). *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?* Editorial Fontamara.
- Landa, C. (2006). Bases Constitucionales del nuevo código procesal penal peruano. En C. Landa Arroyo, *Constitución y fuentes del derecho*. Palestra editores.
- Larrauri, E. (1991). Introducción al debate de la privatización del sistema penal: la policía privada. *Nuevo Foro Penal*. 1 (52), 225-238. <https://core.ac.uk/download/pdf/290652859.pdf> Lastra,
- J. (1998). *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- López, C. (2014). La biopolítica según la óptica de Michel Foucault : alcances, potencialidades y limitaciones de una perspectiva de análisis. *El banquete de los dioses. Revista de filosofía y teoría política contemporáneas*, 1(1), 111-137.  
[http://biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/iigg-uba/20140702044644/09\\_lopez.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/iigg-uba/20140702044644/09_lopez.pdf)
- Lumia, G. (1982). *Principios de Teoría e ideología del Derecho*. Debate.
- Maldonado Fuentes, F. (2017). Penas accesorias en Derecho Penal. *Ius et Praxis*, 23(1), 305-366. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122017000100010>
- Martín, P. (2014). *Biopolítica*. <https://biopolitica.flinders.edu.au/project/el-neoliberalismo-como-arte-de-gobierno-principios-economico-sociales-tecnologias-de-poder-y-modos-de-subjetivacion/?lang=es>
- Martínez, L., & Fernández Suárez, J. (1994). *Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica*. Editorial Ariel.

- Martín Gómez, M. (2015). *Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos*. CIDH.
- Meini, I. (2013). La pena: función y presupuestos. *Derecho PUCP*, 1 (71), 141-167. ISSN 0251-3420
- Mendoza, M. (2022). La utilización política del terrorismo en la campaña presidencial peruana de 2021. *Revista de ciencias sociales y humanas de la Universidad Politécnica Salesiana*. 36 (1), 243-268. <https://doi.org/10.17163/uni.n36.2022.10>
- Mir, S. (2003). *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Editorial B de F.
- Morales Peillard, A., Figueroa Ossa, U. y Bustamente Vargas, C. (2022). El sistema de justicia penal durante el estallido social chileno Legalidad y trato justo en el control judicial de las detenciones realizadas durante los disturbios de 2019. *Política Criminal*, 17 (34), 432-473. <http://politicrim.com/wp-content/uploads/2022/10/Vol17N34A1.pdf>
- Morales Peillard, A. y Salinero Echeverría, S. (2020). Fundamento político-criminal y naturaleza jurídica de las penas alternativas en Chile. *Revista Chilena De Derecho*, 47(2), 513-541. <https://revistachilenadederecho.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/19237>
- Moreno Hernández, C. (2014). Desciudadanización y Estado de excepción. *Andamios (online)*, 11(24), 125-148. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-00632014000100007&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632014000100007&lng=es&tlng=es)
- Muhle, M. (2009). Sobre la vitalidad del poder. Una genealogía de la biopolítica a partir de Foucault y Canguilhem. *Revista de Ciencia Política*, 29(1), 143-163. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2009000100008>
- Muñoz, F., y García Arán, M. (2010). *Derecho Penal Parte General*. Tirant lo Blanch.
- Núñez, L. (2019). *Estrategias de las mujeres ante los efectos del neoliberalismo*. [https://www.redalyc.org/jatsRepo/267/26760772004/html/index.html#redalyc\\_26760772004\\_ref4](https://www.redalyc.org/jatsRepo/267/26760772004/html/index.html#redalyc_26760772004_ref4)
- Núñez Ojeda, R. y Correa Zacarías, C. (2017). La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno: Algunos problemas. *Ius et Praxis*, 23(1), 195-246. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122017000100007>
- Olivera, J., Arévalo, R., Vargas, R. y Godoy, J. (2013). *Diagnóstico nacional sobre la situación de la seguridad y el respeto a los derechos humanos: referencia particular al sector extractivo en el Perú*. PUCP.

- Orbegoso Silva, M. (2020). El Principio de Legalidad: Una aproximación desde el Estado Social de Derecho. *IUS ET VERITAS*, (60), 198-209.  
<https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202001.010>
- Oré, A. (Diciembre de 2018). *Panorama del proceso penal peruano y reformas urgentes*.  
[https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/12/panorama.aog1-Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/12/panorama.aog1-Legis.pe_.pdf)
- Ortiz Arellano, E. (2015). Biopolítica Y Neoliberalismo Bipoder totalizante. *Xihmai*, 10(19). ISSN-e 1870-6703
- Paramio, L. (2009). *La socialdemocracia*. Catarata.
- Pavarini, M. (2002). Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Editorial Buenos Aires.
- Pérez, M. (2017). Criminalización de la protesta y la situación de los defensores y defensoras de los derechos humanos. *Informe anual 2015-2016*. Coordinación Nacional de Derechos Humanos.
- Polaino Ortis, M. (2009). *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo*. Prólogo de Günther Jakobs. Editorial Grijley.
- Portilla Contreras, G. (1995). Desprotección' de la Libertad y Seguridad Personal. *OÑATI PROCEEDINGS*. (18), 337-394. ISBN 84-920234-1-4
- Quiroz, R. (1999). *Manual de Derecho Penal*. Editorial Félix Varela.
- Rodrick, D. (2012). *La paradoja de la globalización: democracia y el futuro de la economía mundial*. Editorial Antonio Bosch.
- Rodríguez, M., y Arciniegas, J. (2012). *La criminalización de la protesta social como expresión del derecho penal del enemigo materializada en el estatuto de seguridad ciudadana, Ley 1453 del año 2011 en Colombia*. Editorial de la Universidad Industrial de Santander.
- Romero Salazar, A. (2002). Informalización y privatización del control social: respuestas al miedo de la violencia delictiva. *Sociologías*(8), 136-151. <https://doi.org/10.1590/S1517-45222002000200006>
- Rubio Manzanares, I. (2014). El «derecho penal del enemigo»: de la teoría actual a la práctica represiva del «Nuevo Estado» franquista. *Pasado y Memoria. Revista de Historia Contemporánea*, 1 (13), 227-250. <https://doi.org/10.14198/PASADO2014.13.10>
- Ruiz, J., y Másquez, Á. (2018). *La Privatización de la seguridad ciudadana. La inconstitucionalidad de los contratos de seguridad privada entre empresas mineras y la Policía Nacional del Perú*. Justicia Viva.

- Saldaña Cuba, J., y Portocarrero Salcedo, J. (2017). La violencia de las leyes: el uso de la fuerza y la criminalización de protestas socioambientales en el Perú. *Derecho PUCP*(79), 311-352. <http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201702.013>.
- Serrano Piedracasas, J. (1999). *Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal*. Gráfica Horizonte.
- Servindi. (20 de Setiembre de 2015). *Convenios que colocan a la Policía bajo órdenes de la minería son inconstitucionales*. <https://www.servindi.org/actualidad/139720>
- Siles , A. (2015). La emergencia... en el corazón del constitucionalismo peruano: paradojas, aporías y normalización. *Themis*, 67 (1), 73-84. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/14458>
- Silva Satisteban, R. (2016). Perros y antimineros: discursos extractivistas y prácticas represivas en el Perú. *Tábula Rasa*, 24 (1), 79-104. <https://doi.org/10.25058/20112742.58>
- Simon, J. (2011). *Gobernar a través del delito*. Editorial Gedisa.
- Sozzo, M. (2015). Más allá del neoliberalismo, cambio político y penalidad en América del Sur. *Cuadernos del pensamiento crítico latinoamericano*, 1 (23). <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20150515022420/CuadernoN23.pdf>
- Solís Espinoza, A. (2017). *Criminología, Panorama Contemporáneo*. EDILLI Editorial.
- Svampa, M. (2012). Movimientos sociales, gobiernos, y nuevos escenarios de conflicto en América Latina. *América Latina hoy: sociedad y política* (págs. 15-67). Editorial Teseo-Universidad Autónoma de Baja California-CPES-FEYRI.
- Tejeda Gonzales, J. (2011). Biopolítica, control y dominación. *Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad*, XVIII(52), 77-107. ISSN: 1665-0565
- Therborn, G. (2003). La Crisis y el futuro del capitalismo. *La trama del Neoliberalismo. Mercado, Crisis y exclusión social* (págs. 19-25). Clacso.
- Tijoux, M. (2002). Cárceles para la tolerancia cero: clausura de pobres, y seguridad de ciudadanos. *Ultima Década*, 175-187. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-22362002000100007>
- Toscano López, D. (2016). El descubrimiento político en la vida de Hanna Arendt y Michel Foucault. *Revista de Filosofía*, 41 (2), 335-356. <https://doi.org/10.5209/RESF.53957>
- Ugarte Pérez, F. (2006). Biopolítica. Un análisis de la cuestión. *Claves de razón práctica*(166), 76-82. ISSN 1130-3689

- Valencia Mesa, D. (2017). El gobierno biopolítico de la sociedad. Identidades victimizadas y movilizaciones punitivas. *Revista Co-herencia*, 14(26), 87-118. [10.17230/co-herencia.14.26.4](https://doi.org/10.17230/co-herencia.14.26.4)
- Vásquez, M. (2013). *La criminalización de la protesta social como estrategia de desarticulación del movimiento social en el Perú*. <https://grufides.org/sites/default/files//documentos/documentos/Criminalizaci%C3%B3n%20de%20la%20Protesta%20ult.pdf>
- Virgolini, J. (2005). *La razón ausente. Ensayo sobre criminología y crítica política*. Editores del Puerto S.R.L.
- Villegas Díaz, M. (2010). *El ejercicio de derechos como acto subversivo y la respuesta estatal: el derecho penal del enemigo*. Estudios de la Universidad de Chile. Universidad de Chile, Portal Iberoamericano de Ciencias Penales. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/29432-ejercicio-derechos-acto-subversivo-y-respuesta-estatal-derecho-penal-del-enemigo>
- Wacquant, L. (2010). *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Editorial Gedisa.
- Zaffaroni, E. (1998). *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Editorial Ediar.
- Zaffaroni, E. (2006). *El enemigo en el Derecho penal*. Editorial Dykinson.
- Zaffaroni, E. R. (2006). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Editorial EDIAR.
- Zaffaroni, R. (2011). *La cuestión criminal*. Editorial Grupo Planeta <http://www.matiashailone.com/dip/ZAFFARONI-La%20cuestion%20criminal%20-%202da%20edicion%20-%20web.pdf>

**ANEXO**  
**PROYECTO DE LEY**



“APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS DE  
SANCIÓN PENAL CON CONTEXTO  
BIOPOLÍTICO Y SUS EFECTOS EN EL  
DERECHO DE PROTESTA, PERÚ, 2022”

# PROYECTO DE LEY

**LEY QUE MODIFICA ARTICULOS 315 Y 315-A  
DEL CODIGO PENAL RESPECTO DE LA  
EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD EN LOS  
DELITOS DE DISTURBIOS Y DE GRAVE  
PERTURBACION DE LA TRANQUILIDAD  
PUBLICA CUANDO SE REALICEN DENTRO  
DEL EJERCICIO DEL DERECHO  
CONSTITUCIONAL DE PROTESTA.**

ANEXO 1

---

**LEY QUE MODIFICA ARTICULOS 315 Y 315-A DEL CODIGO PENAL RESPECTO DE LA EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD EN LOS DELITOS DE DISTURBIOS Y DE GRAVE PERTURBACION DE LA TRANQUILIDAD PUBLICA CUANDO SE REALICEN DENTRO DEL EJERCICIO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PROTESTA.**

**PROYECTO DE LEY**

La Abogada Penalista que suscribe, Shiomara Pullchz Mayorga perteneciente al Colegio de Abogados de Arequipa, presenta a consideración del Congreso de la Republica el siguiente proyecto de Ley:

**LEY QUE MODIFICA ARTICULOS 315 Y 315-A DEL CODIGO PENAL RESPECTO DE LA EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD EN LOS DELITOS DE DISTURBIOS Y DE GRAVE PERTURBACION DE LA TRANQUILIDAD PUBLICA CUANDO SE REALICEN DENTRO DEL EJERCICIO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PROTESTA.**

**Artículo 1: Declaración de interés nacional**

Declárese de interés nacional y necesidad publica de modificar como eximente de responsabilidad penal en los delitos de disturbios y de grave perturbación de la tranquilidad publica cuando estos actos se realicen dentro del ejercicio del derecho constitucional de protesta.

**I. EXPOSICION DE MOTIVOS**

**1.1. Naturaleza jurídica**

La protesta es aquella forma individual o colectiva dirigida a expresar ideas, visiones o valores de disenso, oposición, denuncia o reivindicación, la expresión de opinión, visiones o perspectivas políticas, sociales o culturales, la vocalización de apoyo o crítica relativas a un grupo, partido o al propio gobierno, la reacción a una política o la denuncia de un problema público, la afirmación de la identidad o visibilizarían de la situación de discriminación y marginalización de un grupo,

generando un conflicto social entre sectores de la sociedad, el Estado y/o las empresas que perciben que sus posiciones, intereses, objetivos, valores, creencias o necesidades son contradictorios, creándose una situación que podría derivar en violencia, complicándose por el número de actores que intervienen en ellos, la diversidad cultural, económica, social y política, las formas de violencia que se pueden presentar, o la debilidad institucional para atenderlos, entre otros elementos factores.

Actualmente se criminaliza el derecho a la protesta concibiéndose el mismo como uno de los mayores problemas que tienen que enfrentar nuestra democracia, este derecho fundamental no solo tiene una dimensión individual sino una dimensión social que habilitan el cambio social y también la materialización de otros derechos fundamentales que reconoce el sistema democrático como la libertad de expresión, de asociación y la participación política en general.

El teórico argentino Roberto Gargarella (2014) señala que la protesta social es el “primer derecho” y “el derecho a tener derechos” pues mediante este derecho se puede exigir otros derechos así pues dice que: *“Se trata de un derecho que nos ayuda a mantener vivos los restantes derechos. Sin un robusto derecho a la protesta, todos los demás derechos quedan bajo amenaza, puestos en riesgo.”*

Como puede advertirse la protesta social es un derecho constitucional implícito dentro del artículo 2 inciso 12 el cual señala que *“Toda persona tiene derecho: A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas”*, del artículo precitado se puede entender que este derecho se encuentra vinculado al derecho de libertad de expresión y al derecho de asociación.

La criminalización de la protesta no es un fenómeno moderno, pudiendo ser definida como aquella estrategia política del Estado, empleada para reprimir el activismo social, mediante el uso del monopolio de la fuerza pública que ostenta

a través de la proscripción penal de las mismas, o incluso empleando la *bis absoluta* mediante la Policía Nacional del Perú y fuerzas armadas.

Bajo esos alcances se regula como conductas penales el delito DE DISTURBIOS y el delito DE GRAVE PERTURBACION DE LA TRANQUILIDAD PUBLICA conforme obra en los artículos 315 y 315A del Código Penal, sin embargo, nuestra realidad refleja que el derecho de protesta se criminaliza trayendo como consecuencia la imposición de una responsabilidad penal (pena privativa de libertad) conforme obra en la casuística jurisprudencial.

Razón por la cual se plantea una propuesta legislativa por tener la naturaleza de necesidad publica y de interés nacional fundamentado en el reconocimiento del derecho de protesta y la no criminalización del mismo.

## 1.2. Propuesta modificatoria:

### 1.2.1. Regulación actual en el Código Penal

#### Artículo 315.- Disturbios

El que en una reunión tumultuaria, atenta contra la integridad física de las personas y/o mediante violencia causa grave daño a la propiedad pública o privada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

Será sancionado con la misma pena cuando los actos descritos en el primer párrafo se produzcan con ocasión de un espectáculo deportivo, o en el área de influencia deportiva.

Constituyen circunstancias agravantes los siguientes supuestos:

1. Si en estos actos el agente utiliza indebidamente prendas o símbolos distintivos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú, la pena privativa de la libertad será no menor de ocho ni mayor de diez años.
2. Si el atentado contra la integridad física de las personas causa lesiones graves, será reprimido con la pena privativa de la libertad no menor de ocho años a doce años.
3. Si el atentado contra la integridad física de las personas causa la muerte, será reprimido con la pena privativa de la libertad no menor de quince años.

#### **Artículo 315-A. Delito de grave perturbación de la tranquilidad pública**

El que perturbe gravemente la paz pública usando cualquier medio razonable capaz de producir alarma, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Se considera perturbación grave a todo acto por el cual se difunda o ponga en conocimiento de la autoridad pública, medios de comunicación social o de cualquier otro por el cual pueda difundirse masivamente la noticia, la inminente realización de un hecho o situación falsa o inexistente, relacionado con un daño o potencial daño a la vida e integridad de las personas o de bienes públicos o privados.

Si el agente actúa en calidad de integrante de una organización criminal que, para lograr sus fines, cualesquiera que sean, utiliza como medio la amenaza de la comisión del delito de terrorismo, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años.

### **1.2.2. Regulación modificatoria propuesta en el Código Penal**

#### **Artículo 315.- Disturbios**

El que en una reunión tumultuaria, atenta contra la integridad física de las personas y/o mediante violencia causa grave daño a la propiedad pública o privada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

Será sancionado con la misma pena cuando los actos descritos en el primer párrafo se produzcan con ocasión de un espectáculo deportivo, o en el área de influencia deportiva.

Constituyen circunstancias agravantes los siguientes supuestos:

1. Si en estos actos el agente utiliza indebidamente prendas o símbolos distintivos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú, la pena privativa de la libertad será no menor de ocho ni mayor de diez años.
2. Si el atentado contra la integridad física de las personas causa lesiones graves, será reprimido con la pena privativa de la libertad no menor de ocho años a doce años.
3. Si el atentado contra la integridad física de las personas causa la muerte, será reprimido con la pena privativa de la libertad no menor de quince años.

Constituye circunstancia eximente de responsabilidad penal el siguiente supuesto:

Cuando estos actos sean realizados bajo el ejercicio del derecho de protesta como derecho constitucional implícito dentro del artículo 2 inciso 12 el cual señala que *“Toda persona tiene derecho: A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas”*.

#### **Artículo 315-A. Delito de grave perturbación de la tranquilidad pública**

El que perturbe gravemente la paz pública usando cualquier medio razonable capaz de producir alarma, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Se considera perturbación grave a todo acto por el cual se difunda o ponga en conocimiento de la autoridad pública, medios de comunicación social o de cualquier otro por el cual pueda difundirse masivamente la noticia, la inminente realización de un hecho o situación falsa o inexistente, relacionado con un daño o potencial daño a la vida e integridad de las personas o de bienes públicos o privados.

Si el agente actúa en calidad de integrante de una organización criminal que, para lograr sus fines, cualesquiera que sean, utiliza como medio la amenaza de la comisión del delito de terrorismo, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años.

Constituye circunstancia eximente de responsabilidad penal el siguiente supuesto:

Cuando estos actos sean realizados bajo el ejercicio del derecho de protesta como derecho constitucional implícito dentro del artículo 2 inciso 12 el cual señala que *“Toda persona tiene derecho: A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas”*.

#### **1.1. Marco normativo:**

Esta iniciativa se fundamenta en las siguientes normas:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- Comité de Derechos Humanos.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Carta democrática adoptada por la Asamblea General de los Estados americanos
- Constitución Política del Perú
- Código Penal
- Código Procesal Penal

## II. ANALISIS COSTO – BENEFICIO:

En el ordenamiento peruano realizar el análisis costo – beneficio implica un método para conocer en términos cuantitativos el impacto y el efecto que tiene un proyecto de Ley sobre diversas variables que afectan a la sociedad, así lo dispone la Ley N° 26889 Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa en concordancia con el artículo 3 del Reglamento de la referida Ley, aprobada mediante Decreto Supremo N° 008-2006-JUS<sup>1</sup>.

La referida norma establece que el análisis costo – beneficio es obligatorio en caso de normas de desarrollo constitucional, leyes orgánicas, leyes de reformas del Estado o leyes que incidan en aspectos económicos financieros, productivos, tributarios y en leyes que regulan la política social o ambiental.

Sin perjuicio de lo antes señalado, cumplimos con indicar que esta iniciativa no genera gasto adicional al erario público.

## III. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL:

La presente propuesta legislativa no vulnera la Constitución, ni el ordenamiento jurídico vigente, su finalidad es declarar de interés nacional y necesidad publica la inclusión de la eximente de responsabilidad en los delitos de disturbios y de grave perturbación de la tranquilidad publica cuando estos actos se realicen dentro del ejercicio del derecho constitucional de protesta.

<sup>1</sup> Artículo 3: Análisis costo beneficio.

3.1. El análisis costo beneficio sirve como método de análisis para conocer en términos cuantitativos los impactos y efectos que tiene una propuesta normativa sobre diversas variables que afectan a los actores, la sociedad y el bienestar general, de tal forma que permite cuantificar los costos y beneficios o en su defecto posibilita apreciar analíticamente beneficios y costos no cuantificables. La necesidad de la norma debe estar justificada dada la naturaleza de los problemas, los costos y beneficios probables y los mecanismos alternativos para solucionarlos. 3.2. El análisis costo beneficio es obligatorio en los anteproyectos de normas de desarrollo constitucional, leyes orgánicas o de reformas del Estado; leyes que incidan en aspectos económicos, financieros, productivos o tributarios; y leyes relacionadas con política social y ambiental. 3.3. Las propuestas que no estén comprendidas dentro de las precitadas categorías sustentarán los alcances, las implicancias y sus consecuencias, identificando a los potenciales beneficiarios y afectados en forma clara y sencilla.

En ese sentido, en caso de que la referida propuesta legislativa sea aprobada se incorporara al ordenamiento jurídico como una nueva norma.

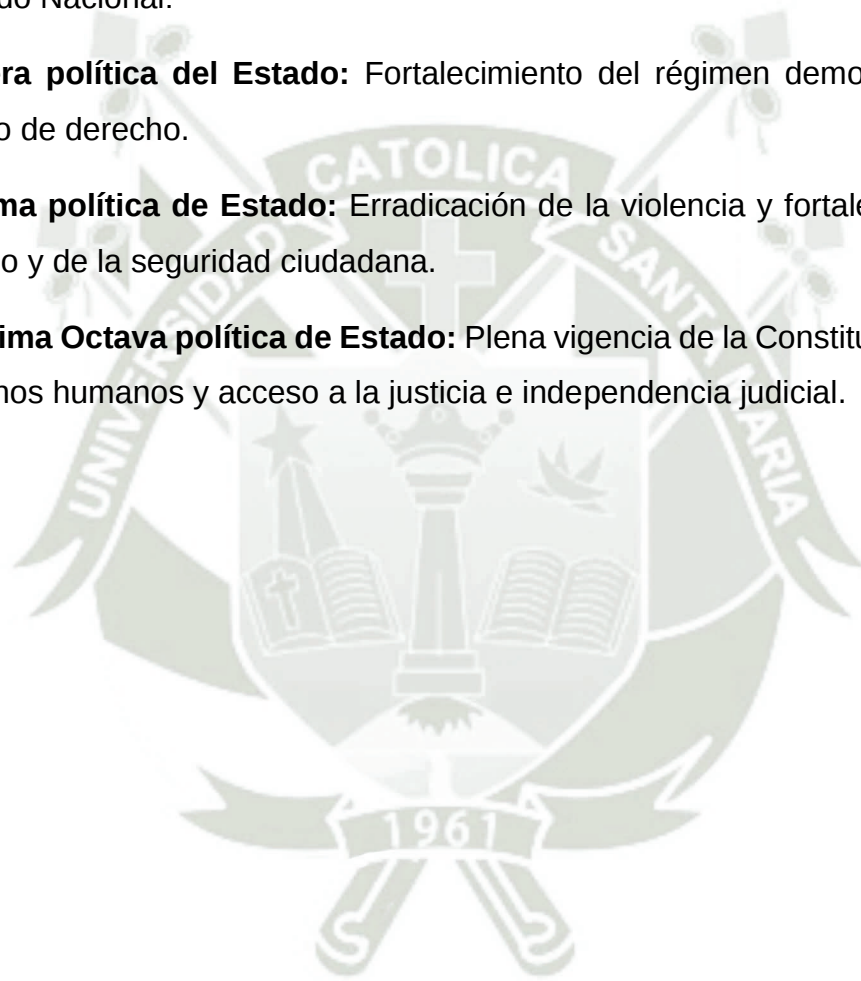
#### IV. VINCULACION CON EL ACUERDO NACIONAL:

La presente iniciativa tiene vinculación con las siguientes políticas de Estado del Acuerdo Nacional:

**Primera política del Estado:** Fortalecimiento del régimen democrático y del Estado de derecho.

**Séptima política de Estado:** Erradicación de la violencia y fortalecimiento del civismo y de la seguridad ciudadana.

**Vigésima Octava política de Estado:** Plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos y acceso a la justicia e independencia judicial.



# APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS DE SANCIÓN PENAL CON CONTEXTO BIOPOLÍTICO Y SUS EFECTOS EN EL DERECHO DE PROTESTA, PERÚ, 2022.

## INFORME DE ORIGINALIDAD

22%

INDICE DE SIMILITUD

16%

FUENTES DE INTERNET

4%

PUBLICACIONES

8%

TRABAJOS DEL  
ESTUDIANTE

## FUENTES PRIMARIAS

1

[revistas.pucp.edu.pe](http://revistas.pucp.edu.pe)

Fuente de Internet

9%

2

[repositorio.unjfsc.edu.pe](http://repositorio.unjfsc.edu.pe)

Fuente de Internet

2%

3

[publicaciones.sociales.uba.ar](http://publicaciones.sociales.uba.ar)

Fuente de Internet

2%

4

Edgar Ortiz Arellano. "Biopolítica Y Neoliberalismo: Biopoder Totalizante", Xihmai, 2015

Publicación

1%

5

Submitted to BENEMERITA UNIVERSIDAD AUTONOMA DE PUEBLA BIBLIOTECA

Trabajo del estudiante

1%

6

Ferreyra González Selene Rebeca. "Función de la pena como medio de control social", TESIUNAM, 2008

Publicación

1%

|    |                                                                                                                                                                                  |     |
|----|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 7  | Submitted to Pontificia Universidad Catolica del Peru<br>Trabajo del estudiante                                                                                                  | 1 % |
| 8  | Submitted to Atlantic International University<br>Trabajo del estudiante                                                                                                         | 1 % |
| 9  | Submitted to Universidad Estatal a Distancia<br>Trabajo del estudiante                                                                                                           | 1 % |
| 10 | rednaranja.com.ve<br>Fuente de Internet                                                                                                                                          | 1 % |
| 11 | Submitted to Universidad Cooperativa de Colombia<br>Trabajo del estudiante                                                                                                       | 1 % |
| 12 | Martínez Martínez Miguel Ángel. "La formación biopolítica del espacio público moderno", TESIUNAM, 2012<br>Publicación                                                            | 1 % |
| 13 | Rivera Villanueva Gabriela. "Problemática que enfrenta el sistema penitenciario en el Distrito Federal que impide una eficaz readaptación social", TESIUNAM, 2010<br>Publicación | 1 % |
| 14 | Submitted to Universidad Privada Antenor Orrego<br>Trabajo del estudiante                                                                                                        | 1 % |
| 15 | Submitted to Universidad Catolica de Trujillo<br>Trabajo del estudiante                                                                                                          | 1 % |

---

|                      |         |                       |      |
|----------------------|---------|-----------------------|------|
| Excluir citas        | Apagado | Excluir coincidencias | < 1% |
| Excluir bibliografía | Apagado |                       |      |